

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

V. A. F. DA SILVA FERRÃO,

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

VOLUME III.



LISBOA

TYPOGRAPHIA UNIVERSAL,
Rua dos Calafates n.º 115.

—
1856.

CODIGO PENAL.

LIVRO PRIMEIRO.

DISPOSIÇÕES GERAES.

TITULO III.

DA APPLICAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PENAS.

CAPITULO I.

DA APPLICAÇÃO DAS PENAS EM GERAL.

ARTIGO 68.º

Não poderá ser applicada pena alguma, que não seja decretada na lei.

ARTIGO 69.º

Nenhuma pena poderá ser substituida por outra, salvo nos casos em que a lei o authorisar. Art. 71.º a 76.º; 81.º a 83.º; 101.º §. 4.º; Carta Const. Art. 145.º §. 1.º e 10.º

Os principios, consignados nestes dois Art., eram já reconhecidos nas leis anteriores, mas só quanto aos juizes, aos quaes foi sempre vedado expressamente afastar-se das prescripções da lei; porém, em muitos casos, lhes era deixada a pena a *seu arbitrio*, ou em these geral, ou para se aggravar ou attenuar a pena ordinaria, segundo as circumstancias.

Este vinculo não existia de Direito antigo, quanto aos

nostros reis, que podiam, não só sem precedencia de lei, mas até, sem forma nem figura de juizo, impôr e ordenar as penas, que lhes parecesse, e a historia offerece exemplos: ainda que menos frequentes, á proporção dos progressos da civilisação.

Na Ord. do Liv. 5.^o tit. 137, e que tem por fonte proxima a Man. do mesmo Liv. tit. 60, se lia ainda, antes do Cod., e se pôde hoje lêr, o seguinte:

« Quando nós condemnar-mos alguma pessoa á morte, « ou que lhe cortem algum membro, por nosso proprio motto, sem outra ordem e figura de juizo, por ira ou sanha, « que della tenhamos, a execução de tal sentença seja espaciação até vinte dias. »

O principe não reconhecia superior, era sobre a lei, podia julgar pela sua consciencia, e a sua determinação se presumia sempre justa, porque era incapaz de se corromper por affeição, todavia não quiz, que em casos crimes, ou de pena de sangue, se fizesse execução, sem que se dêsse tempo á reconsideração: como se colhe da Ord. Liv. 3.^o tit. 66.^o princ., confrontada com a do cit. Liv. 5.^o Era como uma especie de appellação, ou revista officiosa, interposta do rei para o mesmo rei, presumindo-se, porém, a denegação do recurso, pelo lapso dos ditos vinte dias.

Estes Art. parece á primeira vista, que podiam ser dispensados, por serem uma repetição do que no Art. 1.^o e 15.^o se contém: todavia trata-se de um preceito salutar, que nada perde em ser repetido, porque reproduz o pensamento de que ficam abolidas as penas arbitrarías, em conformidade com a Carta, que no Art. 145.^o §. 2.^o e 10.^o exprime, por outras palavras, as mesmas idéas. « Ninguém será sentenciado senão... por virtude da lei anterior. »

Concorda o Cod. d'Aust., Art. 26.^o e 27.^o, e bem assim o mod. da Prus. §. 2.^o

Concordam igualmente o Cod. Fr., Art. 4.^o; Hesp. Art. 19.^o; duas Sicílias Art. 60.^o; do Braz., Art. 33.^o, e outros.

Quanto á substituição de umas por outras penas, temos exemplos, no que dispôeu, para os casos de circumstancias attenuantes, o Art. 81.^o e seus §§. Art. 28.^o §. un., e Art. 84.^o §. un.; nos casos de insolubidade da multa, trocada pela prisão, nos termos do Art. 101.^o §. 4.^o; nos de prisão com trabalho, trocada sempre pela de degredo aggravado, nos termos do Art. 92.^o, em quanto, para o cumprimento

da pena substituida, não existirem os estabelecimentos necessarios; e bem assim nos casos dos Art. 71.^o, 72.^o, 73.^o e 74.^o, etc.

Especialmente, quanto aos estrangeiros, conforme ao Art. 76.^o, todas as penas maiores, quando temporarias, podem ser substituidas pela expulsão perpetua do reino.

Note-se, porém, que os presentes Art. se referem, apesar dos seus termos absolutos, ao seu cumprimento pelos tribunaes de Justiça, e não se pôdem, por tanto, intender restrictivos das attribuições do Poder Moderador, que, em conformidade com o Art. 74.^o §. 7.^o da Carta, pôde modificar as penas impostas por sentença; e como estas são as determinadas por lei, vem por este modo a substitui-las, sem necessidade de lei especial, que authorise a substituição.

ARTIGO 70.º

Se, depois de commettido o crime, a lei modificou a pena, será sempre imposta a pena menor, posto que ao tempo da sentença esteja decretada pena mais grave.

§. unico. Se, ao tempo da sentença, o facto não fôr pela lei qualificado como crime, posto que o fosse pelas leis que existiam ao tempo em que foi commettido, nenhuma pena será applicada.

A Carta determina no Art. 145.º §. 2.º, que a lei não terá *effeito retroactivo*, e no §. 10.º, que ninguém será sentenciado *senão por virtude da lei anterior, e na forma por ella prescripta*. Mas a Carta não veda, antes authorisa, o indulto aos réos; e o fim, que a Carta teve em vista, foi, por uma parte, cortar o arbitrio, e por outra, que, em materia crime, *senão aggravasse a situação dos réos, ferindo-se em mais do que elles, ou contavam, ou podiam contar, ao tempo da perpetração do crime — oportet ut lex moneat, priusquam feriat*.

Aos effeitos coercitivos da lei penal precedem os preventivos de instrucção e de comminação resultantes da promulgação da lei.

Este foi sempre o espirito da nossa legislação, antes mesmo do regimen constitucional, como se prova do Decr. de 12 de Agosto de 1695 declarando:

§. 2.º « Que o decreto de 1679 se não ha de praticar, *« quanto ás penas nelle arretradas, senão nos delictos, « committidos depois da sua publicação. »*

A lei de 16 de Maio de 1813, promulgando o Cod. Pen. na Bav., estabeleceu, que os crimes anteriores fossem punidos por elle, excepto se fossem menores as penas decretadas na legislação em vigor ao tempo da promulgação do mesmo Cod.

O Cod. Hesp. havia determinado no Art. 20.º:

« Siempre que la ley modere la pena señalada á un delicto ó falta, y se publicare aquella *antes de pronunciar-se el fallo que cause executoria* contra reos del mismo delicto ó falta, disfrutaran estos del beneficio de la ley. »

Esta redacção presta-se a concluir, que, pronunciada a pena maior contra um dos co-réos, já ao outro co-réo não aproveita a disposição mais benigna da lei.

Este caso pôde dar-se entre nós sempre, que, algum ou alguns dos participantes do crime, ou por ausentes, ou por não conhecidos, tem de ser processados e julgados em processo distincto. O presente Art., porém, foi mais explicito, querendo que o juiz nunca deixe de applicar a lei, que ao tempo da sentença fôr mais benigna.

O Cod. do Braz. é muito mais explicito, consagrando, nos Art. 309.º e 310.º, a mesma doutrina, e declarando, que ella deve ser observada nas causas criminosas pendentes, quer em primeira, quer em segunda instancia, mesmo por virtude de revista concedida.

É, porém, concorde com os Cod. mencionados em não applicar a sua disposição aos casos já julgados. Se a incriminação e penalidade desapareceram inteiramente por virtude da lei nova, esta não aproveita aos condemnados, quando a sentença se tornar *irrevogavel*, ou della se haja *negado a revista*.

A lei de promulgação do mod. Cod. da Prus., que é de 14 de Abril de 1851, determinou no Art. 4.º:

« Qualquer acto punivel commettido antes do 1.º de Jy-
« lho de 1851 deverá ser sentenciado conforme as leis an-
« tigas. Mas se tal acto não fôr punido no presente Cod.
« Pen., ou o fôr com pena menor, do que a usada até aqui,
« deverá ser apreciado conforme ao mesmo Cod. No caso de
« existir duvida, se o acto foi ou não commettido antes do
« 1.º de Julho de 1851, o juiz applicará sempre a pena da
« lei mais benigna. »

Assim ficou adoptada a execução philosophica e de equidade do novo Cod. Pen., de um modo mais amplo, que no presente Art., mas nenhum dos modelos, que temos apontado, nos parece completo.

Tres hypothesees se podem dar no concurso de mais de uma lei, successivas, com relação ao mesmo crime: 1.ª de ser a nova lei mais severa: 2.ª de ser mais moderada:

3.^a mais moderada que a primeira, mas mais severa que a segunda.

A maior severidade da nova lei pôde proceder de duas causas, que correspondem ao duplicado objecto das leis criminaes; ou a incriminação é nova, ou a pena existente foi aggravada.

Em ambos os casos não ha que hesitar. Se a lei é mais severa é preciso continuar na applicação da lei em vigor ao tempo do commettimento do delicto, sem attenção alguma á lei nova.

E isto uma consequencia rigorosa do direito de punir. Se se trata da incriminação de um facto, até então permitido, não ha infracção naquillo, que o poder social ainda não tinha prohibido. Se se trata da aggravação da penalidade, a violação da lei social não pôde arrastar contra o delinquente uma responsabilidade mais grave do que a fixada pelo poder encarregado de a determinar.

Tem-se pensado que nesta determinação os legisladores preferem os principios de justiça aos do principio utilitario, porque, se as penas não tem outro fim mais que proteger a sociedade, o augmento da severidade, provando a insufficiencia da lei penal anterior, a sociedade não é protegida sufficientemente pela antiga lei, como tem direito de o ser.

Efectivamente se a pena não é mais que um remedio contra o mal do crime: o legislador não cura o mal quando manda applicar a pena insufficiente, e toda a impunidade, total ou parcial, é um erro e um grande perigo social. Mas é o mesmo principio utilitario que então se combina com os da justiça, excluindo a severidade posterior ao crime. Proteger os individuos é proteger a sociedade; a lei protege os criminosos mesmo quando os castiga. A arbitrariedade não é protecção; é maior mal social a incerteza das penas, do que a mais cabal punição dos crimes. A injustiça das leis penaes provoca a sua inteira impunidade: juizes e jurados seriam propensos a absolver quando fossem forçados a applicar uma lei posterior ao crime: e eis-aqui como a mesma utilidade conspira para que o legislador seja justo.

Quanto á menor severidade, pôde dar-se na lei nova por dois motivos diversos; ou porque supprime a incriminação ou porque lhe modifica a pena. Em ambos os casos é preciso que a lei tenha uma applicação immediata, e resulta esta conclusão dos verdadeiros principios do direito de

punir; do mesmo principio utilitario, independentemente das da justiça.

O poder social não pôde ter supprimido a incriminação antiga, senão porque a julgou desnecessaria á manutenção da ordem social, e, por isso mesmo, elle não pôde, sem ultrapassar o seu direito, punir um acto sem consequencia. Na mesma fórma, se diminue a pena reconhece, que a sanção do seu preceito, ao menos quanto ao futuro, era excessiva ou exagerada, e ultrapassaria o mesmo direito de punir, se insistisse em a impôr.

A retroactividade, pois, tem lugar nestos casos, não só pelos principios da justiça e da humanidade, mas como consequencia logica do principio utilitario, que não vai além do que elle exige.

Esta doutrina foi consagrada explicitamente no Cod. Pen. Fr. de 1791, Art. ult.; nos Art. 18.^o e 19.^o da lei de 25. frim. an. 8.^o; Art. 6.^o do Dec. de 23 de Julho de 1810; no cit. Cod. da Pruss., lei de promulgação, Art. 4.^o; e no Art. 310.^o do Cod. do Braz.

Quanto á terceira hypothese de uma lei mais severa, que a segunda, mas mais suave que a primeira:

Por exemplo, se ao tempo do delicto a lei impossesse a pena de morte; depois outra a reduzisse a trabalhos publicos temporarios; e ao tempo da sentença sobreviesse uma terceira, que a elevasse a uma das perpetuas da mesma natureza; deveria escolher-se a pena intermediaria; pois, excluida a utilidade da pena mais severa por duas leis successivas, o réo adquiriu direito a ser punido pela segunda lei desde a sua promulgação, como aconteceria se fosse processado e julgado antes da promulgação da lei ultima.

Estas doutrinas, acham-se consignadas no presente Art. e seu §. un., o que, todavia, é restricto ao tempo da sentença. É uma condição essencial, dizem os criminalistas, que não haja contra o delinquente uma sentença, que tenha transitado em julgado; porque não haveria meio de fazer revogar ou annullar uma sentença, nem por consequencia de impedir a sua execução, com fundamento em acva lei, que a reduzisse ou mesmo supprimissem.¹

¹ São concordos Duranton, tom. 1.^o pag. 48, Merlijn, Repert. tom. 16.^o pag. 287; mas é de opinião contraria Valette sur Prudhon, tom. 1.^o pag. 37.

Dizem que as leis novas nada podem contra a authoridade da coisa julgada; e que não ha outro meio de conciliar o respeito devido a este principio com as exigencias da humanidade do que o recurso ao poder, meramente facultativo, de agraciar. Partilhou esta opinião a Assembléa Constituinte, porque, abolindo, no Cod. de 23 de Setembro de 1791, as penas perpetuas, para authorisar a soltura dos delinquentes, não lhes fazendo suportar uma prisão mais longa do que a imposta pelo mesmo Cod., promulgou um Decr. especial, em 8 de de Setembro de 1792, a que chamou de *commutação da pena*.

Não nos podemos conformar com esta doutrina. A authoridade da coisa julgada nasce da disposição da lei. As sentenças criminaes não são mais essencialmente, que um principio de execução, applicando, *na hypothese*, o que o legislador julgou *justo*, ou *necessario*, em *these*. Se o legislador reformar, posteriormente á sentença, o seu *julgado* anterior, condemna o seu mesmo *julgado*, fundamento unico da mesma sentença. É o mesmo legislador, quem declara, ou que não tinha o direito de punir, ou que o excedeu; e pôde, sem o maior dos absurdos e injustiças, subsistir a sentença, ou todo o rigor da sua condemnação, quando o que fez a lei, ou que é competente para a emendar, declara solemnemente, que existe erro?

Se nas escadas da força apparece clamando vivo o homem que se julgou morto, ha-de o condemnado ser executado, porque a sentença transitou em julgado? Ha-de ser enforcado, se a lei posterior disser, que o homicidio sem premeditação, ou provocado, não merece a morte? Não ha meio algum, dizem, de impedir os effeitos de uma sentença crime com transitu em julgado. Isto não é assim.

Não ha meio algum, porque a lei o não estabelece, mas devia estabelecer-o. Pois não podem admittir-se contra as sentenças embargos de materia nova? Não poderia interpor-se recurso da revista por novo fundamento? Pois não supõem o Art. 100.^o desde mesmo nosso Cod., que na execução das penas se pôde suscitár incidente contencioso, que tem de ser resolvido pelos mesmos juizes, que proferiram a sentença? Pois, conforme ao Art. 120.^o §. 1.^o, o acto de amnistia, extingue a criminalidade, o processo, e mesmo a pena, quando já imposta, por sentença, e uma lei, que reconhece que o facto não carece, nem de perdão, por não ser ou

crime moral, ou necessario á sociedade punil-o, ou com tanta severidade, não ha-de poder ser applicada, por um meio ordinario de Justiça?

Isto nos parece repugnante e contrario á boa razão, e, por tanto, indesculpavel a imprevidencia, ou a omissão, do legislador a semilhante respeito.

Resta, como dizem, o Poder Moderador, para, em laes casos, se conciliarem os principios da justiça absoluta com os da regra, que estabelecem, da inviolabilidade do julgado: mas o exercicio desse Poder, como meramente *facultativo*, não é uma garantia de justiça; e é desnaturar a indole do mesmo exercicio invocal-o, para casos em que são rigorosamente bem fundados os direitos do cidadão. O legislador disse uma vez «isto é um crime» depois diz «não é crime, mas eu te perdoo.» O supposto delinquente, responderá com justa razão, «se reconheces o teu erro, a tua injustiça, não carego do teu perdão, tu deves tirar a unica consequencia possivel, absolver-me como innocente.» O mesmo raciocinio tem elle direito, moralmente fallando, a fazer, se o legislador reconhece, que a culpa não comporta uma pena tão severa. «Se me remistes a pena, replicará o delinquente, não é pelo teu direito de me fazer graça, mas «pela obrigação, em que estás constituido, de me fazer justiça.»

A esta nossa opinião se opporá a consideração de que o condemnado é sempre réo da infracção material da lei. Concedemos: porém a logica e a justiça pedem, que então seja o réo punido, como de *contratenação*, ou com menor pena, mas nunca pela antiga lei, com abstracção inteira da lei nova.

Em conclusão, por tanto, entendemos, que deve ser, em todo o caso, permitido aos réos, e mesmo ordenado ao ministerio publico, nos casos mais graves de pena de morte, ou de penas perpetuas, o embargar as sentenças com transitu em julgado, sempre que sobrevenha lei nova, que ou derogue ou modifique a incriminação, ou imponha pelo mesmo crime uma pena menos severa: entendemos mesmo que é de justiça, que aos condemnados, que já estiverem cumprindo, ou tiverem cumprido uma parte da condemnação, deverá ser permitido embargar de restituição a mesma sentença, para o effeito, ou de obter a sua soltura, ou de se lhes dar por expiada a culpa, ou de se lhes tomar em conta a maior severidade da pena já suportada, para se lhes

reduzir a restante, em harmonia com as disposições da lei nova.

Isto, que não só é justo, mas que é conforme aos bons princípios, que authorisam o direito de punir, não encontra impossibilidade alguma da parte do legislador. Assim como, pelo Decr. de 28 de Novembro de 1832, pôde a regencia da ilha Terceira decretar irritas e nullas as sentenças crimes, proferidas, desde o dia 28 de Abril de 1828, por motivos ou opiniões politicas, ou por factos dependentes desses motivos ou opiniões, tambem se pôde determinar, que taes sentenças, transitadas, executadas, ou em execução, fiquem nullas, suspensas, ou modificadas, em conformidade com as prescripções de um novo Cod. Pen. Em ambos os casos se dá a existencia de um acto transitorio, politico, e de excepção, que nem offende o respeito devido á cousa julgada, nem a permanencia invariavel das leis penaes para os crimes, que depois se commetterem, sempre com a resalta da disposição nova mais benigna, se promulgada a tempo de aproveitar aos réos no soffrimento de outra, que a lei nova condemna e reprova.

A pena de morte não poderá em caso algum ser applicada aos menores de dezeseite annos; mas será substituida pela de prisão perpetua com trabalho.

O Cod. do Braz., Art. 18.^o §. 10.^o dispõe, que na menoridade dos 14 aos 17 annos, possa o juiz, *parecendo-lhe justo*, impor aos criminosos a pena de cumplicidade, que, dada a hypothese, e, nos termos do Art. 35.^o do mesmo Cod., é a de galles perpetuas.

O Cod. dos D. Sic., Art. 68.^o, ao menor de 18 annos, e maior de 14, manda *impôr trabalhos publicos* em presidios, mas no 3.^o grão desta pena, isto é, de 19 a 24 annos.

O Cod. Fr., reformado em 1832, quer que o menor de 16 annos, nunca sofra a pena de morte, mas só 20 annos de prisão em uma casa de correção.¹

O Cod. Hesp. determinou, no Art. 72.^o, que ao maior de 15 annos e menor de 18, se applique *sempre*, no grão correspondente a pena immediatamente inferior, consequentemente os trabalhos publicos *perpetuos* — *cadena perpetua*.

O novo Cod. dos Paizes Baixos, fixando a menoridade até aos 16 annos, como o Cod. Fr., determinou, que os menores não possam soffrer em caso algum, nem mesmo a re-

¹ Ainda assim, reduzida a pena de morte, em razão da menoridade, até aos 16 annos, a 20 de prisão, pôde o jury declarar, que existem circumstancias attenuantes, e, por esta fórma, em conformidade com a Lei de 28 de Abril de 1832, e Art. 463.^o do Cod., fazer descer a penalidade legal muitos e muitos grãos. E nem se diga, que entre nós, pôde tambem descer pelo mesmo motivo. O nosso systema de circumstancias attenuantes é diverso. Entre nós, se do processo não resulto o conhecimento de factos, que possam ser formulados em quesitos, o jury só pôde responder negativa ou affirmativamente sobre o facto principal. Em França, o jury por uma espontanea, vaga, arbitaria, e não especificada, declaração da existencia de taes circumstancias, tem o poder, legal e descriptuario, de fazer modificar o seu *verdict* affirmativo.

clausão perpetua, considerada, assim esta, e a pena de morte, em relação aos menores, como de igual gravidade.

O Cod. da Bav., determinou, no Art. 99.º, que ao maior de 12 annos, mas menor de 16, seja a pena de morte substituída pela reclusão em casa de força, de 12 a 15 annos. Depois dos 16 annos a menoridade não é só de persi uma causa de atenuação penal.

Mas o Cod. d'Oldemb., Art. 106.º, permitiu aos tribunaes, segundo as circumstancias, substituir a pena de morte, mesmo aos menores de 16 aos 20 annos, pela pena de ferros ou casa de força a tempo indeterminado.

O novo Cod. da Prus. contém as seguintes disposições, que julgámos dignas de aqui transcrever textualmente :

§. 43.º « Se fôr demonstrado que o mesmo culpado, « menor de dezeseis annos, commetteu com discernimento « um crime ou delicto, lhe deverão ser applicadas as deter- « minações seguintes :

« 1.º A pena de morte e a prisão de trabalhos força- « dos, a perda de honra civil, a prohibição temporaria do « exercicio dos direitos de honra civil, e outrosim a posição « sob a inspecção da policia, não lhe serão applicaveis ; e « em lugar de prisão de trabalhos forçados, deverá decre- « tar-se a prisão simples.

« 2.º Se ao crime fôr comminada a pena de morte, ou « de prisão de trabalhos forçados para sempre, se deverá de- « cretar prisão simples de tres até quinze annos.

« 3.º Nos outros casos, o juiz fica authorisado a ap- « plicar uma pena inferior á mais leve do castigo legal ; mas « nunca deverá exceder a metade do maior castigo legal.

« 4.º A pena de prisão deverá ser cumprida em edi- « fícios exclusivamente destinados a pessoas jovens, ou nas « prisões ordinarias, mas sempre em logares separados. »

Em vista desta legislação comparada, e de outras dispo- sições do nosso Cod., se nos offerecem sobre a materia do presente Art. as seguintes observações :

1.ª O Art. 20.º declara, em o n.º 1.º, que se considé- re como circumstancia attenuante a menoridade até aos 20 annos ; e o Art. 81.º §. 1.º determina, que, concorrendo algu- ma circumstancia attenuante, se substitua a pena de morte, por alguma das maiores perpetuas.

Logo não ha *caso algum*, em que aos maiores de 17 an- nos e menores de 20, se possa impôr a pena de morte.

Da disposição, porém, deste Art. se deduz — *à contra- rio sensu* — que ha casos, em que aos maiores de 17 an- nos e menores de 20, se pôde impôr a pena de morte. Ma- nifesta contradicção !

E como poderá conciliar-se ? Comparando-se estes Art. com o que se dispõem no Art. 84.º Pôde a menoridade até aos 20 annos, nos termos do Art. 84.º, não ser attendivel, conforme ao Art. 20.º n.º 1.º, e Art. 81.º, por concorrerem com ella outras circumstancias aggravantes, que prepondé- rem ; em quanto que, ao menor de 17 annos, nem mesmo nessa hypothese — *em caso algum* — pôde ser imposta a pena de morte, assim como o não pôdem ser os trabalhos publi- cos, nem o degredo, em substituição, mas precisamente, a prisão com trabalho.

Sem duvida, que assim desaparece a antinomia. Mas a obscuridade fica sempre, pelas diversas interpretações a que, na pratica, estes Art. pôdem dar lugar.

Pôde dizer-se, em contrario, que a presumpção favora- vel á menoridade dos 20 annos, sendo fixada e reconhecida pelo legislador, é *juris et de jure*, que não admite provas, que a destruam ; e que, portanto, embora concorra com circum- stancias aggravantes, sempre deve ser potestativa, para pre- dominar, quanto á pena de morte, que não seria então a pena ordinaria do crime commetido pelo menor de 20 an- nos, mas a aggravação dessa pena com a de morte, em ra- são das circumstancias aggravantes, o que ficaria repugnan- te ao espirito do legislador, que não só é restrictivo da pena de morte, mas repulsivo da aggravação das penas perpetuas na de morte, como se conclue dos Art. 86.º, e 320.º.

Que o presente Art. deve ser posto fóra de combate con- tra os menores de 20 annos, por isso que o argumento é to- do — *à contrario sensu* — o qual, por ser em materia cri- minal, e no ponto penal de todos o mais grave, por mais concludente, que pareça, nada conclue ; e que, por tanto, lhe deve preferir o Art. 20.º e 81.º, como mais favoravel á conservação da vida dos mesmos menores, valendo mais deixar aberto o campo á critica sobre a redundancia e superfluidade do presente Art., que supprir no legislador a cruel e deshumana intenção de comprometter em caso algum a existência de um menor de 20 annos.

Que os cit. Art. não ficam assim antinomicos, mas que sómente se deve reputar redundante o presente Art. Escusa- VOL. III. 2

do era dizer, que ao menor de 17 annos nunca seria imposta a pena de morte, quando o Cod. no cit. Art. 20.^o n.º 1.^o e Art. 81.^o assim o determina com relação ao menor de 20, que comprehende o menor de 17: e que, se é regra de Direito, que as superfluidades se não presumem na lei, não é lícito, para evitar esse inconveniente, cair em outro maior, qual o de concluir o absurdo moral.

Todavia, não faltarão outros, que na presença do Art. 84.^o explicarão perfeitamente todo o pensamento do legislador, salvando, tanto a antinomia, como a redundancia, concluindo — « dura lex, sed lex. »

Quid juris, em tal situação? Inimigos, não, legalmente, mas política e moralmente, da pena de morte, somos inclinados a aconselhar, que, na dúvida, se deve concluir sempre a favor da substituição aos menores de 20 annos.

2.^o O Art. 20.^o n.º 1.^o declara, que a menoridade até aos 20 annos se considera uma circumstancia attenuante. O Art. 81.^o ordena, que a pena de morte, concorrendo uma circumstancia attenuante, seja substituida por qualquer das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, ou degredo. Logo o menor de 20 annos, culpado de um crime de pena de morte, só na presença de circumstancias aggravantes pôde ser condemnado a trabalhos publicos, por que a lei, deixando á escolha do juiz alguma das penas perpetuas, de prisão, ou degredo, não podia ter outro fim, mais do que attender a esse concurso.

Desta observação resulta: 1.^o um argumento, tanto concludente da exposta antinomia, que provem destes Art., comparados com o presente, como exclusivo da sua conciliação fundada em argumentos derivados do Art. 84.^o; mas, ainda, 2.^o, uma nova antinomia, ou antes absurdo moral mais inconciliavel, em relação á penalidade, que deve preceptivamente substituir a de morte nos menores de 17 annos, comparada com a que pôde facultativamente substituir a mesma pena nos menores de 20.

O juiz podia, nos termos do Art. 20.^o n.º 81.^o, condemnar um menor de 17 annos, que é menor de 20, a prisão simples, a degredo simples, com quanto perpetuamente; mas em vista do presente Art., concebido em termos perceptivos e absolutos na sua especialidade, hade substituir a pena de morte pela de prisão perpetua com trabalho!

Por esta forma, o menor de 20 annos fica mais favore-

recido que o menor de 17, em diametral repugnancia, tanto com os principios e distincções estabelecidas no mesmo Cod., como com a verdade moral, que torna humanamente, tanto mais imputaveis as acções do homem, quanto menos remota se acha a idade da época ordinaria do completo desenvolvimento das suas faculdades intellectuaes.

Isto se torna tanto mais digno de reparo, quanto mais exagerada e horrivel é, e terá por muito tempo de ser, a pena que se substitue á do presente Art. Em conformidade com o Art. 99.^o esta mesma pena tem de ser substituida pelo degredo aggravado, nos termos do §. 4.^o do Art. 78.^o, e do §. 1.^o do Art. 79.^o

Isto é, degredo perpetuo, com duas aggravações: 1.^o a de ser para as possessões orientaes: 2.^o a de ser acompanhado de prisão no lugar do degredo, temporaria a arbitrio dos juizes.

O legislador, talvez, por imitação de outros Cod., quizesse fallar do trabalho não de aggravação, mas de moralisação, e correção, adequados a *jovens condemnados*. Talvez tivesse na sua mente fazer recolher a estabelecimentos proprios taes criminosos. — Mas não o tendo assito declarado, e, antes, usado da expressão prisão com trabalho, que definiu para um futuro incerto, no Art. 34.^o, e descreveu, por substituição, provisoriamente, no Art. 99.^o: não pôde o presente Art., por mais duro, que pareça, ter outra significação, ou explicação.

3.^o A nossa Ord. do Liv. 5.^o tit. 135, nas palavras: « E quando o delinquente for menor de 17 annos cumpridos, posto que o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará ao arbitrio do julgador, dar-lhe outra menor. » não exclui a possibilidade de uma outra pena grave, afflictiva, mas não perpetua.

O Cod. Fr., das D. Sic., dos Paiz. Baix., da Bav., de Oldemb., da Prus., e a que podem addicionar-se outros, tanto da Italia como da Allemanha, não admittem nos menores de 16 annos a substituição da pena de morte, por outra perpetua. Ficam, por tanto, sómente os do Braz., e Hesp. com doutrina analoga á do presente Art.

É, pois, evidente que nesta disposição, considerada com abstracção do Art. 20.^o n.º 1.^o, não só se aggravou a legislação do reino, mas se deixou de seguir o maior e melhor numero de exemplos praticos, que subministram os Cod. estrangeiros, que são, sobre a materia, outros tan-

tos casos julgados pela sciencia, pela politica, e pela humanidade.

Resta-nos notar, que o Cod. não commuta a pena de morte a favor dos septuagenarios! Comtudo, seria de conveniencia publica, que as cans da senectude fossem acatadas, dando-se o exemplo de virtudes moraes na mesma punição do crime.

Assim o pensam, com justa razão, Chauveau e Helie, Cod. Pen. tit. 2.^o p. 203.—O Cod. Pen. Fr. de 1791, part. 2.^a, tit. 5.^o, Art. 7.^o, ordenava, que nenhum condemnado deixasse de ser posto em liberdade, logo que chegasse á idade de 80 annos; falsa e vã promessa, porque será rarissimo, que se possa viver em ferros até similhante idade: mas, ao menos, consagrava-se, por esse modo, o principio do respeito devido á idade provecta, em que assentam as disposições dos n.^{os} 5.^o e 11.^o do Art. 19.^o do presente Cod.

« *A velhice é sempre respeitavel. Ella annuncia uma extensa e victoriosa campanha da vida, contra os inumeraveis inimigos, que a costumam destruir.* »

« Despresar a velhice, ou não ter para ella a consideração que lhe é devida, é trabalhar por haver no futuro o mesmo tractamento. » Bastos, Coll. de Pens.

« *Tanto la vejez como la debilidad del sexo, deben erimir de ciertas durisimas condenas* » diz o commentador Hesp., e será menos dura a pena de morte, que a de trabalhos publicos? Assim o acreditamos, mas não é assim, que os Cod. contemplam a pena de morte: e, por tanto, em relação aos principios de humanidade e de moralidade publica, em que assenta a disposição do §. un. do Art. seguinte, quanto aos velhos de 60 annos, entre a mesma disposição e a omissão, que notamos, parece-nos haver manifesta repugnancia.

Estas contradicções e durezas nascem de se considerar a pena um *expediente*, e não um *remedio*. Se o enfermo, se não pôde mais levantar da sua enfermidade moral, por que encanecido no vicio já não é possível combater o crime na sua *causa moral*: á sociedade só resta o direito de o conservar no hospital penitenciario, para evitar o mesmo crime nos seus effeitos de propagação e contagio, se se podesse admitir essa impossibilidade em presença da moral publica, fundada na Religião do Estado, o que não concedemos.

A pena de trabalhos publicos não poderá em caso algum ser applicada ás mulheres, aos menores de dezeseite annos, aos maiores de sessenta annos, e aos que tiverem tal enfermidade, que não possam servir nos trabalhos publicos, sendo esta enfermidade competentemente provada.

§. unico. Quando taes pessoas commetterem um crime, que pela lei tem a pena de trabalhos publicos, ou que tendo sido condemnadas a esta pena, chegaram á idade de sessenta annos, ou ao estado de enfermidade incompativel com a mesma pena; deverá ella ser substituida pela de prisão com trabalho, ou sem elle.

Concorda, quanto ao menor de 16 annos, o Cod. Fr., reformado em 1832 Art. 67.^o: os trabalhos publicos nunca ahí são impostos.

Este favor para, segundo este Cod., na menoridade dos 16 annos, mas em compensação, nunca então se applica a *perpetuidade* da pena. Assim, aos 36 annos, o homem volta para a sociedade cheio ainda de vida e vigor; o nosso Cod., porém, deixa-o definhar na prisão, entre quatro paredes, com outros criminosos, ainda que elle chegue á idade de 100 e mais annos.

Quanto ás mulheres, concorda o Cod. do Braz. Art. 45.^o; Fr. Art. 16.^o; d'Aust. Art. 18.^o; D. Sic. Art. 10.^o; Bav. Art. 9.^o; e outros. Foi a decencia publica que se quiz assim respeitar, e ainda mais, que a fraqueza do sexo; porque mulheres ha, da condição do povo, que se empregam em trabalhos de condução, de carreto, de lavoura, e outros braços de igual rudeza. Mas assim se fêre o Art. 143.^o da Cart. ordenando para *todos* (sem exceptuar as mulheres) que a

lei tenha igualdade, quer *proteja*, quer *castigue*. Se a *prisão com trabalho* é pena equivalente para as mulheres, porque razão não ha de ser applicada aos homens?

Quanto aos velhos, maiores de 60 annos, é a mesma disposição, que se encontra no Cod. do Braz., Art. 45.º §. 2.º; Fr., Art. 70.º e 72.º; Hesp., Art. 98.º; Bav., Art. 9.º; e outros. O Cod. das D. Sic., Art. 68.º, só concede este favor aos velhos de 70 annos completos. Não é a clemencia, nem a equidade do legislador; é a sua *impotencia* para fazer trabalhar publicamente um velho de mais de 60 annos, sem o assassinar; e é mais a *cobardia social*, fazendo-o trabalhar dentro dos muros de uma prisão, aonde não se poderá dar occasião de excitar *escandalo*!

Além disso, não fazendo o presente Art. distincção, entre velhos maiores de 60 annos ao tempo da condennação, e os que envelhecerem, depois de condemnados, nas casas de retenção, ou no cumprimento da pena, não é conforme á verdade moral e real da razão intrinseca, em que se funda a disposição.

O Art. presume, segundo o que ordinariamente acontece, o estado de velhice, passados os 60 annos. Mas esta presumpção é falsa, quanto aos presos, e muito particularmente quando com prisão aggravada nos trabalhos publicos.

A velhice superveniente nas prisões, mesmo quando não aggravada a pena, tem limites mais curtos que os da vida livre. As estatísticas de diversos paizes, a semelhante respeito, fazem apparecer esse estado, em termo medio, aos 50 annos.

Mesmo na vida livre a velhice pôde vir mais tarde ou mais cedo, segundo a constituição dos individuos, seu modo de vida habitual, e outras muitas circumstancias. As sensações violentas, o desgastamento de costumes, as doenças, a miseria, conduzem á velhice, que, por ser prematura, não é menos verdadeira: ao mesmo passo que um velho de 60 annos pôde achar-se mais robusto, que um homem de 40.

A regra, por tanto, que o legislador estabelece, fundada em um principio de moral, abstractamente considerado, torna-se immoral, na sua applicação pratica. Falha, e deve falhar, um sem numero de vezes, e, sempre que fallear, apparece a injustiça da lei, porque não cura, mata.

De resto, e quanto aos velhos, o Cod. é diminuto, porque, admitindo elle o *isolamento* obrigatorio ou forçado;

essa aggravação no estado de debilidade de faculdades moraes e intellectuaes conduz necessariamente á melancolia: e desta á demencia o salto é curto, como demonstram os homens competentes. Um projecto de lei, apresentado nas camaras francezas de 1847, havia proscripto mesmo a prisão simplesmente cellular quanto aos velhos septuagenarios.

Não queremos, porém, dizer que os velhos criminosos se misturem com presos de outras idades, e muito menos com jovens condemnados, aos quaes seria muito prejudicial a simples presença de homens encanecidos na perversidade, que podem bem dizer-se veteranos do crime, e que são o maior encargo dos estabelecimentos penitenciarios, com pouca esperanza de compensação; mas sim que o seu sequestro se verifique em prisão, ou classe distincta, aonde semelhantes enfermos tenham um tratamento especial.

Quanto aos enfermos, é a disposição do Art. uma superfluidade.

Escusava o legislador de assim o determinar. O contrario seria a pena de morte realisada por meio dos trabalhos publicos, em lugar de o ser na forca; e seria a violação do mesmo Cod. Art. 78.º §. 1.º, para que a pena de morte não se aggravasse em caso algum; porque teriamos em realidade essa pena, mas mais atroz.

Não haveria mesmo quem neste reino fizesse executar os trabalhos publicos, por um homem enfermo, a não ser em tempos de crueldade e de anarchia social.

A declaração, quanto a dever ser competentemente provada a enfermidade, é tambem uma superfluidade. Está em Direito, é cousa corrente, que a enfermidade deve ser *provada*; é um facto, cuja existencia só os homens da sciencia podem attestar.

Mas se era necessario fazer-se esta declaração a respeito da *enfermidade*, a mesma razão colhia em quanto á idade dos menores, e dos velhos, que tambem, todos sabem, com que certidões se prova.

Por tanto, ou ha de mais ou de menos, na redacção deste Art., além da incoherencia! A declaração só parece revelar o *especial cuidado*, com que o legislador quiz, que se não relachasse, a pretexto de molestia, na execução da pena mais *viciosa*, que no Cod. se contém, repellida dos Cod. mod., e hoje reconhecida como pessima, especialmente em França, depois da lei, que já citamos. O mesmo Cod. do

Braz. reconhece o seu vício, principalmente quando temporaria, e por isso decretou a sua futura abolição, como se vê do Art. 311.º, concordando assim no pensamento, que dictou a disposição do Art. 8.º do Cod. da Bav., para que nunca a pena do *ferros* pudesse ser senão *perpetua*.

Reconhecem ambos os legisladores, que os condemnados a semelhante pena, não devem mais voltar para a sociedade, porque a pena foi *contra-producente*. Não curou a doença moral, tornou-a chronica e incuravel.

O nosso Cod. esmera-se em tornar effectiva a execução della, mesmo quando temporaria!

ARTIGO 73.*

O menor de quatorze annos, que commetter algum crime, praticando o facto sem discernimento, será entregue, segundo as circumstancias, ou a seus paes, parentes, e tutores, ou será recluso em uma casa de educação pelo tempo que fôr determinado na sentença.

§ 1.º O menor de quatorze annos, que commetter algum crime, a que corresponda alguma das penas maiores, praticando o facto com discernimento, será condemnado a prisão com trabalho ou sem elle, por tempo que não exceda a dez annos. Se a pena do crime fôr correccional, a pena que lhe fôr imposta, não será maior do que a metade da que deveria impôr-se no caso em que o criminoso excedesse a idade dos quatorze annos.

§ 2.º Nos casos declarados no § antecedente poderá pronunciar-se na sentença a sujeição á vigilância especial da policia até dez annos.

A redacção deste Art. parece-nos summamente vaga e incompleta.

Em primeiro logar, cumpria, que se dicesse — *os menores de 14 annos, maiores de 7* — para ficar em harmonia com o Art. 23.º, n.º 2.º; pois queahi foram collocados fóra do alcance da lei penal, qualquer que seja o facto, que pratiquem. São desgraças, ou accidentes fortuitos, a deplorar, mas não crimes voluntarios a punir, porque seus agentes, puramente

materiaes, não tem imputação alguma. A lei assim o presume, sem admitir prova em contrario.

Em segundo logar, a expressão — *segundo as circumstancias* — tão indefinida, como se acha, não significa outra coisa mais que o arbitrio do juiz.

O menor de 14 annos, que praticou o facto criminoso sem discernimento, pôde, ou não, ser arrancado ao Patrio Poder, conforme parecer ao juiz, sem que o Cod. lhe prescreva regra alguma, para se dirigir na escolha!

E que circumstancias são estas? São as relativas á pessoa do menor; ao seu maior ou menor numero de annos; ao seu maior ou menor gráo de instrucção moral e religiosa; ou são as relativas ás pessoas dos pais ou tutores, ao seu estado e profissão na sociedade, á sua capacidade ou incapacidade, em meios, moraes ou materiaes, para educar seus filhos ou tutelados? O Cod. nada, a semelhante respeito, prescreve ou declara, que esclareça a consciéncia do juiz.

Sem duvida, que o juiz recto é prudente, hade forcejar por seguir a melhor das alternativas. Mas o Legislador, para se não enganar, não deve suppôr, que os juizes são homens descidos do Céu á terra, inspirados pela Divindade, principalmente quando se trata de juizes de primeira instancia, e de sentenças taes, como estas, em que não ha propriamente uma condemnação, mas uma declaração de inculpabilidade, e, consoquentemente, em que não resta recurso algum, para que o julgado se reforme nos tribunaes superiores.

Muitas determinações importantes, intendemos nós, podiam e deviam aqui ser expressas, para não se estabelecer um tão ilimitado arbitrio, que os juizes não podem querer, e de que mal saberão usar.

A regra deveria ser, pensámos nós, que, na hypothese dada, se entregasse o menor a seus pais ou tutores, por isso que estes tem sempre a presumpção legal a seu favor, em quanto factos notorios, ou provados, a não venham destruir.

Os pais tem, pela natureza, authoridade sobre seus filhos, e o direito para exigir a protecção das leis para a exercer, excepto nos casos, que as mesmas leis marcam, e taes são os das condemnações mencionadas no Art. 53.^o, com o qual este Art. 73.^o devia ir de accordo.

Sendo estas as regras, deviam tambem as excepções ser determinadas no Cod.; e taes seriam:

1.^o Quando os pais ou tutores não estivessem no pleno gozo dos seus direitos, civis ou politicos:

2.^o Quando tivessem sido condemnados por algum crime, de pena maior, embora esteja ella cumprida, ou perdoadada:

3.^o Quando passassem uma vida desregrada, em concubinato, no jogo, ou em outras devassidões, de que davam recar-se máos exemplos:

4.^o Quando, por illitteratos ou pobres, não podessem educar, nem mandar educar, seus curatelados convenientemente:

5.^o Quando, pelo estado de abandono, e privação, de toda a instrucção elemental na pessoa do menor, se podesse presumir a continuação do desleixo e incuria dos pais ou tutores:

6.^o Quando, o modo de vida aventureiro, errante, ou fóra do domicilio, dos pais ou tutores, para grangear sustento, os impossibilitasse, ou lhes tornasse sumamente difficil, o cuidado da educação dos menores, mais desvelada, como se carece, depois do facto criminoso:

Estas, ou outras prescripções semelhantes, poderiam encontrar-se no Cod., para que o juiz se não ache constituido na necessidade de ser arbitrario; e, além disso, como a preferéncia dada a uma casa de educação importa uma declaração, virtual ou expressa, de falta de confiança nos pais ou tutores, irroga injuria, e offensa, contra a qual se devia admitir a *justificada reclamação* da parte delles.

Além disso, cumpre ainda, que se note a seguinte observação:

Á custa de quem hão-de ser educados os menores, arrancados ao Poder Patrio para a casa da educação?

Á custa do Estado, ou dos pais? É duro, é mesmo inadmissivel, que o Estado carregue com as despesas necessarias, se os pais tiverem meios. Por outra parte, é cruel, é injustissimo, que se exijam essas despesas do homem jornalheiro, ou pouco abundante dos meios de fortuna, que pôde sustentar uma familia em communidade, mas que não pôde sustentar, fóra della, qualquer de seus filhos, distrahindo alguns daquelles meios.

Essa exigencia equivaleria a uma multa, a uma pena, por facto, não sujeito a imputação, além da pessoa do delinquente; sendo, por tanto, immoral, e absurda. Como previne o Cod. estas difficuldades? Com o mais profundo si-

lencio, com a *sciencia certa*, com o poder supremo e absoluto de um juiz de primeira instancia, discretionario sem limites, com o arbitrio!

Em terceiro lugar, a expressão — parentes — não é menos vaga e indeterminada.

Estes parentes são na falta dos pais, os outros ascendentes? Compreheende esta expressão os collateraes, e até que grão? Neste segundo caso, tem estes obrigação de suportar um encargo, que nem pelas leis da natureza, nem pelas leis civis, lhes pôde ser imposto? Se estes parentes não quizerem tomar conta do menor, que lhes é entregue por virtude da sentença, com que direito hade proceder o juiz, para dar á execução a sua sentença? Presumiria o legislador o caso da annuência, ou mesmo reclamação, da parte destes outros parentes do menor?

E, como, quando, e por que forma, hade o juiz reformar a sua sentença, no caso de reluctancia? Não é sempre desvirtuar a autoridade publica, o consentir-se, que ella determine alguma cousa, sem que fique desde logo armada dos meios necessarios de se fazer obedecer?

Em quarto lugar, as autoridades administrativas, são as unicas, que podem apreciar os progressos da emenda e correção nas casas de prisão. Il importe (diz *Cerferr* no seu tratado — *des condamnés libérés* Cap. 4.º — que l'administration ait un droit décisif, absolu, sur les jeunes détenus; elle seule peut connaître ses jeunes délinquants, les grâces qu'ils ont faites sous le régime de la prison, en regardant les années et de l'expérience.

Assim se achá legislado no mod. Cod. da Prus., §. 42, nos seguintes termos:

« Quando o culpado não tiver completado a idade de 16 annos, e se concluir, que obrou sem discernimento, deve verá ser absolvido, e será determinado na sentença, se hade ser entregue aos seus parentes, ou recluso em uma casa de correção. Neste ultimo caso, deverá ser conservado na casa da correção, o tempo que a autoridade administrativa do mesmo estabelecimento julgar necessario, mas nunca além dos vinte annos de idade completos. »

Temos, pois, por inconvenientissima a determinação, que se exprime nas palavras — *pelo tempo que fôr determinado na sentença*. — Mais se estabelece por esta for-

ma o arbitrio do juiz, e sem limites! E para que hade o juiz determinar o tempo?

Para que o alumno desta especie tenha o tempo, que o juiz calcula indispensavel para a educação? Mas esse tempo depende de circumstancias, que o juiz não pôde prever nem apreciar *á priori*.

A educação depende das inclinações, e applicação do alumno; do seu temperamento; da sua indole; da sciencia e prudencia dos mestres; do melhor ou peor regimen da casa de correção; do methodo do ensino; etc.

O juiz é assim essencialmente incompetente, para pronunciar sobre um resultado, que ainda hade vir, mais tarde ou mais cedo, sem se saber quando, e quaes hão-de ser os agentes e directores, empregados da administração.

O Cod. Pen. Franc., no Art. 66.º, que pôde dizer-se a fonte deste Art., com quanto admitisse este arbitrio do juiz, tambem o limitava, inhibindo prolongar a detenção, a pretexto de educação, além dos 20 annos completos de idade. Mas o nosso Cod. agravou o mal, suprimindo esta limitação!

Além disto, se o menor praticou o facto sem discernimento, se não teve a intenção do crime, se o facto sem a intenção, não pôde constituir crime nem delicto voluntario, aos olhos da lei e da moral, como é que este mesmo Art., repugnante com o seu fim, que é a educação do agente irracional desse facto, authorisa a fixação do tempo, ainda além dos vinte annos da idade, e mesmo quando se tenha obtido o resultado n'uma educação professional e de principios de moral e de religião, que assim, no excesso da reclusão, se converte em pena, contra um innocente?

Não o podemos justificar. Os illustres authores do Cod. e os seus defensores, poderão fazel-o assim, talvez, em nosso logar.

Em 5.º lugar, notámos as palavras do Art. — *em uma casa de educação*. — Pois donde é que nos temos casas, destinadas para este fim? Temos as casas Pias de Lisboa e de Evora; alguns asylos de infancia desvalida, ou estabelecimentos especiaes de caridade para meninos orphãos; mas nenhuma com as proporções convenientes, para receber alumnos ali entregues por virtude de sentença; nenhuma especialmente authorisada para este effeito por lei, ou por seus estatutos, e compromissos; nenhuma sufficientemente do-

tada com os meios necessários, para servir de penitenciária e de correção nestes casos.

Tivemos o projecto de uma casa de correção e trabalhos em Xabregas, a que allude o Art. 2.º da C. de Lei de 23 de julho de 1833; tivemos mesmo logo um director desta casa, com o ordenado de 400\$00 rs., contemplado no orçamento do Estado; mas o que nunca tivemos foi o estabelecimento, nem sombras d'elle, e, por essa razão, o Decr. do 1.º de Dezembro de 1842 supprimiu esse logar, despachando o governo aquelle director para outro emprego de serviço publico.

Tivemos ainda depois o contracto de 19 de Maio de 1845 celebrado com a companhia das Obras Publicas de Portugal, approvado pela C. de Lei da mesma data, enumerando entre as obrigações, que lhe eram impostas, a da construção de uma *casa penitenciária*; mas as revoluções de 1846; a bancarota, que apanhou em sua rede os creditos dessa companhia; e os ruinosos e quasi exclusivos esforços para a construção do caminho de ferro, denominado de Leste, fazem-nos perder a esperanza de vêr no seculo, em que vivemos, convenientemente edificada e montada uma casa penitenciária, de correção e trabalho, que podesse ao mesmo tempo servir de educação, para os desgraçados menores na hypothese deste Art.

Este Art., pois, é uma perfeita inutilidade, e o juiz se vê na precisão, ou de preferir paes ou tutores, ainda que tenham defeitos ou vícios, que tornem inefficaz, nulla, ou prejudicial, a educação dos menores; ou de ordenar em sua sentença uma cousa, que não pôde ser cumprida, por falta de estabelecimentos adequados, sendo estes substituidos pela detenção e trabalho em algumas das nossas cadeias publicas, bem pouco proprias a preencher o fim da lei, e d'onde podem os menores sair, em lugar de expurgados das tendencias para o crime, perfeitamente instruidos nas suas manobras, que ali se aprendem; assim como inteiramente inacessíveis aos sentimentos de brio e de pudor, que certamente não infunde o ar contagioso, que tambem ali se respira.

O projecto de Cod. de M. Haus, Art. 70.º, conserva a a limitação dos 20 annos, prescripta no citado Art. 66.º do Cod. Fr.; o mesmo se verifica no projecto de Cod. de 1834; a fonte remota desta determinação era o Cod. Franc. de 1791. p. I. tit. 5.º Art. 1.º; o novo Cod. dos Paizes-Baixos, Art.

71, e 72, entrega á correção domestica o menor de 16 annos, que praticou sem discernimento um maleficio, o só estabelece como facultativa a remessa para uma casa de educação, com relação aos factos, qualificados crimes ou delictos, limitando, contudo, tambem o arbitrio, quanto ao maximo do tempo, aos 18 annos de idade; o Cod. das Sic., Art. 64.º, estabelece, como maximo, o tempo da *maioridade*; o Cod. da Sard. é conforme aos dos Paizes-Baixos, fixando a limitação aos 18 annos; o Ens. do Cod. Cr., pelo Patriarcha dos nossos Jurisconsultos, Mello Freire, estabelecia no tit. 2.º §. 5.º, que os infantes fossem considerados incapazes de todo o delicto e pena; porém que, fóra da a infancia, se castigassem segundo a sua malicia e comprehensão.

O Art. 1155 da Ref. Jud. authorisava os jurados, a declarar não provado o crime, sempre que, posto se provasse o facto, e se demonstrasse praticado pelo réo, intendessem, que não *tinha obrado com intenção criminosa*, o que destrua todo o arbitrio do juiz, obrigando-o, conforme ao Art. 1631.º, a ordenar immediatamente a soltura do mesmo réo. Em regra, era Direito corrente entre nós, que os impuberes (menores de 14 annos, sendo varões, e de 12, sendo fêmeas) não eram susceptíveis de delicto, quando lhes faltava a intenção criminosa, segundo o Direito Romano, — *fraudis et doli inexpressi*, — e, em especial, que os *infantes* (os que não excediam a 7 annos) não tendo chegado ao seu uso da razão, não eram sujeitos ás leis: Mell. Fr. Inst. de Dir. Cr. tit. 1.º §. 6.º; Sousa, Classe dos Cr. Cap. 1.º §. 8.º n.º 8.

Este nosso Art., porém, em lugar de toda esta legislação mais ou menos defendida e precisa, substitue um arbitrio immenso, qual o que se dá entre uma absolvição quasi plena, peremptoria, e absoluta, pela entrega do impubere a seus paes ou tutores, e a reclusão em casa de correção sem limitação de tempo, nem quanto ao maximo, nem quanto ao minimo.

Assim pôde o juiz annullar indirectamente a decisão de não criminalidade dos réos menores, feita pelo jury, ordenando que sejam reclusos, por cinco, ou mais annos; como pôde ordenar essa reclusão por poucos mezes, e até por poucos dias, contrariando visivelmente o fim, que o Cod. Pen. Fr. teve em vista, quando ao citado Art. 66.º estabeleceu o arbitrio, quanto aos annos, excluindo por tal forma a idéa de tempo inferior a um anno.

« Pendant tel nombre d'années, que le jugement deter-

«mínima» — se diz neste Art., e o Tribunal da Cassação tem concluído destas expressões, que o *mínimo* do tempo, durante o qual o legislador tinha intendido, que o mínimo, por que o menor devia permanecer em uma casa de correção, era o de anno.

Mas a infidelidade da nossa tradução, ou o proposito da alteração, destruiu o *mínimo*, assim como a supressão, da limitação destruiu o *máximo* ! !

O Cod. Pen. d'Aust., na 2.^a parte, que trata das graves infracções de policia, seria preferivel; porque nos Art. 4.^o, 30.^o e 31.^o, estabelece; 1.^o que os factos puniveis dos menores de 10 annos são sempre abandonados á correção domestica :

2.^o Que dos 11 aos 14, não possam reputar-se puniveis esses factos, senão como graves infracções de policia :

3.^o Que os menores devem ser reclusos, em prisão separada, de um dia a seis mezes, aggravada, segundo as circumstancias, com jejum e trabalho mais duro, e acompanhado sempre de uma instrucção conveniente por intervenção do respectivo cura de almas ou de outros simples ecclesiasticos :

4.^o Que a respeito dos factos, que são graves infracções de policia em si mesmas; o abandono á correção domestica seja sempre a regra geral a seguir, salvo havendo circumstancias particulares, que tornem conveniente a censura e repressão do magistrado de policia :

Em 6.^o e o ultimo logar, noteremos, que a respeito do Cod. Pen. Fr., fixando aos 16 annos a idade, em que é estabelecida a opinião legal de que o accusado tem obrado com discernimento, se tem feito a critica de se haverem desconhecido completamente as leis, que presidem ao desenvolvimento da intelligencia humana, como diz e demonstra *Chauveau*, tom. 1.^o, a pag. 458. adoptando *Toulon*, que em 1832 havia proposto, que essa idade se ampliasse até aos 18 annos.

Que diria, pois, *Chateau* a respeito do nosso Cod., que não passou dos 14 annos ? ! !

Quanto ás disposições dos §§. do presente Art., que parece haver sido uma imitação dos Art. 67.^o e 69.^o do Cod. Fr., se ao crime, corresponder a pena de prisão maior temporaria, com trabalho ou sem elle, que pelo Cod. Art. 34.^o é considerada entre as maiores, que outra pena hade o juiz

applicar, se a pena, que se lhe manda substituir é precisamente a mesma ?

Debalde procurámos aqui a providencia, e não teremos outro remedio, senão abandonar, em taes casos, estas disposições especiaes, relativas á menoridade, para modificar a pena, recorrendo ás regras geraes, conforme aos Art. 82.^o e 83.^o

ARTIGO 74.º

Se alguém em estado de embriaguez completa, praticar qualquer facto, que a lei penal manda punir, ser-lhe-ha applicada a pena de prisão correccional, podendo aggravar-se segundo as circumstancias do facto illicito, seguido daquelle resultado, nos casos seguintes :

1.º Se a embriaguez não foi casual.

2.º Se foi posterior ao projecto do crime.

§. unico. Neste caso terá logar a disposição do §. 2.º do Art. antecedente. Art. 20.º n.º 8.º; 23.º n.º 4.º

Se o facto da embriaguez tinha de ser punido, dadas certas circumstancias, cumpria, a nosso ver, para clarezza da materia, que ella fosse tratada, em Cap. especial, e não em tres logares distinctos do Cod., o que causa bastante confusão, e póde dar occasião a erradas interpretações.

Da combinação dos Art. 20.º n.º 8.º, 23.º n.º 4.º, e do presente Art. resulta :

1.º Que o facto da embriaguez, completa ou incompleta, ainda que não seja casual, se não é seguida de algum crime ou delicto, não é punivel, *em si mesmo*.

2.º Que o mesmo facto, se é seguido de crime ou delicto, *tambem não é punivel em si mesmo, mas sim o crime ou delicto*, que se commetten, dada a hypothese de se dever presumir *procurada como meio* de assegurar a execução do crime, derivada essa presumpção, tanto de *não ser casual* a embriaguez, como de *não ser posterior ao projecto do crime*. Neste caso, a embriaguez, quer *completa* quer *incompleta*, nem reléva, nem atténua, nem agrava, a culpa, segundo as regras geraes.

3.º Que o mesmo facto, se foi *completo, casual, e não*

posterior ao projecto do crime, é attendido como circumstancia dirimente, para relevar o commettimento de qualquer crime ou delicto. (Art. 23.º n.º 4.º)

4.º Que o mesmo facto revestido das duas ultimas condições, mas não da primeira, constitue uma circumstancia *attenuante* (Art. 20.º n.º 8.º) do crime ou delicto, que se perpetrou.

5.º Que o mesmo facto revestido da primeira, mas não da segunda ou da terceira circumstancia, ou de ambas, é punivel, *em si mesmo*, por se lhe ter seguido crime ou delicto, sómente com a prisão correccional, aggravada esta, porém, segundo as circumstancias do facto illicito. (Presente Art.)

Para a criminalidade, pois, no systema do Cod., a embriaguez, ou é completa, ou incompleta. Nunca é punivel se não é seguida de crime. Se é seguida de crime póde releva da culpa, ou attenuar a pena, segundo as regras geraes ou a especial determinação do presente Art. Esta segunda hypothese, restricta á embriaguez *completa*, reduz-se á de haver sido *procurada*, como meio de assegurar o crime.

Os inconvenientes e os defeitos desta doutrina já nós apontámos aos Art. 20.º n.º 8.º, e Art. 23.º n.º 4.º

ARTIGO 75.^o

Quando algum individuo, que não tenha, ou não exerça direitos políticos, commetter algum crime, se a pena decretada pela lei fôr a de perda dos direitos políticos, será substituída pela prisão correccional. Se fôr a da suspensão do exercicio de todos, ou de alguns desses direitos, será substituída pela de prisão até um anno. Art. 37.^o; 40.^o; vid. ref. ao Art. 29.^o n.^o 6.^o

Aqui temos demonstrada, pelo mesmo Cod., a nenhuma necessidade, que havia de ser erigida em elemento principal de penalidade a *perda, ou a suspensão*, dos direitos políticos, com infracção do Art. 8.^o da Carta, que só admitte a *suspensão* desses direitos, como *effeito* das penas de *degrado* ou de *prisão*.

A perda ou suspensão dos direitos políticos pôde ser substituída pela prisão correccional, diz o Art., e tem mesmo de o ser, em relação a mais de quatro quintos da população do reino, que nenhuns direitos políticos tem, sobre que possa recahir a privação.

O gozo desses direitos é desigual para aquelles mesmos, que tem alguns direitos políticos.

Um perde só, perpetua ou temporariamente, o exercicio de votar nas eleições, outro perde mais o de ser eleito.

Muitos haverão, que darão parabens á sua fortuna, evitando, por tal forma, o incommodo e despezas do exercicio de jurado, durante as audiencias geraes; dos da nomeação, do tutor, ou de membros de um conselho de familia, etc.

* É este um dos direitos, que mais se reputa oneroso, pesado, e a que, em regra geral, todos procuram evadir-se, quando podem. Os cidadãos costumam reclamar, ainda que não com demasiada frequencia,

A desigualdade torna-se ainda mais sensivel, quando se considerem aquelles cidadãos, que, presando melhor a liberdade politica, tentam com a opposição da pena, um soffrimento moral, superior ao das penas correccionaes; aquelles, que assim, nos termos do Art. 57.^o, são degradados de todas as honras e distincções de nobreza; aquelles, que, nos termos da detenção, dada no Art. 37.^o, soffrem, não só a demissão dos seus empregos, mas ficam inhabéis para exercer quaesquer funções publicas.

Para estes a pena é verdadeiramente *afflictiva*, como lhe chamou o Cod. Resp., ou *maior*, como a qualificou o nosso Cod. no Art. 29.^o: para outros, insusceptíveis de a soffrer, se impõe a pena correccional, que não importa perda de emprego, nem inhabilidade alguma para o adquirir!

Semelhante *perda*, quando applicavel, é *pena maior perpetua, degradante, com effeitos prejudiciaes á consideração do condemnado*, e que o podem ser á sua subsistencia: quando não é applicavel, a pena equivalente *correccional e temporaria*, no seu *maximo*, é o *minimo* das penas maiores, e não induz inhabilidade alguma, para exercer, depois do seu cumprimento, direitos políticos, nem algum emprego publico!

A *perda*, quando applicavel, é um *maximo indeterminado*, que nenhum arbitrio deixa aos juizes, nem para graduar a duração da pena, nem para lhe modificar os seus effeitos, que resultam, necessariamente, como é expresso no Art. 67.^o; quando não é applicavel, os juizes tem pleno arbitrio para percorrer todo o espaço, que decorre até a um *maximo determinado*, e que é apenas de tres annos!

Passando da *perpetuidade* da pena, ao seu estado de *temporario*, de que trata a segunda parte do Art., nota-

contra os recenseamentos, que os não contemplam para elegibilidade activa ou passiva; mas a respeito dos recenseamentos para jurados, pelo contrario, ninguém recorre da omissão, e sim da comprehensão. Assim o temos visto: é natural esta repugnancia. Por muito preciosa que seja para os réos o julgamento por jurados, é tremenda a difficuldade e responsabilidade, que taes funções impõe aos que a exercem, além de ser um serviço pessoal, cuja prestação importa um tributo de tempo e de cabedal. Ratra, por isso, este serviço na ordem dos direitos politicos, que, pela condição 31.^a das do contracto do tabaco, se reputa um favor a dispensa ou isenção, e que assim, como o serviço militar, não serve, como contra-producto, para que da sua privação se possa fazer um elemento de penalidade.

se, guardadas as mesmas proporções, a mesma desigualdade relativa. O maximo da substituição é de *um anno*, o maximo da pena substituída é, conforme ao Art. 40.^o, de *doze annos*! O minimo da pena substituída póde ir até tres dias, tudo, nos termos do Art. 83.^o n.^o 1.^o e 3.^o

Um empregado publico, fica suspenso do exercicio, e, por tanto, dos meios de subsistencia resultantes, para si e sua familia, durante o espaço de dois annos, e, além disso, será excluído de exercer todos os mais direitos, enumerados no Art. 37, como determina o Art. 58.^o O miseravel artista, ou o que já se acha suspenso, ou privado de direitos politicos, ou que não foi reconhecido competentemente em o numero dos cidadãos activos, ou que, de proposito, por desmazelo, desprezo, ou negligencia, não reclamou, fica quite com tres dias de mera detenção. Se o facto da correção acontecer nas vespéras de um reconhecimento, o culpado irá concorrer com o seu voto nas eleições de deputados da nação. Se tiver cúmplices, no gozo de direitos politicos, serão excluídos tanto dessas, como de outras eleições futuras!

Basta de ampliar o absurdo. Isto não tem, a nosso ver, justificação possível. Se a pena é um *remedio*, é preciso que a substituição de umas por outras, produza no *curativo* o mesmo resultado.

Ambas as penalidades devem ser equivalentes. Se o não são, e se, na mesma desigualdade, se dão muitas desigualdades *relativas*, segundo as diversas circumstancias pessoais dos individuos, a que tem de ser applicadas; e se ainda, ao mesmo tempo, para se admitir uma, é preciso reconhecer a impossibilidade da sua execução *pratica*; cumpre eliminá-la do Cod., como *viciosa*, e, tanto mais, que assim fica realçado e cumprido o preceito da lei fundamental do Estado a semelhante respeito.

Accresce o defeito de redacção do Art., em quanto se serve da expressão—*ou não exerça*. Não é o mesmo não *exercer* direitos politicos, que não estar no *gozo* delles. Póde haver negligencia, desprezo, ou absoluta abstenção do *exercicio*, sem que o cidadão esteja inhibido legalmente do mesmo exercicio. O Art., porém, parece attender ao *facto*, e não ao *direito*, o que deve, todavia, tomar-se no sentido figurado do effeito explicado pela sua causa legal, exprimindo assim a idéa complexa do *facto negativo* precisamente em razão da carencia dos direitos.

Mas os termos absolutos e geraes da redacção, não *exercça*, podem authorisar os juizes, dada a hypothese do *facto negativo*, a praticar a substituição, sem que possam ser tachados de haver violado a lei. É este sempre o grave inconveniente, que resulta, ou póde resultar, do emprego de palavras, que tem uma significação ambigua.

Neste mesmo Art. se nota mais uma imperfeição de redacção, comparada a primeira com a segunda parte, nas palavras, *prisão correccional*, e as de, *prisão até um anno*, o que pareceria admitir distincção entre *prisão correccional* de mais de um a tres annos, e *prisão policial*, segundo o Art. 83.^o, *tres dias a um anno*. Mas esta distincção é inadmissivel, por isso que o Cod. qualificou *correccional* toda a prisão, que não póde exceder a tres annos, nem descer de tres dias, como resulta da combinação do mesmo Art. 83.^o com o Art. 38.^o e com o Art. 5.^o do Decr. de 10 de Dezembro de 1852, que, mesmo nas distincções, que estabelece, em contradicção com o Cod., divide a prisão *correccional*, para os effeitos da fiança, da competencia, e do processo, em tres grãos:

1.^o Até seis mezes, Art. 1.^o e 2.^o, e não *um anno*, como se estabelece neste Art.

2.^o Até dois annos, e não *tres*, como estabelece o Art. 38.^o do Cod.

3.^o Até *tres annos*, Art. 8.^o, passando assim para o processo não correccional com jurados, equiparada ás penas maiores, ou criminaes, uma pena, que o Cod., no Art. 30.^o n.^o 1.^o, qualificou *correccional*.

Ao mesmo passo o Cod., no Art. 123.^o, appropriá a palavra *correccional* sómente á materia de *policia correccional*, em contraposição á das *contratensões*, e á *criminal*, vindo assim a admitir penas *criminaes*, *correccionaes*, e *policiaes*, o que confirma claramente no Art. 124.^o e seu §. 1.^o; e em harmonia com esta distincção se achariam os Art. 359.^o e 360.^o, se não fosse a disposição do Art. 489.^o, fazendo apparecer no 1.^o grão da prisão *correccional*, ou de *policia correccional*, uma subdivisão, até *um mez*, a que ficaria quadrando, em regra geral, a denominação de *policia*.

Como se hade sahir deste labirintho, ou desta serie de incoherencias?

Corrigindo-se, e emendando-se o Cod. pela fixação de regras claras, precisas, que sejam a base unica e harmoni-

ca de todo o edificio em materia criminal, para o facto, tentativa, imputação, cumplicidade, pena, competencia, prescrição, processo, vigilancia de policia, reincidencia, e rehabilitação. O dito Decr. de 10 de Dezembro de 1452 já remediava uma parte de taes incoherencias, com relação ás fianças, e á competencia: mas a deficiência do mesmo Decr., a par da sua desharmonia com o Cod., e com a Carta, quanto á intervenção e não intervenção de jurados, produziu a sua revogação. Todavia, providencias são indispensaveis; por que os cidadãos e os tribunaes estão soffrendo os effeitos dos inconvenientes do Cod., e é justo, que uns e outros tirem melhor partido pratico da reforma penal, que por elle se estabeleceu.

Quando alguma das penas maiores temporarias houver de ser imposta a um estrangeiro, poderá ser substituida pela de expulsão do reino perpetua. Art. 29.º n.º 5.º; 36.º; 47.º §. un.; 55.º; 78.º §. 6.º; 79.º §. 3.º; 81.º §. 5.º; 130.º §. 1.º; 150.º; 156.º §. un.; 196.º §. 3.º

É certo que, em alguns casos, poderá ser conveniente, que o Poder Moderador, perdoadando a um estrangeiro as penas, em que incorreu, clausule essa graça com a injunção de sahir perpetua ou temporariamente do reino.

É certo que a unica applicação racional e politica do banimento, só pôde dar-se com respeito a estrangeiros, como se acha em muitos Cod. de Allem. No de Aust. P. 1.ª Art. 22.º se determina expressamente:

« Le bannissement a lieu seulement envers les étrangers. »

Mas não nos parece menos certo, que a faculdade illimitada, que este Art. estabelece, é um privilegio, e um arbitrio, intoleraveis, injustos, e impoliticos.

Crimes graves, como são todos os a que corresponde uma das penas maiores temporarias, ficam, ou podem ficar, impunes; porque impunidade é o perdão da pena, concedido ao criminoso com a condição de sair do reino, em estado de liberdade absoluta, e sem ter, para desagravo da nação, que offendeu, e bem da humanidade e delle proprio, soffrido a correção, que as leis penaes estabelecem, como remedio adequado ao mal moral e material resultante do crime.

Os juizes podem ter razões especiaes, para considerar mais conveniente a expulsão, que a imposição da pena; mas essas razões são de alta politica, e sómente podem e devem ser apreciadas pelo Poder Moderador; e nem o presente Art. prescreve regras algumas, que devam guiar os juizes,

no imenso poder e arbitrio, que na hypothese lhes concede. O estrangeiro pôde fugir depois de haver commettido crimes, a que corresponda uma pena maior temporaria; mas se não fugiu, ainda tem o remedio equivalente no mesmo procedimento judicial, sendo-lhe authorizada a fuga por sentença; e, na falta desta, pelo Poder Moderador, que mal poderá deixar de attender o estrangeiro, principalmente se houver protecção da parte do respectivo agente diplomata, quando o Rei nada mais faz do que poderia ter feito o proprio juiz do processo.

Depois importa um *privilegio*, porque, em quanto o nacional, que offender o estrangeiro, sofre irremissivelmente a pena maior temporaria imposta pela lei, o estrangeiro, que contra o nacional, commetter o mesmo crime, escapa, ou pôde escapar, legalmente, e por meios ordinarios, ás mesmas penas: o que escandalisa e revolta, porque repugna, tanto á justiça moral, como á justiça social, maxime quando semelhante doutrina se não acha authorizada, nem por tratados com as outras nações, nem a reciprocidade se dá, conforme ao que, a semelhante respeito, se encontra nos Cod. estrangeiros, ou no Direito das gentes. Para não accumular exemplos, basta apontar:

1.º O mod. Cod. Pen. da Prus., que, não admitindo o banimento, como pena, nem mesmo para os estrangeiros, o admite sómente, como substituição, *preceptiva*, não da pena, mas da *posição sob a vigilancia da policia*, depois do cumprimento da pena imposta na sentença, como se vê dos §§. 3.º, 26.º, e 29.º

2.º O mod. Cod. da Bav., que, fóra dos casos de procedimento contra vagabundos e mendigos, de que trata o Art. 50.º, não permite a *expulsão*, nem a *substituição*, mas sómente a extradição espontanea ao respectivo governo estrangeiro, *sendo possível*, depois de haver soffrido e cumprido uma condemnação.

Accresce que, nos termos do nosso Cod., o estrangeiro, assim expulso do reino, pôde voltar, se quizer commutar a sua situação pela de degredo temporario para a India; o meio é simples, pois consiste em praticar o novo crime da infracção da expulsão, e resignar-se ás consequencias legais, consignadas no Art. 166.º §. 3.º

Assim um estrangeiro, que devia sofrer a pena maior temporaria com trabalho, ou a de trabalhos publicos, deixa-

se condemnar em expulsão perpetua; sujeita-se a novo processo pela infracção da pena; e depois consegue o degredo simples, temporario! No lugar do degredo pôde exercer os direitos civis, conforme ao §. 2.º do Art. 53.º, e, passados ahí tres annos depois do cumprimento da mesma pena, pôde, conforme ao §. 2.º do Art. 129.º, obter uma completa reabilitação, se antes não foi perdoado!

CAPÍTULO II.

DE APLICAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS EM QUE CONCORREM
CIRCUNSTÂNCIAS AGGRAVANTES, OU ATTENUANTES.

ARTIGO 77.º

Se concorrerem em algum crime circumstancias aggravantes, as quaes não sejam consideradas especialmente e expressamente na lei, para qualificar a maior gravidade desse crime, determinando a pena correspondente; observar-se-hão para augmentar a pena, as regras estabelecidas nos Art. seguintes. Art. 19.º; 80.º; 84.º; 85.º; 90.º

Este Art. e o seguinte contêm dois preceitos legislativos: o 1.º é que, dadas circumstancias aggravantes, o juiz tem de observar as regras, que prescreve: o 2.º de que essas regras não são applicaveis aquellas das mesmas circumstancias, que o legislador já tomou em contemplação especial para determinar a pena.

O segundo preceito, pois, é uma excepção ao primeiro, mas, por uma redacção desnecessaria, apparece convertido, repetido, como regra negativa de aggravação, no Art. immediato, quando a contemplação especial do legislador foi feita com o fim de erigir a circumstancia em elemento constitutivo de incriminação.

Pela mesma razão devia o legislador no Art. 81.º proceder do mesmo modo, declarando, como regra primeira, que não são circumstancias attenuantes, para se modificar a pena, aquellas, que já foram expressa e especialmente previstas pelo legislador, como elemento constitutivo de atte-

nuação. Mas não evitou a redundancia, não repetindo, no Art. 81.º, o que já havia declarado no Art. 80.º

Por tanto, a redundancia, ou é manifesta neste Art. 78.º, ou a deficiencia e incoherencia apparece no Art. 81.º Felizmente, destes defeitos de redacção não resulta obscuridade, quanto ao preceito de excepção ou declaração, em si mesmo, sufficientemente formulado, para ambas as hypotheses, em os Art. 77.º e 80.º

De dois modos pode verificar-se a contemplação especial do legislador; ou fazendo da circumstancia um elemento constitutivo de incriminação especial, ou dando regras especiaes, em relação a determinada pena, com abstracção do crime, a que a mesma pena possa ser applicada, do que nos offerece o Cod. um exemplo no caso unico das reincidencias, conforme ao Art. 33.º, para a aggravação das penas; e a respeito das circumstancias attenuantes, para a modificação das mesmas penas, no caso da embriaguez, Art. 74.º, nos da memoridade, da reihice, ou do sexo dos delinquentes, conforme aos Art. 71.º, 72.º, e 73.º, e, por assemelhação, nos da tentativa, do crime frustrado, ou de cumplicidade, conforme aos Art. 88.º, 89.º e §. un.

Os elementos constitutivos de uma incriminação tanto podem ser negativos como positivos. Por ex., é elemento positivo de aggravação o ser o homicidio voluntario; este mesmo elemento moral positivo se torna negativo, quando exclue a premeditação. O ser, porém, involuntario este crime, é um elemento negativo de incriminação especial.

Semelhantes exemplos se encontram a cada passo no Cod., como nos crimes de furto, de rapto, de estupro, etc.

O Cod. da Prus., quanto aos elementos negativos, fez da contemplação especial um uso muito frequente, dividindo as incriminações em duas, sendo uma para os factos sem circumstancias attenuantes, e outra distincta para os mesmos factos, quando acompanhados dessas circumstancias.

Em summa, o que essencialmente cumpre saber é, se tem logar a applicação das regras geraes de aggravação ou de attenuação da pena, ou a applicação de regra ou preceito especial, ou em relação a determinada pena mas facto indeterminado, ou em relação a facto especificado pelo legislador. No primeiro caso, o legislador gruba determinados factos, que pelo indicador da pena, se individualisam na execução pratica, precisamente, como se o Cod. os tivesse apon-

tado: no segundo, não tem o juiz mais que consultar a vontade explicita do mesmo legislador.

Quanto ao preceito, é elle de alta importancia, e nunca os juizes o devem perder de vista, e, por isso, o temos produzido, e havemos de reproduzir constantemente. Se no facto criminoso falta uma circumstancia, que o legislador já tomou em contemplação, segue-se que não se verifica nelle um dos elementos constitutivos de incriminação, como cumpria, nos termos do Art. 18.^o, ou uma condição da maior penalidade, nos termos do Art. 68.^o, e então é preciso concluir, que, ou o facto pertence a outra especie distincta, em que a pena varia essencialmente, ou que o facto deixa de ser punível.

Quando o legislador considera, que a circumstancia é tal, que deve sempre influir com preponderancia por sua gravidade na acção da justiça, ou que ella deve como attenuante, preponderar sempre, para a attenuação, não confia ao arbitrio dos juizes, na latitude, que lhes deixa de ordinario entre maximo e minimo, o pronunciar uma pena mais forte ou mais benigna.

O procedimento, porém, do legislador, quanto ás circumstancias aggravantes, por isso que é uma excepção ás regras geraes de aggravação, só pôde justificar-se na presença de motivos especiaes.

A simplicidade e clareza de um Cod. Pen. exige, que se evite, sempre que seja possível, no mesmo facto, em rasão de circumstancias aggravantes, a subdivisão em distinctas incriminações.

Outro tanto não dizemos, quanto ás circumstancias attenuantes:

1.^o Porque a lei deve formular a incriminação com os elementos indispensaveis para se qualificar o facto, e determinar a pena, que deve ser applicada sempre, que se deem os caracteristicos de definição ou descripção, feita pelo legislador. Aos juizes depois toca aggravar essa pena, dentro de certos limites, se o facto é mais grave, que o descripto pelo legislador. Mas se ha circumstancias attenuantes, o *elemento moral* não é o mesmo, e, consequentemente, podem e devem ser previstas as causas de attenuação, sempre que o legislador o possa commodamente fazer, para se descer na pena por elle sómente estabelecida, verificados plenamente todos os elementos da sua incriminação em regra geral. As cir-

cumstancias attenuantes estabelecem então uma excepção a essa regra, que em rigor demanda uma providencia, ou incriminação especial.

2.^o Porque é louvavel e conveniente, coarctar o arbitrio dos juizes, forçando-os á moderação das penas, na presença de circumstancias attenuantes. Este procedimento envolve, não só um pensamento philosophico, de humanidade e de justiça, mas previne o absurdo e injustiças relativas, que podem resultar, quando uma e mesma quantidade de pena, do mesmo genero ou natureza, sirva para todos os casos, quer despidos de circumstancias accessorias, quer dellas acompanhados, aggravantes ou attenuantes, como já indicámos, e evitou, quanto pôde, formal e especificadamente, o citado Cod. da Prus., com summa prudencia e sabedoria.

ARTIGO 78.º

Não é circumstancia aggravante, para o effeito de augmentar a pena, aquella que a lei considera como elemento essencialmente constitutivo do crime.

§. 1.º A pena de morte não se agrava em caso algum.

§. 2.º Os trabalhos publicos por toda a vida serão no Ultramar.

Unimos aqui no mesmo commentario estas duas penas, porque as considerámos capitaes. Hesitámos sobre qual dellas seja mais grave. A primeira é uma morte absoluta mas rapida e peremptoria; a outra é a morte civil e politica, tambem absoluta, e a morte material, mas lenta até o ultimo arranco, e por isso mais extensa e dolorosa. Nesta consideração a primeira morte é *simples*, a segunda morte é *aggravada*. Elementos de penalidade altamente viciosos, que a civilização, a humanidade, e as proprias conveniencias sociaes não de abolir um dia!

O preceito estabelecido no §. 1.º não quer dizer, que a pena de morte consiste na *simples privação da vida*, como declara o Art. 32.º, o que é incorrecto, comoahi demonstrámos, isto é, que não é *aggravada* em si mesma, mas sim que os juizes não podem exceder as aggravções, admittidas pelo legislador *sempre*, em todos os casos inherentes a semelhante condemnação, que legalmente seguem, acompanham, ou precedem a execução, em qualquer caso.

A pena de morte é aggravada:

1.º Pela perda de todos os direitos politicos, e infamia, ou perda da honra civil, que esta aggravção significa.

O Cod. da Prus. não admitta esta perda, senão, como *aggravção* da pena de morte, em alguns casos de maior gravidade.

2.º Pela denegação da Justiça sobre direitos de familia, mulher, e filhos.

3.º Pela perda da propriedade, e incapacidade absoluta de dispôr, tanto por acto inter-vivos como mortis-causa, com annullação do testamento anterior.

Muitos Cod. não contém semelhante aggravção. O Cod. da Prus. só em certos crimes *sociaes directos*, de maior gravidade, admite, como *aggravção*, a privação da faculdade de testar, respeitando sempre o direito de propriedade. A nossa Ord., ao menos, permittia o dispôr da terça para obras pias, excepto como aggravção maior, em certos crimes mais graves.

4.º Na affronta do supplicio, por ser dado na *forca*. É um modo, considerado geralmente *vil*, abolido por isso: nos Cod. de Allem., e substituido pela degolação. Entre nós ainda é hoje um privilegio militar o ser *fuzilado*.

5.º Pelo *transito* do logar da detenção ao da *força*, *Incommodo*, affronta e martyrio, que precede a execução.

6.º Pela *tunica* de morte, de que o condemnado vai vestido, e amortalhado em vida. O Cod. do Braz. quer que traje o seu vestido ordinario.

7.º Pela *maior publicidade* de todos esses actos. O Cod. da Prus. quer que a execução seja *authentica*, mas sem *publicidade*.

Todos estes ademanos legais tornam a pena de morte, segundo o Cod., um elemento de expiação, *sempre composta*, nunca *simples privação da vida*, como se determina no Art. 32.º

E não só em relação ao condemnado: porque os effeitos podem passar além da sua pessoa, pela privação de dispôr dos bens, como fica demonstrado; e mesmo além da sua pessoa moral, porque a aggravção ainda o acompanha depois de morte, no seu cadaver, Art. 91.º §. 2.º

Posto isto, o preceito do legislador importa a prohibição da aggravção, pela tortura, açoutes, corte de membro, fogo lento, e outros crueis, ou antes de maior crueldade, de dar a morte, ou accessorios della, abolidos pela Carta.

Mas, sem abstrahir das aggravções legais, que precedem, ou acompanham, a pena de morte, e de que a disposição do §. 1.º não constituiu, por tanto, um preceito para o legislador, a these, admittida a legitmidade, sem a concedermos, de taes aggravções, demonstra a injustiça da pena.

na no seu modo pratico, pela sua desigualdade, applicada como se achia descripta no Cod., em si e nos seus effeitos penaes, por isso que fica sem proporção relativa a cada uma das incriminações, a que corresponde, diversas na gravidade.

Podia o legislador prescindir, em regra geral, das aggravações, que, em geral, adoptam. Tornar então uma verdade o Art. 32.º, e, sómente, por excepção, addicionar-lhe alguma das mencionadas aggravações, para dividir a penalidade em *simplex* e *aggravada*, e esta mais, ou menos, segundo o maior ou menor numero das mesmas aggravações.

Assim o praticaram o Cod. das Duas Sicílias, Art. 5.º e 6.º, com a decapitação, força, modo especial de exemplo publico, 1.º, 2.º, 3.º, e 4.º gráo. O Cod. da Bav. Art. 6.º, « dans les cas ou la loi prononce la peine de mort avec aggravação. »

O novo Cod. da Prus., §. 7.º, com a perda da honra civil, em circumstancias, diz o legislador, *muito aggravações*, e mais com a faculdade de dispor dos bens, §. 73.º, em crimes de lesa magestade e de alta traição.

Se todos os accessorios, com que o Cod. aggravaou sempre, em todos os casos, a pena de morte, são moralmente possiveis, e politicamente admissiveis; se a pena de morte é reputada pelo legislador, como dentre as maiores a mais grave; se a mesma Ord. do Liv. 4.º tit. 81.º, §. 6.º, relaxava do seu rigór, quanto á facção testamentaria sobre a terça, em attenção a que a pena corporal, por qualquer delicto, que seja dada, é para a justiça satisfactoria; se esses accessorios, vem da vontade, e sómente da vontade, do legislador, Art. 67.º; se não são essencialmente inhereentes á pena de morte, e, de facto, nem todos, nem alguns, nem em todos os casos, a acompanham, segundo os Cod. do antigo e moderno mundo; era possivel tornar divisivel, por esse unico modo, a indivisibilidade natural da mesma pena, e assim poder ainda conservar-se apparentemente em equilibrio o fidei da balança.

De resto, a disposição é completamente inutil. O silencio do Cod. produzia o mesmo resultado: porque nenhuma aggravação, nem como accessorias, nem como effeitos, podiam os juizes ligar á pena de morte, usando de elementos de penalidade, que o Cod. expressamente não authorisasse. Como accessorios, nada mais podiam fazer, que decretar a *simplex privação da vida*, nos termos do Art. 32.º, como

effeitos, não podia a condemnação produzir mais, ou maiores, que os descriptos nos Art. 52.º e 53.º, homologando-se, pura e restrictamente, a disposição da lei, Art.º 67.º, sendo certo, que esses accessorios, ou effeitos, como rigorosos elementos de penalidade, nunca podiam ser applicados sem determinação positiva de uma lei, conforme se declarou no Art. 68.º

De mais, foi nos Art. 47.º, 48.º, 49.º e 50.º, que o Cod. não só marcou o valor differencial dos seus elementos de penalidade, mas tambem, assim as penas, que podiam ser aggravadas, como as aggravações, de que eram susceptiveis, e entre essas penas e aggravações, nem uma só expressão se encontra, que possa referir-se á pena de morte. Silencio, que, em materia criminal, é preptorio e sem réplica.

Esta disposição, por tanto, se exprime um preceito para o juiz, é completamente esteril, e não passa de uma superfluidade.

Se exprime um preceito doutrinal, accusa os vicios do Cod., por isso que o não seguiu, *aggravando sempre a pena de morte*; e, ao mesmo passo, põe em relevo a *injustiça relativa*, que resulta da *aggravação* constante, sem attenção a muitos e distinctos casos de pena capital, mas diversos em gravidade, que o legislador podia fahmar, relaxando ou ampliando, suas aggravações.

O legislador podia, como fica dito, admittida a pena de morte, e a legitimidade dos seus denominados effeitos, proporcional-a aos diversos crimes, estabelecendo:

- 1.º A morte *simplex*, sem aggravação alguma.
- 2.º A morte *qualificada*, ou aggravaada: em 1.º gráo, com a perda dos direitos politicos; em 2.º gráo, mais com a faculdade de fazer testamento, excepto da terça para bem da alma, ou obras pias; em 3.º gráo com a perda absoluta do direito de propriedade.

Preferiu a este systema, seguido pelo mod. Cod. da Prus. a da morte sempre infamante, sempre aggravaada. Mas assim aggravaou a injustiça e os inconvenientes da pena de morte.

Quanto á regra de aggravação, estabelecida no §. 2.º, offerece não menos vasto campo á critica.

Os trabalhos publicos já ficam sufficientemente aggravaados, tanto em si mesmos, como são descriptos no Art. 33.º, como pelos seus accessorios, ou denominados effeitos, mencionados nos Art. 53.º, 54.º, e seus correlativos.

O condemnado a esta pena é um cidadão morto em todo o sentido, e como tal, em razão da natureza e resultados da mesma pena, quiz o Cod. da Bav. que fosse reputado:

« La peine des fers ne pourra jamais être prononcée qu'à vie. »

Para que é, pois, agravar mais semelhante penalidade? Se a pena de morte directa não se agrava mais como se declara no §. 1.º, com que justiça hade ser agravada a mesma pena, posto que indirecta, mas mais intensa?

O fim do legislador não será outro mais, do que approximar assim a morte indirecta, da morte directa, appressando o momento da morte natural, pela influencia do clima no ultramar?

E será conforme aos princípios da humanidade formular penalidades, com semelhante fim? Para que é usar então de rodeios?

Se a pena de morte é o que se quer na essencia, por que se não hade caminhar directa e francamente ao fim, que se tem em vista?

A *servidão penal*: a *publicidade* dos trabalhos; e a *perpetuidade*, de uma e outra: é a morte, mas a morte lenta e dolorosa; tão mortal, como a de morte natural. Não se pôde marcar o termo fatal com a mesma precisão, mas pôde affirmar-se, com uma quasi certeza, que esse momento hade ser menos remoto, que o da morte natural, nos termos ordinarios da vida. O que a sociedade perde na demora da extincção do criminoso, ganha na grande probabilidade de que hade ver-se livre delle mais cedo; na conveniencia de não multiplicar os publicos derramamentos de sangue; e na prolongação do supplicio, maior ou menor, segundo as forças, mas sempre superior ás forças ordinarias, do homem.

Accresce que os termos da aggravção, não prehenhem sempre este fim, pelo modo, com que acham formulados.

A expressão absoluta e geral — *ultramar*, — pôde, algumas vezes, ser mais uma *attenuação* da pena, do que uma *aggravção*.

Podem importar uma *attenuação*; porque a affronta da publicidade do supplicio diminue á proporção que o criminoso mais se affasta para longe daquelles, com quem viveu, com quem tratou, ou a quem offendeu.

Á proximidade de sua mulher e filhos, se os tem, só lhe redobra o martirio, por que não pôde invocar a respeito

delle protecção alguma das leis, Art. 53.º, porque delles não pôde receber soccorro algum, Art. 54.º § un. O *ultramar* é, pois, para elle um beneficio na sua situação penivel.

Não é só uma critica, uma opinião, que formulámos, é um caso julgado, de uma importancia irrecusavel.

O corpo legislativo francez, sobre proposta do governo, adoptou em sessão de 3 de Maio de 1854, o projecto de lei sobre esta penalidade, modificando-a para que de futuro fosse cumprida no *ultramar*.

« La peine des travaux forcés sera subie, à l'avenir, dans « des établissements créés par décrets de l'Empereur, sur le « territoire d'une ou de plusieurs possessions françaises autres, « que l'Algérie. »

E ahí, longe de agravar a situação dos condemnados, dá-lhes a esperanza de obterem indulgencia, se della se tornarem dignos — « par leur conduite, leur travail e et leur « repentir. » Art. 1.º e 11.

A expressão, pois, *raga e indefinida* — no *ultramar* — sem distinguir as possessões *orientaes*, das *occidentaes*, não determinando, de um modo claro, que deve ser escolhida a possessão menos favorecida da natureza, ou mais insalubre, aonde corra mais risco a vida do criminoso, não preenche o fim do legislador, se teve o de appressar os ultimos momentos dessa vida, como incommoda e perigosa á sociedade. Juizes poderão haver, que entendam, que a mesma expressão, significando aqui o *degreço* por *aggravção*, quer dizer *degreço aggravado*, devendo então ser para as possessões *orientaes*, nos termos do Art. 50.º: e o governo fará o resto, como lhe permite o §. 2.º do mesmo Art.

Outros, porém, haverão, e pensámos, que será o maior numero, que entenderão, que, não se tratando, nos termos litteraes da lei, de agravar a pena do *degreço*, mas a dos trabalhos publicos com o *degreço*, deve este ser para as possessões *occidentaes*, em conformidade com o mesmo Art. 50.º, aliás teriamos aggravção sobre aggravção, que não se pôde concluir, pelas regras de interpretação, além do que o legislador litteralmente declarou.

Em reforço desta segunda opinião, poderá accrescentar-se, que não importa ao interprete examinar, se o legislador appreciou, bem ou mal, os elementos, que qualificou como de *aggravção*. Aos executores da lei sómente incumbe appli-

cal-os, como se acham prescriptos. A critica sómente pertence á sciencia, a reforma ao poder legislativo.

Os trabalhos publicos podem ser commutados ou relaxados, nas hypotheses do Art. 72.º e §. un., mas o *degreço*, que é a base principal da penalidade, permanece. Assim é expresso na cit. lei Fr., Art. 6.º, fazendo preponderar o *degreço*, mesmo pelo dèbro do tempo dos trabalhos forçados, temporarios, de menos de 8 annos, e por toda a vida, se excedem esse tempo.

ARTIGO 78.º

§. 3.º A prisão perpetua será no Ultramar, ou com isolamento; e tanto nesta pena, como na de prisão temporaria, o isolamento pôde ser, ou durante o cumprimento da pena, ou pelo espaço de tempo que parecer aos juizes.

§. 4.º A pena de *degreço* por toda a vida será aggravada segundo o disposto no Art. 50.º; podendo, além disto, aggravar-se com a prisão no lugar do *degreço*, por um espaço de tempo determinado, como parecer aos juizes.

§. 5.º A pena de *degreço* para a India aggravava-se sendo para a Africa.

Tambem não temos neste §. 3.º aggravação de pena, mas a accumulção de duas penas.

Prisão perpetua no ultramar, é precisamente, nada mais nem menos que, *degreço* perpetuo *com prisão*.

A base da penalidade é o *degreço*, e, quando se negue a accumulção, é na *prisão* que está a aggravção.

Esta mesma é, nem pôde deixar de ser, a ordem material e natural da execução das duas penas.

Faz-se principiramente desembarcar o condemnado no lugar do *degreço*, e depois aggravava-se a sua situação nesse paiz, conduzindo-se a uma casa de prisão, aonde tem de ficar recluso.

A *perpetuidade* dessa reclusão é ainda uma aggravção lella.

Quanto ao *isolamento*, temos uma verdadeira aggravção a pena de prisão, tomado, por tanto, o *isolamento*, como aqui se toma, como pena accessoria.

Nas devemos notar, que, sendo assim o *isolamento* um elemento de penalidade aproveitavel, o Eud. o não compre-

bandeu, nem no numero das penas maiores, Art. 29.º; nem no numero das penas correctionaes, Art. 30.º

E, contudo, a mesma razão, que houve, para se erigir em elemento de penalidade, distincto da prisão, a aggravação dos trabalhos publicos; procedia, com mais força, para que o mesmo se praticasse a respeito do isolamento, tal como se acha entendido no Art. 34.º, tornando o condemnado absolutamente incommunicavel, martyrio mais insupportavel, e moralmente o mais doloroso e cruel.

Pelo menos, assim como nesse Art. 29.º se distinguia a prisão simples da prisão aggravada com o trabalho, devia distinguir-se a prisão aggravada com isolamento.

Pouco diremos aqui a respeito da faculdade, que se concede aos juizes de aggravar com o isolamento, determinando, que elle seja perpetuo ou temporario, e pelo tempo que parecer aos juizes.

Não é possível conceber o *isolamento perpetuo*, principalmente quando no Art. 34.º se não dá, nem nos regulamentos do governo, a possibilidade de se modificar o isolamento, que fôr imposto pelos juizes.

O isolamento, nem pôde ser *perpetuo*, nem ter grande duração. Mata ou endoucece; é, pois, então peor que a morte, uma barbaridade.

É como o veneno, só cura em doses mínimas.

Um acto do parlamento inglez, de 20 de Agosto de 1853, o reduziu ao maximo de nove mezes, que não é alli senão um meio preparatorio, para dispôr ao trabalho em outro periodo da pena, e depois para o degredo.

E de mais, mesmo quando temporario, mas sem maximo de limites, podem os juizes dante-mão marcar o tempo do *isolamento*? Como se considera aqui o *isolamento*; como pena *moralisadora*, ou como pena de *expição*? Meio de *reforma*, ou meio de *vindicta*?

Na primeira supposição, expira a justiça da aggravação, logo que se conheça evidentemente, que o remedio tem aproveitado ao enfermo, e esse momento é incerto, não cabe na esfera da intelligencia humana calculal-o, nem para mais nem para menos; na segunda supposição, o isolamento é uma grande iniquidade, porque é a morte, mais directa ou indirecta, hoje reprovada geralmente pela sciencia e pela experiencia, como ponderámos ao Art. 34.º

Quanto ao que dispõem os §§. 4.º e 5.º, confirmão

que temos dito. O degredo aggrava-se, segundo o Art. 50.º, sendo para as pessoas *orientaes* da Africa.

Dos termos, por tanto, deste §. e do antecedente, combinados com os do Art. 50.º e seu §. 1.º, se conclue 1.º que o degredo, base de todas estas penalidades compostas, ou é simples ou é aggravado: 2.º que o degredo simples verifica-se quando é para a India; 3.º que a aggravação, no 1.º gráo, se entende sempre, em regra, para as possesões occidentaes; 5.º que a do segundo gráo, é para as ditas possesões orientaes da Africa.

ARTIGO 78.º

§.º 6.º As penas da perda de todos os direitos políticos, e da expulsão perpetua do reino, serão aggravadas com a multa.

Já temos ponderado, que a multa, ou como pena, ou como aggravação de pena, pôde ser empregada com vantagem, mas que para isso cumpre, que seja moderada, e em proporção moral com o crime ou delicto.

Este, porém, não foi o systema seguido pelo Cod.

Em todos os casos, em que a multa é leve, e se tracta mais de fazer com ella uma admoestação ao réo, que impôr-lhe uma pena; assim, como em todos os crimes, em que se dá analogia, em rasão do vicio da avareza, sede de ouro, sordidez de interesses pecuniarios, e se não offendem direitos de familia, a multa pôde ser bom elemento de penalidade.

Mas, para ser empregada, como remedio universal, e em regra, sem selecção de crimes, como se determina neste §., é uma pena inadequada e injusta.

Isto procede muito principalmente na hypothese da expulsão do reino, verificada contra estrangeiros, em substituição das penas maiores temporarias, como permite o Art. 76.º, por isso que a multa correspondente á expulsão perpetua do reino, não pôde deixar de tocar, muito de perto, o maximo da lei, e assim converter-se no confisco immediato, de toda ou parte, da propriedade dos estrangeiros, cujos bens podem ser logo sequestrados para segurança do fisco.

Os estrangeiros, nos casos de serem condemnados por crimes, que mereçam alguma das penas maiores temporarias no seu maximo, Art. 79.º §. 1.º e 2.º, poderão voltar á sua patria, impunes, livres, e soltos; mas caro lhes poderá custar esse privilegio, esse favor, se os juizes lho quizerem conceder.

Tirão de ir mendigando o seu sustento de porta em porta

nos paizes, que atravessarem até chegar ao seu destino ou logar da sua escolha!

Não hade acontecer assim, nós o esperamos; porque a civilisação do seculo, e a prudencia dos juizes hade fazer com que o seu arbitrio não produza tão pessimos resultados.

Mas, por effeitos de perturbação na ordem politica, ou, pelo estado de guerra civil, ou estranha, pôde-se, por algum tempo, de maior ou menor duração, como que voltar aos horrores dos seculos 13 e 14, e para então é máo, e muito máo, ter um Cod., que authorise o arbitrio desenfreado, a perseguição.

ARTIGO 79.º

Na aggravação das penas temporarias não poderá prolongar-se a sua duração além do termo fixado pela lei, nem mudar-se a sua natureza.

§. 1.º Podem, contudo, as penas temporarias de trabalhos publicos, de prisão maior, e de degredo, ser aggravadas dentro do termo legal, applicando-se as disposições dos §§ do artigo antecedente.

§. 2.º A aggravação declarada no § antecedente tará logar sempre que houver de aggravar-se o maximo das mesmas penas temporarias, decretado na lei.

§. 3.º A pena de expulsão temporaria do reino aggrava-se tambem com a multa.

§. 4.º Se a Lei decretar o maximo de qualquer pena correccional, e houver logar a aggravação, accrescentar-se-ha a pena de multa; e se a pena decretada fór o maximo da multa, accrescentar-se-ha a prisão até um anno.

§. 5.º A demissão de qualquer empregado publico aggrava-se com a multa, ou com a prisão correccional.

§. 6.º A demissão de qualquer empregado publico, com a declaração de incapacidade absoluta para servir qualquer emprego, tará sómente logar nos casos em que a lei especial a determinar, ou em que fór effeito de outra pena.

A fonte proxima da determinação deste Art. parece haver sido textualmente o Cod. d'Aust., P. 1.ª Art. 42.

« On ne peut, pour l'aggravation de la peine, ni en

changer la nature, ni dépasser le maximum de durée prescrite par la loi. »

Mas esta delimitação é geral, e não restricta ás penas temporarias, como se faz neste nosso Art., e é procedente a determinação daquelle Cod., por isso que a prisão é sempre ali o segundo elemento principal da penalidade, e nunca admitidos, em caso algum, o degredo, nem os trabalhos publicos, senão como aggravação da prisão, como se vê do Art. 17.º

« La peine de la prison peut encore être aggravée, 1.º par le travail public. »

Tambem se nos offerece a notar, que a regra do Art. não fica verdadeira, quando se aggrava a pena de prisão com a declaração de ser no *ultramar*; porque então converte-se a prisão em *degredo com prisão*, ou, sem duvida, fica tendo uma natureza *mista*, e, por tanto, diversa de cada uma das duas, tomadas separadamente. O mesmo se verifica sempre que se aggrava o *degredo* com a prisão; e, por tanto, na essencia, a determinação deste Art. é contrariada, tanto pelo systema e combinação de penalidade, que o Cod. admitiu, como pelos preceitos de applicação e execução pratica, que estabeleceu.

Um dos grandes defeitos do Cod. foi o de não distinguir as penalidades em diversos grãos, deixando um immenso arbitrio aos juizes, para regularem a sua applicação sómente dentro de, um maximo e minimo. É outro grande defeito, em muitos casos, a fixação do maximo, despidindo os mesmos juizes de todo o arbitrio. Aos inconvenientes, que resultam destas imperfeições, occorrem as disposições deste Art. e seus §§., restituindo-se aos juizes, nas penas, ou aggravações accessorias, de que tratou o Art. antecedente e seus §§., e bem assim na multa, como adubo universal de qualquer penalidade, o arbitrio, que lhes recusou, ou que já lhes havia concedido dentro do maximo e minimo.

O Cod. de Bav. é digno de ser apontado especialmente no que a semelhante respeito determina, no Art. 96.º:

« Aucune des causes énoncées n'autorisera le juge à s'écarter de la peine légale même, ni à changer le genre ou à la prolonger ou à abréger la durée de la dite peine. »

« Les tribunaux, pourront seulement, après examen fait des circonstances ci-dessus exprimées, 1.º si la loi prononce une peine privative de la liberté et détermine le maxi-

«mum de la durée, prolonger ou abréger la dite peine dans l'étendue de ses limites; 2.^o en cas de circonstances aggravantes, ils pourront augmenter la peine au moyen des additions accessoires, spécialement permises... 3.^o ils pourront pareillement, en cas de circonstances atténuantes, ne pas prononcer contre le coupable les accessoires aggravantes joints à la peine principale.»

E se não ha circumstancias, nem aggravantes nem atenuantes, poderá o juiz impôr o maximo da pena? Sem duvida que pôde, e este arbitrio é um defeito neste, assim como o é, no nosso Cod.

Para obviar a este inconveniente sómente resta a discrição dos juizes. O commentario official daquelle Cod. lhes dá, nesse caso, o conselho de seguirem um termo medio. Por exemplo, se a duração legal da pena é de quatro a oito annos, deve ficar reduzida a seis. Tambem como conselho, e sem prender a consciencia dos juizes, cumpriria, que, por uma portaria ou instrucções do Ministerio da Justiça, assim fosse explicado aos nossos juizes.

Especialmente, quanto ao §. 5.^o, reproduzimos sempre o que ponderámos sobre esta penalidade. *Abyssus abyssum invocat*. A demissão do empregado publico, como pena perpetua, ou como maximo, não podia ser aggravado, senão com a multa, ou com a prisão, como aqui se determina.

Mas, se se houvesse seguido outro systema, excluindo-se do Cod. a penalidade, —demissão ou suspensão— de emprego, como devêra ter-se feito, facil era, commoinar, como pena principal, a multa, ou a prisão correccional, aggravada com a inhabilitação, especial ou absoluta, ou interdicção temporaria, especial ou absoluta, de emprego publico. Este foi o systema seguido nos mod. Cod. da Bav. e da Prus., e em muitos outros.

Aggravar, pelo contrario, a demissão ou suspensão com a multa, é accumular duas penas da mesma especie. Se a perda e a suspensão, são, em si mesmas, uma penalidade *composta*, não só em razão dos effeitos politicos, que o Cod. lhes attribue, mas da perda ou suspensão, correlativa, dos respectivos *vencimentos*, a penalidade importa *perdas pecuniarias*, e a que, nos casos de aggravação, se juntam as resultantes da multa. Temos, por tanto, um confisco junto a outro confisco.

Se o empregado não tiver mais propriedade, que a do

seu emprego, o confisco de bens será completo. O resto de seus moveis será exentilo, e para segurança dos direitos do fisco, mais adiante se encontrará o Art. 101.^o §. 3.^o, ordenando, que a multa fique substituída por prisão, pelo tempo correspondente!

Em summa, é preciso conciliar, para fugir de taes inconvenientes, a applicação das multas, por tal fórma, que não degenerem, ou se convertam, em *confisco*. Não foi o *nome*, mas a *coisa*, o que a Carta Const. Art. 145.^o §. 19.^o aboliu:

« não haverá em caso algum confiscação de bens. »

ARTIGO 80.^o

Concorrendo em algum crime circunstancias attenuantes, que não tenham sido especialmente e expressamente consideradas na lei, para determinar a pena correspondente, observar-se-hão, segundo a maior ou menor influencia na culpabilidade do criminoso, as regras seguintes. Art. 20.^o; 71.^o a 74.^o; 81.^o a 84.^o; 88.^o a 90.^o; 175.^o; 176.^o; 179.^o §. 4.^o; 197.^o §. 3.^o; 209.^o; 213.^o; 222.^o §. un.; 232.^o; 239.^o; 283.^o §. 2.^o

O que tínhamos a ponderar sobre a materia, virtualmente contida neste Art., já o deduzimos aos Art. 77.^o e 78.^o

Assim como o legislador se encarrega *especialmente* de determinar as penas, em razão de *designadas* circunstancias aggravantes, o mesmo pratica, muitas vezes, em razão de *designadas* circunstancias attenuantes. A regra, que então estabelece, é *especial*, para determinadas circunstancias, mas é *geral*, com relação aos crimes, em que indeterminadamente se possam dar as mesmas circunstancias. Sirva de ex. a *menoridade*, contemplada especialmente nos Art. 71.^o, 72.^o e 73.^o, assim como a *embriaguez*, no Art. 74.^o, com abstracção de quaesquer crimes.

Mas a contemplação *especial* do legislador, pôde comprehender, tanto *designadas* circunstancias, como, ao mesmo tempo, *designados crimes*. É o que se verifica em muitos, e muitos casos, previstos pelo Cod. nos Art. 368.^o, 369.^o, 370.^o, 371.^o, etc.

São causas determinantes, assim da *pena attenuada*, como podem sêr da *pena aggravada*. São, por tanto, condições essenciaes, ou elementos constitutivos, das respectivas imputações.

Tanto umas como outras contemplações *especieas* de attenuação se comprehendem litteralmente no presente Art.,

assim como umas e outras de aggravação se comprehendem no Art. 77.^o

Mas, se não se comprehendem, e se por isso não é uma *redundancia* a declaração feita no Art. 78.^o, como regra de adveniência aos executores da lei, falta aqui uma declaração semelhante, e, em todo o caso, se mostra na redacção destes Art., entre si comparados, uma notavel incoherencia.

O Cod. da Prus. andou neste objecto com summa prudencia e acerto, convertendo, quasi sempre, as excepções em regra constante, praticada assim em cada especie, em relação a circunstancias attenuantes, quando indeterminadas. Já o demonstrámos no Art. 18.^o¹

Por ultimo, devemos notar, que os juizes, devem dar toda a importancia ás palavras do presente Art. «segundo a maior, ou menor influencia na culpabilidade do criminoso,» e assim ter em vista o arrependimento, a confissão e declarações do culpado, a sua fragilidade, colera, exaltação, cegueira, tennidade ou ausencia de damno causado, manifestação e possibilidade de o reparar, causas impulsivas ou de provocação, e outras muitas variedades accessorias, que, em conformidade com o n.^o 11.^o do Art. 19.^o, modificam, dada a mesma hypothese de facto considerado pelo legislador, a culpabilidade individual; principalmente quando os juizes, comparada a lei com o mesmo facto realzado, reconhecerem a nimia severidade da lei penal, estabelecida com abstracção das suas applicações possiveis, que o mesmo legislador não previu, nem podia prever.

Por este modo, a consideração das causas de attenuação, nem sempre se limita ás intrinsecas ou extrinsecas, que possam transitoriamente alterar a liberdade ou reflexão do agente, para a imputação material das penas da lei, mas comprehende, em termos mais complexos e philosophicos, a confrontação do facto com as mesmas penas, por mais que o legislador queira coarctar o arbitrio dos juizes, para lh'as fixar *a priori*.

Assim mesmo aos juizes não é possível antever as modificações, que a justiça pôde reclamar, durante o progresso da execução, e que devem ser confiadas, como temos pon-

¹ Vol. I. a pag. 97. Assim o indicámos tambem na Intr. ao mesmo Cod. da Prus. pag. XVIII.—V. comm. ao Art. 84.^o

derado, a quem superintender nesse objecto; sobre o que o nosso Cod. é omisso, e o não deverá ser, para que as penas, em lugar de *remedio*, não degenerem em *opressão e vingança*, isto é, para que se não convertam em attentados de destruição, ou perversão, contra a vida, ou moralidade, dos homens, e assim se tornem contra-producentes.

O Art. seguinte, a que este se refere, está bem longe de se conformar com estes principios, como ponderaremos ao Art. 82.º — Delles se aproxima o Art. 463.º do Cod. Fr., reformado por virtude da lei de 1832, confiando dos jurados a declaração das circumstancias attenuantes, sem lhes perguntar se a sua contemplação é restricta ás circumstancias do facto ou do agente, ou se ella é mais complexa, por haver influido na sua consciencia a nimia severidade da lei, com applicação á culpabilidade moral do delinquente.

A pena de morte será substituída por alguma das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão, ou degredo.

§ 1.º A pena perpetua de trabalhos publicos será substituída pela temporaria de trabalhos publicos, ou pela prisão maior temporaria, com trabalho, ou sem elle, ou pelo degredo perpetuo, ou temporario, aggravado, ou não aggravado.

§ 2.º A prisão perpetua será substituída, ou pela prisão maior temporaria, ou pelo degredo perpetuo, ou temporario, aggravado, ou não aggravado.

§ 3.º A pena de degredo por toda a vida, será substituída pelo degredo temporario, aggravado, ou não aggravado, ou pelo maximo da prisão correccional.

§ 4.º A pena da perda dos direitos politicos será substituída pela da suspensão do seu exercicio.

§ 5.º A pena perpetua de expulsão do reino será substituída pela temporaria, ou pela de prisão correccional, cuja duração não seja inferior a dois annos.

A pena de morte, nos termos deste Art., é sempre substituída por alguma das penas maiores por toda a vida, segundo a maior, ou menor, influencia das circumstancias attenuantes na culpabilidade do criminoso, e conforme a regra estabelecida no Art. antecedente. O juiz só pôde escolher das tres uma, descendo, segundo a ordem porque se acham declaradas aqui e no Art. 29.º, mas nunca a ponto de as tornar temporarias.

Parece-nos, segundo os nossos principios, que, por esta fórma, não se avaliou devidamente a natureza e gravidade de uma pena *perpetua*, tão má, ou antes peor, que a morte; por

que esta, se abrevia os dias da vida, se faz approximar um termo, que é incerto, mas infallível, também abrevia promptamente os soffrimentos do condemnado; em quanto que aquella, destruindo a esperança e a liberdade, preciosos elementos da vida, prolonga os dias da existencia material e moral do condemnado, sómente para a dôr, para o martírio.

Na substituição, pois, da pena de morte pela perpetuidade de uma das penas maiores, aqui declaradas, não se pôde fazer justiça, na presença das circumstancias attenuantes.

Não é cerebrina esta nossa opinião; nem carecemos, para a sustentar, de recorrer ás razões, com que reprovámos as penas perpetuas. Nós a encontramos authorizada no novo Cod. dos Paizes-Baixos, com relação á menoridade de 18 annos, aonde, no Tit. 5.º, Art. 77.º, confundindo-se a pena de morte com a reclusão perpetua, se determina que ambas sejam substituidas pela reclusão a longo termo, e mesmo, na concorrencia de outras circumstancias attenuantes, a menor pena temporaria.

O mesmo se acha determinado no mod. Cod. da Prus., §. 35.º, determinando, que, nos casos de participação em crime punivel com a pena de morte, ou de prisão com trabalho forçado perpetuo, a pena, se a participação não foi positiva, desça á prisão com trabalho forçado temporaria.

ARTIGO 82.º

A duração das penas maiores temporarias será abreviada, podendo reduzir-se até ao mínimo.

§ unico. Poderão também os juizes, considerando o numero e importancia das circumstancias attenuantes, substituir qualquer das penas inferiores, e mesmo a prisão correccional não inferior a dois annos.

Sobre a disposição deste Art., se nos offerece a dizer, quanto á substituição nas penas maiores temporarias, que ficou sendo immenso o arbitrio dos juizes; em quanto que, nas perpetuas, ficou sendo mui restricto.

Não só podem reduzi-las os juizes até ao mínimo, mas ainda passar além de termo, fixado pela lei, mudar-lhes a natureza, saltando á prisão correccional, sem outra restricção mais, que a de não ficar inferior a dois annos.

Assim um crime punivel com tres a quinze annos, de trabalhos publicos, de prisão, ou degredo, pôde ser punido só com dois annos de prisão correccional.

O arbitrio, pois, se não pecca no Art. 81.º por deminuto, aqui pecca por exagerado.

Nós entendemos, que esse arbitrio é, no Art. 81.º, mais que deminuto, deminutissimo, e aqui não é sufficiente.

Concebe-se facilmente a necessidade de se fixar na lei o maximo da duração das penas, a fim de conter a severidade dos juizes, dentro de justos limites, e sem prejuizo da execução regulada administrativamente pelos effectos moraes da expiação ou correccção penitenciarias.

Mas desde que esse maximo se acha regulado, o resto da duração das penas, descendo mesmo a zero, deveria ficar, como diz Dupin, á discrição do juiz *pro qualitate facti*.

As circumstancias attenuantes podem ser taes, que um delicto degenera em simples falta ou imprudencia; e se, em taes casos, ainda se torna necessaria a imposição de uma

pena, deve esta ser muito leve, para que na execução, seguindo-se o julgado, se não offenda a justiça, convertendo-se o remedio em oppressão.

Quando o *mínimo* ainda é muito elevado, na presença dessas circumstancias, o juiz se vê collocado na dura alternativa, ou de absolver inteiramente um accusado, que aliás merecia algum castigo, ou de decretar a punição com uma severidade desproporcionada com o delicto.

Este inconveniente se torna ainda mais sensível, na presença do jury. Debalde se repetirá aos jurados, que elles são juizes de facto, e não de Direito, que devem fazer abstracção da pena, para unicamente se occuparem do facto. Os jurados consideram o facto, mas é impossivel convertel-os em machinas para os impedir de tomar em contemplação as consequências da sua declaração.

Para que, pois, os jurados cumpream estritamente o seu dever, é indispensavel, que a lei, tirando ao juiz a possibilidade de ser cruel, lhe não tire, ao mesmo tempo, os meios de ser indulgente a proposito.

Todavia cumpre notar, quanto ao que se determina em o §. 1.^o deste Art., que esta disposição revela a imperfeição do Cod., reconhecida pelo mesmo legislador, a qual praticamente, em cada especie, se partendo remediar, investindo os juizes de uma faculdade, que, se pôde ter alguma utilidade, quando as penas legais forem excessivas em demasia, pôde produzir pessimos resultados, quando essas penas forem, como são muitas vezes, excessivamente moderadas no Cod.; por que então teremos na condemnação não o remedio penal contra o mal do crime, mas uma applicação em favor de uma quasi impunidade.

O arbitrio dos juizes é sómente bom em quanto necessario, como mal tolerado, que se não pôde evitar completamente: mas a tolerancia deve ter justos limites, para que abertamente não possam os juizes converter-se em legisladores, ou em instrumentos, já do poder de aggraviar, já do de exercer uma vindicta publica, que elles mesmos ou outros, em identidade de circumstancias, possam *ad libitum* não praticar. Causam escandalo, desauthorisam os tribunaes de justiça, todas as desigualdades relativas, na applicação das leis criminaes.

Muito sensato, por tanto, nos parece, a este respeito, o que determina o Cod. de Bay., Art. 96.^o

— « Lorsque le nombre et l'importance des circonstances atténuantes réunies paraîtront devoir faire descendre la peine au dessous la pénalité propre à l'espèce, les tribunaux en référeront à S. M., pour obtenir l'atténuation, qui peut toujours résulter du droit suprême de grâce. »

Efectivamente, quando pelo concurso e qualidade de muitas circumstancias attenuantes, a consciencia dos juizes repugnar a imposição da pena legal, mesmo reduzida ao seu minimo, podem parar ali em sua condemnação, e concluir, recomendando o condemnado ao Poder Moderador. Com semelhante providencia, que temos por adoptavel, deve ser eliminado este §. 1.^o

Regras mais sensatas, e mais precisas, se encontram no Cod. Hesp. Art. 47.^o, aonde se estabelece:

1.^o Que faltando o concurso de circumstancias, quer aggravantes, quer attenuantes se imponha a penalidade no gráo medio.

2.^o Que concorrendo alguma circumstancia attenuante se busque o gráo minimo.

3.^o Que quando concorrer uma circumstancia aggravante se imponha a pena no gráo máximo.

4.^o Que quando concorrer umas e outras se compensem para se determinar a pena, segundo o seu valor respectivo.

5.^o Que, quando o concurso fór de duas ou mais circumstancias attenuantes, sem o concurso de nenhuma outra aggravante, salte o juiz á pena immediata inferior, e ali a gradue dentro dos limites, que a lei presereve.

É igualmente preferivel a disposição do Cod. Fr., no Art. 463.^o, reformado pela lei de 1832, especificando quaes as penas, que os juizes devem impôr em substituição das decretadas na lei, quando concorrerem circumstancias attenuantes, declaradas existir por declaração espontanea do jury.

Houve tempo em que, assim na França, como entre nós, a modificação dos supplicios se não fundava tanto nas circumstancias accessorias, derivadas do facto, como nas que respeitavam á qualidade das pessoas dos delinquentes.

Assim seguimos a doutrina dos romanos, fazendo a distincção entre nobres e plebeus. Um cidadão romano não podia sofrer nera a pena do lançamento ás feras, nem a de açoutes. A nossa Ord. do Liv. 5.^o, se encontra recheada de

semelhantes distineções. As composições pecuniarias, nos tempos em que vigoravam, também eram maiores ou menores, segundo a importancia social da pessoa offendida.

A par deste abuso existia outro, qual o do immenso arbitrio, concedido aos juizes, ou tolerado pelas leis, que de facto tornavam arbitrarias todas as penas.

O primeiro destes abusos acha-se remediado, nas disposições do Cod., em harmonia com a lei fundamental do Estado, não sendo hoje admittidas outras circumstancias atenuantes pessoas aos delinquentes, alem das explicitadas na lei.

Mas pelo que respeita ao outro abuso, sómente foi remediado no Art. antecedente, quanto ás penas maiores perpetuas, cahindo-se, porém, no excesso opposto, por uma desconfiança exagerada contra os juizes, conforme ao systema seguido pelos legisladores francezes de 1791, no Cod. de Brum., anno IV, e no de 1810.

Quanto ás penas temporarias, ficou subsistente em sua plenitude o mesmo abuso, comparado o presente Art. com o seguinte. Confiança amplissima a favor dos juizes, em taes crimes; nenhuma, ou muito pouca, em relação aos mais graves. O legislador deixa aqui em pé o arbitrio, embora se corra o risco da quasi impunidade, em quanto alli quiz segurar a punição dos culpados, embora possa ficar offendida a justiça.

Qualquer dos extremos é vicioso. Se os juizes merecem confiança e respeito de uns, devem merecel-a a respeito de outros crimes. As regras e limites, são necessarias, mas para serem justas, convenientes, e mostrarem coherencia de systema e de principios, devem ou ser communs, como nos Cod. Fr., Hesp., e algumas vezes no da Pruss., ou ser contempladas especificadamente em cada uma das incriminações, como se praticou, pela maior parte, neste ultimo Cod.

A duração das penas correccionaes nos crimes terá logar sem que a pena desça dos termos seguintes:

1.º A prisão correccional, e a multa, a menos de tres dias;

2.º O desterro e a suspensão do emprego, a menos de tres mezes;

3.º A suspensão dos direitos politicos, a menos de dois annos.

§. unico. Nos casos declarados neste Art. poderá também, em logar da mencionada redução, ser substituida qualquer das penas correccionaes pela de multa; e bem assim poderá applicar-se sómente á pena de multa quando fôr decretada conjunctamente com outra.

O presente Art. vê-se formulado, nos termos da opinião, que acabámos de produzir.

A fonte desta determinação, assim como a do Art. antecedente, é o Cod. Fr. Art. 463.º, reformado segundo a lei de 28 de Abril de 1832.

« Dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le Cod. Pén., si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement, même au dessous de six jours, et l'amende même au dessous de seize francs; ils pourront aussi prononcer séparément, l'une ou l'autre de ces peines, et même substituer l'amende à l'emprisonnement, sans qu'en aucun cas elle puisse être au dessous des peines de simple police. »

Analogia disposição, e authorisação, concedida aos tri-

bunaes, foi sancionada na Belgica por lei de 15 de Maio de 1840: e especialmente ali foi tambem proposta pelo governo e adoptada pela Camara dos representantes, em Dezembro de 1854, com applicação á nova lei preventiva e penal sobre policia sanitaria dos animaes domesticos.¹

Note-se, porém, com relação ao §. un. do presente Art. combinado com o n.º 5.º do Art. 31.º, que, sendo contada entre as penas correccionaes, a de *reprehensão* póde ser substituída pela de multa, mas não póde a de multa ou qualquer das outras sel-o pela de *reprehensão*.

Esta falta de reciprocidade, ou incoherencia, vem de se adoptar a idéa do Cod. Fr. precisamente nos seus termos, quando este Cod. não comprehendou, como o nosso, a *reprehensão* entre as penas correccionaes ou de policia.

Todavia, os juizes poderão tirar partido desta disposição, para se dispensarem de impôr a pena de *reprehensão*, substituindo-a pela de multa; modificando assim na pratica os inconvenientes, que temos ponderado, contra a primeira destas penalidades.

Da disposição do n.º 3.º do presente Art. combinado com o Art. 40.º, se conclue, que o *maximo* da suspensão temporaria dos direitos politicos não póde exceder a *doze annos*, e que o minimo não póde descer de *dois annos*. E, contudo, em contradicção com este n.º 3.º, suppõe-se no n.º 3.º do Art. 5.º de outro Decr. da mesma data, 10 de Dezembro de 1852, que existem crimes, a que pelo Cod. Pen. corresponde somente, como pena correccional, a suspensão de direitos politicos, descendo de dois annos, por que nesse n.º 3.º, se considera a suspensão *até dois annos*, expressão que marca, sobre o *maximo* da penalidade nos tribunaes de policia correccional, o limite da sua atçada, e consequentemente um minimo correlativo, que aliás não existe no Cod.

Deveremos tambem notar, que falta no Cod. uma importante declaração, que ficaria em harmonia com o Art. 101.º §. 3.º, e com este mesmo §., e é a de poderem, a requerimento do condemnado, ser substituídas as penas de prisão

pelas de multa, proporcional, ao tempo da pena, e ás facilidades, do mesmo condemnado com as seguintes restricções:

1.ª De que a prisão seja simplesmente correccional, ou mera detenção, sem aggravação penitenciaria;

2.ª De ser a importancia das multas applicada, não para o Estado, mas para os pobres, ou algum estabelecimento de beneficencia;

3.ª De que, se a prisão for maior, mas simples, satisfeitos os tres annos della ou mais, possa o resto ser remido pela mesma forma;

4.ª De que esta remissão seja o dobro, nos casos de primeira reincidencia, e negada completamente nos de segunda.

Sabemos, que esta remissão é um arremedo das tabelas do Cod. Pen. da China; um privilegio concedido á riqueza, semelhante ao que antigamente se concedia á nobreza; uma especie de imposto exigido indirectamente dos ricos por occasião do crime; uma offensa feita ao principio salutar da igualdade das penas: mas, no fim de tudo, *mutatis mutandis*, as mesmas objecções se podem deduzir, contra a applicação das multas, em si mesmas, que o rico paga, e que o pobre substitue pela prisão; o que o mesmo juiz póde substituir como substituição da prisão.

A differença está somente em que o condemnado possa provocar pelo seu requerimento aquillo mesmo, que póde ter lugar por officio do juiz, ou pelo ministerio da lei. Os inconvenientes ficam reservados, desde que se limite a providencia aos casos menos graves; se conserve da pena corporal a parte indispensavel ao remedio penal; e desde que a importancia do resgate seja distribuido ou dado para esmolas ou obras pias.

A expiação do crime por meio de *esmolas*, tanto quanto seja compativel com o direito social de punir, está nos nossos costumes, e conforme aos dictames da religião do Estado; era o intrinseco fundamento da nossa Ord. do Liv. 5.º tit. 61.º §. 6.º, permitindo ao condemnado a morte dispor da terça de seus bens para obras pias; consistia mesmo nas esmolas muitas vezes a condemnação, segundo o antigo Direito francez, como elemento accessorio de penalidade, ou como substituição de outra.

¹ A este respeito v. a *Indep. Belgica* n.º 342:

« L'excellence et les bons résultats de cette disposition ont été depuis long temps reconnus par les esprits pratiques et par tous les auteurs qui ont écrit sur les lois criminelles. »

ARTIGO 84.º

Concorrendo simultaneamente circumstancias aggravantes e circumstancias attenuantes, conforme umas ou outras predominarem, será aggravada, ou attenuada a pena.

Sob este ponto de vista ainda é muito judiciosa a disposição do Cod. da Prus., e o systema da Leg. Belg. e Fr.

A questão, para juizes, e jurados, deve ser, unica e simplesmente, a da existencia ou não do facto, considerada subdividida a incriminação, em duas: uma em abstracto, sem circumstancias de attenuação ou de aggravação: outra em concreto, com relação ao mesmo crime, acompanhado de circumstancias attenuantes.

Isto é, crime, em 1.º e 2.º gráo. Resolvida a existencia do crime no segundo gráo, já se não pôde invocar a pena ordinaria. A pena é inferior, e no gráo correspondente se deve graduar essa mesma pena, se, por ventura, collidem, ou concorrem, nelle as circumstancias aggravantes.

Qualificado, porem, o crime no 1.º gráo, já não ha que fazer das circumstancias attenuantes, que por essa qualificação ficaram excluidas.

Resta sómente attender ás circumstancias aggravantes, se algumas existirem.

Esta especie de concurso, ou de combate, entre umas e outras circumstancias, é absurdo, porque é moralmente impossivel. É o ser-e-o não ao ser mesmo tempo.

As circumstancias attenuantes, verdadeiras, são sempre preponderantes, porque, ou são relativas ao mal moral, ou ao mal material; attenuam o mal complexo do crime, ou em relação á causa, ou em relação aos effectos. Os dois males são independentes, e essenciaes, para a justiça social. Um não pôde estar sem o outro. Nem se pune a intenção sem o damno, nem o damno sem a intenção: uma certa quantidade de damno sem a intenção correlativa, nem esta sem aquella.

ARTIGO 84.º

As circumstancias attenuantes, ou não existem, são falsas, ou se existem, e são verdadeiras, produziram, necessariamente, uma *deficiencia*, ou no mal moral, ou no mal material, que se não equilibra, compensando-se com a *excessencia* do outro mal. O crime legal, para a pena ordinaria, ficou imperfeito, ou incompleto; é indispensavel levar-o a outra cathegoria.

O concurso, ou combate, sómente é admissivel, quando as circumstancias attenuantes e aggravantes collidem, com relação restricta, a um só dos elementos do crime. Mas então, se houve preponderancia, é porque as vencidas eram falsas: ficaram destruidas por outras, que demonstraram sobre a extensão e qualidade, ou do mal moral, ou do mal material, de que lado estava a verdade, a justiça. Como ainda resta *mal moral* e *mal material*, subsiste materia para a incriminação: mas se o mal complexo não é o mesmo; a pena tambem não deve ser a mesma.

Por ex., supponhâmos um homem, que commette um homicidio, acompanhado, ou seguido, de outro crime, a que corresponda uma pena grave, hypothese figurada em o n.º 4.º do 351.º: supponhâmos ainda, que não existia esta disposição: teriamos de um lado, nos termos do n.º 20.º, do Art. 19.º, uma circumstancia aggravante no concurso de crimes, e de outro lado, uma circumstancia attenuante, por ser o homicidio sómente *voluntario*, e não *premeditado*: nos termos do n.º 11.º do Art. 20.º

Da theoria, então, do presente Art. resultaria, que o *concurso* podia predominar sobre a ausencia da *premeditação*, e consequentemente tomar logar desta, para provocar a pena de morte; e não a pena perpetua dos trabalhos publicos. De facto assim discorreu o legislador no cit. n.º 4.º do Art. 355.º, mas outros devem ser os principios, porque se devem apreciar e moralisar os factos criminosos.

A *preponderancia* não significa o mesmo que a *existencia* das circumstancias: só ha de mais nas *aggravantes* tanto quanto dellas produziu o desequilibrio, e isso não basta, para desalojar a incriminação do campo, em que a collocaram as *attenuantes*.

A esse campo, e sómente a esse campo, irão aquellas aggravar a situação do criminoso; com esse resto de forças, que lhes ficou, depois da victoria sobre estas.

A pena de morte já não pôde ser a palma de combate.

O crime fica entruincheirado definitivamente, nos termos da pena perpetua, fulminada no Art. 349.º; não poderá ser agravada, senão, conforme ao Art. 87.º, e §. 2.º

Seria assim, se outra fosse a disposição especial do Cod., no caso, de que se trata. Mas o Cod. adoptou, na hypothese, conclusões diversas, com aberração dos princípios, que estabeleceu. Em seus competentes logares examinaremos se haviam razões, que justificassem a excepção, especialmente, quando tendiam, não a restringir, mas a ampliar, a applicação da pena do morte!

De resto, e que se hade fazer, quando nem umas nem outras predominarem? Quando ellas forem taes, que a consciência do juiz fique indecisa, para onde se hade elle inclinar, a favor ou contra o réo? Parece que, nem contra, nem a favor; deve applicar a lei, como se nem umas, nem outras existissem, porque se neutralisam reciprocamente.

Isto deduz-se por uma interpretação racional; mas uma lei criminal, que deve ser clara e precisa, seria melhor que não carecesse de taes interpretações, mormente quando no Cod. Pen. d'Aust. Part. 1.ª Cap. 5.º Art. 41.º, se previnha e legistrou, para ambas as hypotheses:

« On ne doit avoir égard aux circonstances aggravantes « qu'autant qu'il n'y a pas de circonstances atté-
« nuantes qu'autant qu'il n'y a pas de circonstances ag-
« gravantes. Mais dans l'application d'est selon que les unes
« ou les les autres prédominent qu'il faut aggraver ou at-
« ténuer la peine. »

Cumpre, tambem, notar, que a regra estabelecida não é verdadeira, em toda a sua extensão, nos crimes em que a lei pronuncia a pena de morte; pois nestes crimes, quando mesmo concorram as circunstancias aggravantes, prevalece sempre a favor do criminoso, como circumstancia atenuante, a menoridade dos desassete annos e dos vinte annos completos, pois que os Art. 71.º e 81.º do Cod. obstat imperativamente á applicação da dita pena.

A pesar da antinomia, que parece resultar da disposição destes dous Art., por argumento *a contrario sensu* do Art. 71.º, parece, que não pôde prevalecer contra a vida dos menores de vinte annos, com quanto maiores de desassete, a disposição do Art. 71.º, como ahi expozemos.

CAPITULO III.

DA applicação DAS PENAS NOS CASOS DE REINCIDENCIA, AMPLIAÇÃO DE CRIMES, COMPETENCIA E TESTATINA.

ARTIGO 85.º

A reincidencia verifica-se todas as vezes que o criminoso, tendo sido condemnado por sentença passada em julgado por algum crime, commette outro crime da mesma natureza antes de terem passado dez annos desde a dita condemnação; e ainda que a pena do primeiro crime tenha sido perdoada.

§. 1.º Não se considera reincidencia quando o primeiro crime foi amnistiado, ou o criminoso foi reabilitado.

§. 2.º Nas contravenções o termo é de um anno; e não se requer que a segunda contravenção seja da mesma natureza.

ARTIGO 86.º

No caso de reincidencia, se a pena do ultimo crime fôr perpetua, será o criminoso condemnado na immediata superior perpetua, excepto na pena de morte. Se a pena do ultimo crime fôr temporaria, será condemnado o criminoso no maximo da mesma pena temporaria aggravada.

Neste Cap. foi imitado o systema adoptado no Cod. Pen. Fr., aonde tambem se encontra, no Liv. 1.º Cap. 3.º, um

Cap. especial. « *Des peines des récidives pour crimes et délits* » das Duas Sicílias, Art. 78.º e 79.º; da Sard. Art. 111.º a 134.º; dos Paiz. Baix., tit. 6.º Art. 3.º a 9.º; d'Allem., extr. no Fr. — Et. de Leg. pén. comp.

Concordava o mod. Cod. da Prus., §. 58.º a 60.º; e da Bav. Art. 111.º a 117.º.

Outros Cod., como o da Aust., Art. 37.º, do Braz. Art. 16.º, n.º 3.º, e Hesp. Art. 10.º, n.º 17.º e 18.º, adoptaram o systema de considerar a reincidência, como circumstancia geral, para o effeito de entrar nas regras geraes de aggravção, com abstracção dos crimes, tomando-se por ponto de partida as penas ordinarias.

O nosso Cod. adoptou, incoherentemente, um e outro systema, porque, em quanto, no Art. 19.º n.º 21.º, comprehendeu as reincidencias, entre as circumstancias geraes, de que era consequencia legal a applicação das regras geraes, em conformidade com os Art. 78.º e 79.º, passou a contemplar-as neste Cap., por um modo especial, entrando assim na excepção dos terminos geraes do Art. 77.º.

Posto que seja com abstracção dos crimes, e, sem, por tanto, caracteristico algum de elemento constitutivo de incriminação especial, nos termos do Art. 78.º, o legislador considera aqui especialmente as penas, para elle mesmo determinar as de aggravção, excluidas assim as regras geraes, cuja applicação é commettida ao arbitrio dos juizes.

Se não ha antinomia entre a disposição do Art. 85.º, e seguinte, e o Art. 20.º n.º 21.º, combinado com os Art. 77.º, 78.º e 79.º: se, pela excepção ou resalva do Art. 77.º, devem preponderar as regras especiaes de aggravção estabelecidas no Art. 78.º e 79.º: ha, pelo menos, a nosso ver, uma manifesta incoherencia, e superfluidade.

Sómente se poderiam conciliar estas disposições, dizendo-se, que o n.º 21 do Art. 19.º tratou das reincidencias em geral, e que neste Cap. se trata das reincidencias qualificadas, isto é, especialmente caracterisadas pela definição dada no Art. 85.º.

Mas desta interpretação resultaria:

1.º Que todos os crimes da mesma natureza, embora prescriptos e expiados, o decorrido qualquer numero de annos, fariam carga ao criminoso, para se lhe aggravar a pena do novo crime, segundo as regras geraes:

2.º Que a palavra reincidência teria no Cod. duas ac-

cepções distinctas, uma indefinida e obscura, como no Art. 20.º n.º 21.º, e outra restricta e definida, como no presente Art.

Isto, porém, é inadmissivel, em vista da mesma definição, que se mostra concebida em terminos absolutos, e que, por tanto, ainda que occasionalmente aqui seja dada, serve a fixar a significação legal da palavra — reincidência, em qualquer logar em que se encontre, como se verifica a respeito da definição da premeditação, que só é dada na parte especial do Cod., Art. 352.º.

São, pois, as reincidencias, de que tratam estes Art., as mesmas reincidencias, de que tratou o n.º 19.º Para umas vigoram regras especiaes, para outras regras geraes. A contradicção é manifesta. Salva-se pela declaração do Art. 77.º, assim como pelo principio de Direito, que a regra especial prefere á geral; mas fica assim uma disposição do Cod. aniquilada por outra do mesmo Cod., apresentando sempre vivas duas determinações incompativeis, de que resulta, em ultima analyse, que o referido n.º 21.º, se deve ter, como não escripto, ou antes como lapso de copia dos Cod. do Braz., d'Aust., e Hesp.

Accresce, que a contemplação especial das reincidencias, sempre como regra geral, e como se fôram um elemento constitutivo de incriminação, em qualquer crime, em que appareçam, assenta em uma errada supposição do legislador, ou sofisma legal, de que tantas vezes apparecem vestigios e applicação em todos os Cod. — cum hoc ergo propter hoc.

O principio fundamental da aggravção das penas, em relação ao elemento moral, é o estabelecido na regra synthetica do n.º 22.º do Art. 19.º « maior perversidade » na execução do crime, ou em relação ao mal social « o maior perigo á causa publica. »

Restaria, por tanto, provar, que as reincidencias, ou em razão da maior perversidade, que manifestam; ou em razão da propensão, que fazem presumir: devem sempre ser elemento constitutivo para determinação de penalidade, directamente indicada pelo legislador, em qualquer crime.

Mas semelhante prova não é moralmente possivel. Qualquer das presumpções do legislador não assenta na verdade moral das cousas, nem das causas possiveis dos factos criminosos, e, por tanto, é errada, e productiva de muitas injusti-

ças, materialisar a circumstancia da reincidencia, tolhendo aos juizes apreciar os factos, para a tomarem, ou não, em consideração, segundo a diversidade dos casos, e em conformidade com as regras geraes.

O legislador não pôde evitar o abuso, que pôde resultar do arbitrio: o seu *abuso* é peor, que o que resulta dos juizes, porque livra estes da responsabilidade da apreciação injusta; e porque converte o reinicio penal em perigoso veneno social, que agrava o mal do crime.

Ha *perversos intelligentes*, que reflectem e premeditam friamente na presença de um Cod. Pen. as eventualidades da impunidade, e as vantagens do crime, comparadas com as penas da lei, comprehendidas as da reincidencia,

Ha outros *preversos habituaes*, propensos ao mal, porque nunca pensaram nem reflectiram no bem, nem nas consequências do mal. Ha outros *preversos embrutecidos, idiotas, ou sem educação*, que obram quasi mechanicamente, como animaes indomitos, que ficam, depois de punidos, no mesmo, senão em peor estado, de perversão. Ha outros perversos, em fim, que são incapazes de fazer mal por calculo de interesse pessoal, ou alheio, mas não de quaesquer excessos, quando irritados, ou movidos, por uma paixão violenta.

Todos estes malficitores podem ser reincidentes, mas não tem em suas reincidencias o mesmo gráo de perversidade, que arraste uma regra geral e constante na determinação da pena por aggravção.

Pôde mesmo um perverso da primeira cathogoria ter praticado um crime, movido por uma causa mais digna de aggravção, e entrar nos das outras cathogorias, em relação a causas diversas, e até de attenuação, commettendo um segundo crime da mesma natureza.

O facto material da reincidencia, que, á primeira vista, parece dar-se, não existe, porque o *elemento moral*, é diverso.

São na realidade dois crimes distinctos, com quanto analogos nos seus effeitos, ou mal phisico, que produziram.

Logo, é nossa opinião, que bem andaram os Cod., que deixaram sempre, a apreciação das reincidencias, para as regras geraes. O legislador não pôde moralisar *a priori*, e, por tanto, as suas regras geraes de *contemplação especial*, em todos os casos, e para todos os delinquentes, carece de base moral.

Sobre os deus modos diversos, de considerar a aggravção, ou *especial*, ou como circumstancia aggravante, segundo as *regras geraes*, diz-se, para justificar a *severidade especial* da lei, que as *reincidencias* são revestidas de um character muito mais grave, que a primeira perpetração; porque revelam o habito do crime e a incorrigibilidade do culpado. Que a maior perversidade, que fazem suppôr, as torna mais perigosas ao corpo social, e, por tanto, que a pena do novo crime deve ser muito mais grave, que a do primeiro.

Outros, porém, para não fazerem sair a aggravção das *regras geraes*, dizem, que, sem duvida, os individuos *reincidentes* não podem inspirar commiserção; mas que é preciso ser justo para com aquelles mesmos, que não são dignos de favor; e que repugna com os dictames de uma rigorosa justiça, applicar-se-lhes uma pena extremamente mais severa, do que aquella, que corresponde á *especie* de crime, que tem commettido: que, se commetteram um primeiro crime, já foram punidos por causa delle: e que impôr-se-lhes *uma nota pena*, em razão desse mesmo crime; já punido, é violar manifestamente o — *non bis in idem*, — que faz uma das bases fundamentaes de toda a legislação criminal; e que, por outra parte, a pena de um crime não pôde ser aggravada, senão em razão das circumstancias, que lhe são intrinsicamente *inherentes*, que lhe são *concomitantes*, e que constituem com o facto um todo *indivisivel*.

Isto procede tanto mais, quanto maiores terão de ser as difficuldades, para não dizer absurdos, que hão de seguir-se da execução do disposto no Art. 86.º

Ahi se distingue, se a pena do primeiro crime foi *perpetua* ou *temporaria*. Mas que pena é esta de que falla o Art. ? É a imposta na sentença da anterior condemnação, ou é a comminada na lei penal ?

É a decretada na Lei penal, o que evidentemente se collhe das palavras, empregadas pelo legislador no Art. 87.º, 89.º, e 90.º, deste mesmo Cap.

Então segue-se, que um delinquente, que, em razão de um delicto, a que corresponde na lei uma pena maior temporaria, mas que, attendido o numero e importancia das circumstancias attenuantes, nos termos do Art. 82.º do antecedente Cap., teve a seu favor uma redução, que lhe substituiu a pena immediatamente inferior, e ainda menor que esta, e assim não soffreu mais que alguns annos de prisão cor-

reccional, terá que sofrer, pelo mesmo crime, o maximo da pena ordinaria da lei, e esta aggravada, como se determina no Art. 86.^o! Por ex., commetteu-se um roubo, ou subtração de cousa alheia, com violencia a determinada pessoa; mas as circumstancias attenuantes foram laes e tantas, que o juiz reduziu a pena a dous annos de prisão, correccional, em lugar de prisão maior com trabalho, que podia ser de 3 a 15 annos, nos termos do Art. 437.^o

Depois, o mesmo réo, assim condemnado, commette um roubo, da mesma natureza, com todas, ou algumas, ou nenhuma das circumstancias attenuantes do primeiro crime, que da primeira vez preponderaram para a redução da pena.

Nesta situação o juiz, que tem de sentenciar, hade impor-lhe 15 annos de prisão com trabalho, nos termos do mesmo Art. 437.^o, e porque esta tem ainda de ser *aggravada*, conforme ao Art. 86.^o, hade declarar, que a prisão é no *ultramar*, ou com *isolamento*, optando, assim, entre a accumulção da pena principal e a applicação de outra accessoria, nos termos do Art. 78.^o §. 3.^o e 79.^o §. 1.^o

Teremos, pois, neste caso, 15 annos de prisão com trabalho no ultramar, ou com o isolamento, imposta pelo mesmo crime e ao mesmo individuo, que por outro crime semelhante só sofreu dous annos de prisão correccional?

Poderá n'isto haver a menor sombra de justiça?

Mas supponhamos mesmo, que o condemnado o foi com a pena ordinaria, mas dentro dos limites, marcados na lei. Sofreu 3, 5, 10 annos, ou o maximo da pena de prisão maior com trabalho. Hade sofrer 15 annos d'essa mesma pena e ainda aggravada, quer tenha soffrido 3; quer 5, quer 10 annos?

Que se aggravasse o maximo da pena, quando esse maximo fosse o decretado na lei, ou imposto na sentença de condemnção, isso intendia-se; mas que se decreto o maximo aggravado, logo *ex abrupto*, e sem attenção ás circumstancias peculiares do primeiro ou do segundo crime, comparados entre si, não sabemos, porque principio de moral, ou de conveniencia, possa ser justificado.

Se no segundo crime houveram circumstancias attenuantes, que não existirem no primeiro crime? Não poderá o juiz attendel-as, para modificar o rigor da lei, segundo as regras geraes?

Não pôde, porque a Lei lhe tolhe esse arbitrio, e só permitta o Art. 87.^o, que se recorra a essas regras, no concurren-

so de crimes, commetidos anteriormente á primeira condemnção. A *reincidencia* é considerada, como se fosse elemento essencialmente constitutivo do segundo crime, e, por tal modo *preponderante*, para aggravar a pena, que exclue a contemplação das circumstancias attenuantes, quaesquer que ellas sejam.

Este é um dos grandes absurdos, que resultam de semelhante disposição; que Carnot aponta nas suas observações, §. 10.^o, ao Art. 56.^o do Cod. Fr., e que o novo Cod. dos Paizes-Baixos remedeou perfeitamente, no cit. tit. 6.^o Art. 6.^o

« Non obstant les articles, 1.^o, 4.^o, et 5.^o, qui précèdent, le juge peut appliquer les dispositions du titre relatif aux circonstances atténuantes, si les méfaits, concurrents au méfait, commis en récidive, donnent lieu à l'application de ses dispositions. »

A mesma doutrina se colhe do hem reflectido Cod. mod. da Prus.; §. 58.^o:

« Quem, depois de condemnado legalmente pelos tribunaes prussianos por crime ou delicto, commetter o mesmo crime ou delicto, seja com circumstancias aggravantes, ou não, será considerado em estado de reincidencia. »

Nada declara este Cod., a respeito das circumstancias attenuantes, porque estas, no seu systema, alterando a incriminação, em regra geral, fazem desaparecer a *identidade*, no facto e na pena, e, consequentemente, desaparecer a reincidencia.

O Art. 85.^o, nas palavras — *outro crime da mesma natureza*, — emendou o Cod. Fr., que, no Art. 56.^o, não qualificava a reincidencia, em relação á qualidade do crime, que foi objecto da condemnção, mas só em relação á quantidade e qualidade da pena decretada na lei para ambos os crimes.

Já o tinham assim emendado, mas só como circumstancia aggravante geral, e nos mesmos termos o Cod. do Braz., Art. 16.^o; mas talvez melhor ainda o Cod. Hesp., Art. 10.^o §. 18.^o, nas palavras — *reincidentes de delicto de la misma especie*.

Todavia, este ultimo Cod., no dito Art. 10.^o §. 17.^o, e sempre só como circumstancia aggravante geral, admittiu simultaneamente a doutrina do Cod. Fr., qual é ter o culpado já sido castigado anteriormente por outro crime, a que esteja decretada na lei uma pena igual ou maior.

O Cod. Pen. d'Austr., no Art. 37.º, considerou, como *circunstancia especialmente agravante*, a punição anterior por outro delicto *semelhante*.

Os novos Cod. d'Allem. usam dos termos—*segundo crime semelhante ao primeiro, ou da mesma natureza*.

Mas que é o que se entende por crime da *mesma natureza*, segundo a intenção do legislador? Aonde é que estão marcados os requisitos, que devem dar-se no crime, para se lhe descobrir essa identidade? Talvez se possa responder com a doutrina do Art. 78.º, dizendo-se, que tem a *mesma natureza* aquellos crimes, a respeito dos quaes se devem as mesmas circunstancias, que a lei considera como elementos *essencialmente* constitutivos do crime.

Mas isto não destróe a difficuldade, nem remedeia a omissão do Cod. em materia tão grave, sujeita a tantas duvidas, como é esta das reincidencias, em que a parte technica do Cod. devia ser, por tanto, muito clara e precisa.

O Art., pelo menos, ficaria mais intelligivel, se houvesse adoptado a expressão do Cod. Hesp.—*da mesma especie*, ou a redacção dos Cod. d'Austr. e novos d'Allem., acrescentando-se a palavra — *ou semelhante*.

Então se conheceria, que o legislador exigia *analogia*, em lugar da *identidade*, que, em relação a pessoas, coisas, quantidades, tempo, lugar, instrumentos, etc., é moral e materialmente tão impossível, como é achar nos individuos do genero humano duas caras identicas.

Uma das condições essenciaes, para que tenha lugar o que se dispõe no Art. 86.º, é segundo o Art. 85.º, que a reincidencia se verifique *antes de terem passado dez annos*.

O Cod. Pen. Fr. considerou a reincidencia, nos crimes e delictos, sem marcar praso entre um e outro crime, e, por tanto, era punivel especialmente, qualquer que fosse a época posterior, em que ella tivesse lugar. Este Art., porém, emendou também o Cod. Fr. nesta parte, o que é uma modificação importante.

¹ O cit. §. 56.º do Cod. da Prus. exige a *identidade*, mas restringe-a, como fica notado: 1.º abstrahindo da existencia ou não existencia das circunstancias agravantes; 2.º excluindo, virtualmente, a quilibração da *identidade*, quando existam circunstancias atenuantes, no primeiro ou no segundo crime. A *identidade* só apparece então, se ambos as tem, porque ambos se consideram, quando dellas acompanhados, pertencer a incriminação distincta.

Mas porque razão seria adoptado o praso de dez annos? Seria porque se considerou, por esse lapso de tempo, esquecida a condemnção do primeiro crime?

Pois é possível o esquecimento no criminoso, que estiver ainda sofrendo a pena, quando esta fór permanente por ser perpetua em si, ou nos seus effeitos, ou por ser de mais de dez annos.

Será porque o legislador suppóz a corrigibilidade no criminoso, que se absteve de praticar um semelhante delicto em tão largo espaço de annos? E se o cumprimento da pena reduziu o condemnado ao estado de impotencia para o mal, ou lhe tirou a occasião de praticar a repetição no crime nesses dez annos, não demonstra, pelo contrario, o facto posterior a constancia malefica, e, por tanto, o nenhum resultado moralisador da punição?

Seria para determinar, pela intimidacção da maior pena da reincidencia, o criminoso a abster-se, ao menos, por dez annos, de praticar os mesmos delictos? Fazemos justiça á intenção do legislador.

Essa não foi, certamente, a sua intenção. Não podemos, pois, attinar com o motivo desta disposição. Todavia a consideramos util, como restrictiva do Art. 86.º, e só lamentamos, que o tempo da prescripção não fosse mais curto. O nosso Cod. de 1837, reduzia esse tempo a tres annos.

Era este o praso marcado na lei, para se poder prescrever uma querella, desde o Decr. de 16 de Maio de 1832, pensamento, que adoptaram os Cod. de Wurtemberg e de Hesce-Darmstadt, não admittindo a reincidencia, quando entre os dois delictos tivesse mediado um espaço de tempo equivalente a extinguir a acção do Ministerio Publico.

O mesmo pensamento parece ter aqui existido, quando se marcou o intervallo de dez annos, pois que é o mesmo, que, no §. 1.º do Art. 123.º deste Cod., se estabelece para a prescripção de todo e qualquer procedimento judicial-criminal contra determinada pessoa, considerada assim a aggravacção da pena do segundo crime, como supplemento da pena imposta na condemnacção pelo primeiro: — « l'augmentation des peines attachées à la récidive, n'est indigée au second crime, que comme un supplement devenant nécessaire pour l'efficacité de la première condamnation. » Subtiliza insustentavel, o que se refere e refuta Carnot, no seu Comm. ao Art. 56.º do Cod. Fr.

E, se o condemnado, por sentença, que passou em julgado, não tiver sofrido a condemnação, em todo ou em parte; porque não tenha podido ser capturado, ou por que se tenha evadido da prisão, antes do cumprimento da sentença? O Cod. não deu neste Art. attenção alguma a estas hypothèses, tão possíveis, e tão frequentes, e, com tudo, nos novos Cod. d'Allem., exige-se que o condemnado tenha cumprido, toda ou parte da pena do primeiro delicto.

E, em verdade, é só depois da effectiva execução da sentença na pessoa do condemnado, que se pôde avaliar, e concluir, a inefficacia da pena e o estado de incorrigibilidade, com que se pretende justificar a doutrina das reincidencias. A disposição, por tanto, do Art., em quanto manda contar os 10 annos da data da condemnação, e não da do seu cumprimento, tambem nos parece digna de emenda.

Na parte final do Art. se declara, que o perdão do primeiro crime nada influe para a qualificação da reincidencia, e com justo fundamento. Nisto são concordes todos os Cod. Alguns mesmo, como o novo Cod. da Prus., §. 58.º, e seguintes, guardam silencio.

O perdão suppõe necessariamente a culpa, não destroe a existencia do facto criminoso; e, por tanto, não obsta que uma segunda culpa, por outro facto criminoso da mesma natureza, se não verifique.

Demais, o perdão, nos termos do §. 7.º do Art. 74.º, da Carta, é só da pena, mas nada diminui dos effects necessarios, inevitaveis, e irrevogaveis, da sentença de condemnação, que passou em julgado, como notámos no Art. 51.º A reincidencia, mesmo quando o primeiro crime foi perdoado, torna-se mais aggravante, porque ella demonstra, por uma parte, que o culpado não correspondeu á esperanza da emenda para o futuro; promessa virtual, que se contém na aceitação de todo e qualquer perdão: e, por outra parte, que o perdão foi, obtido, ou subrepticamente, tendo o reincidente, ou alguém em seu nome, vindo surprehender o soberano.

¹ O novo Cod. da Prus., §. 60.º é expresso a semelhante respeito, não se satisfazendo mesmo com o cumprimento da pena em parte, como os outros Cod. d'Allem.

² O augmento da pena, em razão da reincidencia, não terá lugar, e se, desde a época em que foram satisfeitas as penas de prisão de li-
berdade ou de multa, por crime ou delicto, houver decorrido o tempo de dez annos.

Consequentemente, seria conforme á boa razão, fixados em regra, quanto ás penas maiores, os dez annos desde o cumprimento, e não desde a condemnação, que este prazo se contasse, nos casos de perdão, desde a sua data, se uma parte da pena foi minorada, e o réo tinha já de prisão, ou de detenção, mais de tres annos; e se a pena foi totalmente remittida, e o réo tinha de prisão ou detenção menos de cinco annos, fosse esse prazo elevado a quinze, a contar então da condemnação.

Mas ainda assim, admittida a distincção entre crimes, e delictos, estes prazos devem ser reduzidos e harmonizados com ella. Mesmo, confundidos os crimes com os delictos, como se confundiram no Cod., havendo este feito distincção no Art. 124.º, quanto á prescrição das penas maiores e correccionaes, a mesma distincção tinha todo o lugar, quanto aos prazos, para constituir o estado de reincidencia. É aqui apparece assim demonstrada mais uma razão, para se censurar a não adopção da divisão triple em crimes, delictos, e infracções. Se tivesse sido adoptada essa divisão, assim como no §. 2.º do Art. 85.º se fez distincção da reincidencia nas contravenções, era natural, que se fizesse, quanto aos delictos, abaixando-se nestes o prazo de dez annos, que, em relação aos crimes punidos, segundo o Cod., com penas correccionaes, ficou nimamente excessivo.

Mas se não fór o rei que perdoou, mas a parte, como nos casos do adulterio, Art. 402.º §. un.º A razão de ceder é a mesma, e a mulher que assim tão mal paga a generosidade do seu marido, é digna por certo de castigo mais severo.

Por ultimo, não podemos deixar de notar a omissão do Cod., em quanto não declara, se existe ou não o estado de reincidencia, quando algum dos factos, punidos e a punir, despidos de algum de seus elementos constitutivos de incriminação, ficam *identicos*. Por ex. — furto, e roubo. — O roubo, abstrahindo-se da violencia, tem perfeita analogia com o furto. O fim e objecto é o mesmo; deveria, pois, concluir-se o estado de reincidencia.

Ainda para este ponto é providentissimo o Cod. da Prus., no cit. §. 58, exigindo a *identidade*, mas com abstracção das circunstancias aggravantes, declarando, no §. 59.º, que:

«A reincidencia tambem existe, quando a acção accompanhada de circunstancias diversas, apresenta elementos constitutivos de participação em outro crime ou delicto.»

Outra omissão, não menos grave, é a de não se declarar, se a reincidência se deve também considerar, quando a comparação se dá entre crimes identicos, tendo, porém, ficado um delles no gráo de tentativa punivel. O segundo crime é então primeiro, ou o primeiro é unico, em relação á consummação ou plena execução do crime. O mesmo Cod. da Prus., no cit. §. 59, resolve a questão affirmativamente, accrescentando:

« ou a tentativa de outro crime ou delicto. »

Quanto á doutrina do §. 1.º do Art., é também certo, que a amnistia é um acto de alta politica, da attribuição do Poder Moderador, consignada no Art. 74.º, §. 8.º da Carta, e concedida—« em caso urgente, e quando assim o aconselhem a humanidade, e bem do Estado »—É mais que o perdão da pena, porque é o esquecimento perpetuo do crime, a abolição da culpa, quer antes, quer depois, da sentença condemnatoria; e, por tanto, não pôde ter-se em conta o primeiro crime, quando amnistiado, por isso que o crime, processo, sentença, não existindo juridicamente, ficaram fóra do alcance ordinario das leis e da Justiça.

Mas o mesmo se não verifica nos casos da *rehabilitação* do criminoso, se o segundo crime foi commettido no decurso, a contar da primeira condemnação.

Não podendo tomar-se a palavra *rehabilitação*, senão nos termos, em que o Cod. a emprega, que são os que se acham expressos no Art. 129.º, definindo-a « o acto, que restitue ao condemnado, que cumpriu a pena temporaria, ou a quem « esta foi simplesmente perdoada, ou a que prescreveu, *ta- dos os direitos*, que pela condemnação perdura » a *rehabilitação*, tanto não destroe assim a culpa, que só pôde ser concedida, e só tem logar, depois do cumprimento da pena imposta á mesma culpa.

Ha mesmo uma incoherencia, senão manifesta contradicção, entre o Art. e este §., em quanto no Art. se diz que o perdão da pena não destroe o effeito, que resulta da primeira condemnação, para a consideração da reincidência, e no §. 1.º diz, que o destroe em favor dos culpados de um segundo crime, quando rehabilitados, que o podem ser em consequencia desse mesmo perdão, conforme ao §. 1.º do Art. 129.º

Pelo contrario, a reincidencia depois da *rehabilitação*, demonstra, como no caso do perdão, que o condemnado soube illudir, ou que se deixou *illudir*, as autoridades admi-

nistrativas, que informaram o governo, nos termos do cit. Art., 129.º §. 2.º; assim como, que o remedio da pena foi inefficaz, porque nem depois de experimentado pôde servir ao criminoso de correção, nem de intimidção.

Quanto á materia de reincidencias em contravenções, cumpre ter presente o Cod. Fr., Art. 483.º, aonde se lê: « Il y a récidive eivide dans tous les cas prévus par le present livre, lors qu'il « a été rendu contre le contrevenant, dans les douze mois précédents, un premier jugement pour contravention de police « commise dans le ressort du même tribunal. »

Approveitou-se, pois, esta disposição, quanto ao praso da prescripção, mas não a restricção com que remata o dito Art., e que muito limitava a consideração das reincidencias em materia de contravenções.

E não só isto, passou-se a qualificar differentemente nas contravenções a reincidencia, quanto ao que é condição essentialissima della nos crimes e delictos—*sarem os dois crimes da mesma natureza*—pois que esta circumstancia não se requer nestas !¹

Ainda mais a cit. determinação do Art. 483.º do Cod. Fr., mesmo ampliada pela lei de 28 de 1832, limitava a qualificação das reincidencias aos casos previstos, em quanto que este nosso §. 2.º, comparado com o Art. 3.º, abrangge todas as contravenções a quaesquer outras disposições preventivas, e quer sejam do leis, quer de regulamentos !

Estas ampliações da lei Fr. sobre contravenções, nós as

¹ O que acabámos de notar, nós o temos confirmado na camara dos representantes da Belgica, em sessão de 7 e 8 de Dezembro de 1854, que, tratando da regulamentar contravenções relativas ao estado sanitario dos animaes domesticos, e de estabelecer as penalidades convenientes contra os reos desses contravenções, nos casos de reincidencia, julgou preciso definir qual devia assim entender-se.

A secção central da mesma camara addicionando o projecto, apresentado pelo governo, propôz se declarasse:

« Il y aura récidive quand le délinquant aura, dans les trois années précédentes, subi un premier jugement pour contravention semblable: »

No caso especial, de que se tratava, apesar de se entender, que se devia ampliar o disposto no Art. 483.º do Cod. Pen. Fr., por um modo excepcional, a dita secção ficou fiel ao principio de que não ha reincidencia, se o facto não é da mesma natureza, rejeitada, por tanto, a doutrina de Chauveau e Helie e os arestos do Trib. de Cassação, que cita Sulpiet, ao mesmo Art. n.º 3.º A camara não só approvou a declaração, mas eliminou a pena de prisão, que o projecto comminava contra os proprietarios ou detentores, culpados em reincidencia dos delictos previstos na lei. Vid. Indép. Belg. n.º 342 e 343.

juulgamos dignas de censura: porque em malefícios leves, como estes, seria melhor e mais justo abstrair, em regra, das condemnações anteriores, salvo alguma determinada excepção.

E o que se acha prescripto: 1.º em o novo Cod. dos P. Baixos, tit. 6.º Art. 9.º

« En cas de contravention, on n'a point égard aux con-
« damnations antérieures, à moins que la loi ou des ordon-
« nances légales ny aient spécialement pourvu. »

2.º em o novo Cod. da Prus., §. 336.º

« Nos casos de reincidência não terá logar a aggrava-
« ção do maximo da pena. »

Finalmente, sobre as regras prescriptas no Art. 86.º, notámos, que o Cod. nada estabeleceu, para os casos de 2.ª, 3.ª, ou 4.ª reincidência.

E, todavia, o mesmo Cod. no Art. 421.º, tratando do furto, reconheceu a possibilidade das ultteriores reincidências.

O Cod. de 1837 providenciava effectivamente para a 2.ª, 3.ª, e mais reincidências.

O novo Cod. da Prus. §. 58.º, determinou:

« Quando a lei não estabelecer penalidade especial em
« casos de reincidência, poderá ser applicada maior pena,
« que a determinada por lei, mas, em nenhum caso deverá
« na aggravação exceder á metade da maior pena legal.

« A duração da prisão simples, em casos de reinciden-
« cia, poderá exceder a cinco annos. A respeito de crimes
« punidos com a privação da liberdade temporaria, nunca
« poderá ser excedido, mesmo em casos de reincidências, o
« maximo de 20 annos. »

E, pois, ali facultativa a aggravação, que este nosso Art. estabeleceu como preceptiva.

Com justo fundamento procedeu assim o Cod. da Prus. A aggravação assenta na prova presumptiva, que resulta do habito, tendencia, e incorrigibilidade do condemnado, com relação a certa classe de malefícios. Ora é possível, que as causas moraes determinantes do segundo crime não tenham correlação alguma com as que produziram o primeiro, e, então, não podendo o legislador prevenil-as *a priori*, por meio de uma presumpção fallivel, justo era, em harmonia com a sua propria intenção, entregar a qualificação do facto,

no seu elemento moral, em razão da reincidência, á apre-
ciação dos juizes e do jury.

Este Art., pois, merece tambem ser emendado.

E se a pena do ultimo crime fór a maior perpetua?

Não tem aggravação de pena legalmente possível. Res-
ta a impunidade com relação á reincidência.

Eis o inconveniente das penas perpetuas, principalmen-
te excluida a pena de morte, como elemento de aggravação
nos casos de reincidência.

ARTIGO 51.^o

Salvo nos casos especialmente declarados não tem lugar a accumulção das penas, excepto a de multa, por crimes anteriores á primeira condemnação; e se applicará sómente a pena mais grave decretada na lei; aggravando-se, segundo as regras geraes, em attenção á circumstancia da accumulção dos crimes. Art. 19.^o n.º 19.^o e 20.^o; 78.^o; 79.^o; 80.^o; 84.^o; 198.^o; 351.^o n.º 4.^o; 388.^o; 465.^o

Este Art. podia ser dispensado. Já ficou declarado no Art. 10.^o n.º 20.^o que a accumulção dos crimes, não é mais que uma circumstancia aggravante, assim como no Art. 78.^o, 79.^o e 80 se acham as *regras geraes*, a que este aqui se refere.¹

As palavras do Art. — *salvo nos casos especialmente declarados* — eram, outro sim, mais que inúteis; pois ninguém duvida, que a regra, ou disposição geral, sofre todas as modificações, que resultam da lei especial. Era já o principio

¹ Deve advertir-se que, além dos inconvenientes, que ponderámos ao Art. 19.^o, de se formularem exemplos da regra geral do n.º 22.^o do mesmo Art., que parecem, ou repetidos substancialmente em um e outros n.ºs, ou comprehendidos todos em o n.º 32.^o, resulta o perigo de se formularem ao jury quesitos distinctos, como no caso do n.º 21.^o sobre a accumulção de crime.

Assim o vimos praticado, em processo crime; da comarca de Tondella, sentenciado em Março de 1855. Accumularam-se contra o réo diversos crimes; e sobre um delles, e suas circumstancias, fizeram-se ao jury quesitos especiaes. Em vista do Cod., o juiz entendeu que na accumulção de crimes havia uma circumstancia especial, que devia ser proposta ao jury como circumstancia aggravante!

A accumulção é, porém, um facto material do processo; e é tão absurdo fazer sobre isso um quesito aos jurados, como seria o de se lhe perguntar, se existe ou não toda, ou parte, do mesmo processo. A apreciação de semelhante circumstancia pertence exclusivamente ao juiz fazê-la, depois de declarados pelo jury provados os factos criminosos, cuja accumulção foi posta na accusação.

do Dir. Rom. « *In toto jure, generi per speciem derogatur; et et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.* » L. 80 D. de reg. jur.

As palavras do mesmo Art. — *e se applicará sómente a a pena mais grave* — são equipolentes das do Art. 1173.^o da Ref. Jud. « *se o réo fór convencido de muitos crimes sómente se lhe será imposta a pena maior.* »¹

Concorda neste principio o Art. 365.^o do Cod. Fr. de Instr. Cr. « *En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée.* »

Em conformidade com a antiga jurisprudencia franceza, tinha lugar a accumulção das penas, segundo a regra estabelecida por Ulpiano na lei 2 ff. de priv. del., e não só a respeito de maleficios commettidos em diverso tempo, mas ainda simultaneamente. Mas esta regra foi alterada pelo Art. 40.^o do tit. 7.^o da lei de 1791, donde passou para o Cod. Brom., e ficou no de 1810.

O antigo processo accusatorio dos romanos não consentia a accumulção de crimes em um e mesmo processo; mas na idade media se introduziu a opinião e a pratica de que era permitida essa accumulção perante o mesmo tribunal, e a sua decisão final por uma e mesma sentença.

Quanto á condemnação vogaram dois systemas diversos; uns, e principalmente os glosadores, cingindo-se ao texto da lei II ff. de del. priv. defendiam a accumulção das penas; outros, porém, seguiram a maxima « *Punitur solummodo delinquens poena majoris delicti.* »

O primeiro systema, adoptado em termos absolutos, apresentava os inconvenientes da confusão e anarchia na economia das penalidades; de reunir penas incompatíveis, como a morte com a prisão, ou degreço, perpetuo ou temporario; e de tornar inevitáveis certas punições prévias, como a de açoitos, etc.

Mas, por outro lado, parecia absurdo, e injusto, que o culpado, entregue ás mãos da justiça, não saldasse plenamente as suas contas com ella, ficando impune em rasão de mul-

¹ Vid. a nota do sr. Kato a este Art. da Ref. Muito lamentámos que, havendo elle tão judiciosamente feito votos para que este Art. fosse retocado, para se prevenirem as difficuldades por elle previstas, no Cod. Pen., de que foi collaborador, se não aproveitasse a occasião de as remover, já que a materia do mesmo Art. aqui foi retocada.

tos malefícios. Para conciliar, pois, um com outro princípio, e remover todos os inconvenientes, é que os Cod. Pen. se tem occupado de estabelecer regras precisas, para dirigir os juizes em caso de concurso de crimes.

O concurso de crimes ou é, simplesmente *formal*, ou *ideal*, ou *real*. O primeiro pôde dar-se em tres hypothesees, e sómente, quando restrictas, ou connexas, a um e mesmo facto :

1.^o Quando ha unidade de fim, mas pluralidade de crimes nos elementos componentes do facto, em rasão do agente ou do paciente: como por ex., no de estupro entre pai e filha, que, além do crime commum, apresenta o de incesto:

2.^o Quando o facto sendo um só, demonstra no agente diversidade de intenções: como por ex., o que *alicia* outro, para se passar ao inimigo, com a intenção de o expôr ás consequencias da pena de traição, ou ás das contingencias da guerra, o que, além do crime contra o Estado, envolve attentado contra a vida do homem:

3.^o Quando um dos actos, *necessarios* ao complemento do crime, constitue, por si mesmo, crime ou delicto *sui generis*: como por ex., a *fabricação* de instrumento falso, e o uso desse instrumento em prejuizo de alguém.

O nosso Cod. não tratou de dar regras algumas especiaes para este genero de concurso. São ou elementos constitutivos da ineriminação, ou circumstancias aggravantes, do facto criminoso, tomadas, ou especialmente pelo legislador, para determinar a pena, ou que tem de ser apreciadas pelos juizes, segundo as regras geraes.

O presente Art. deve, pois, entender-se do concurso *real*, mas assim mesmo restricto à uma das suas especies: para o que deve attender-se a que tambem se pôde offerecer em tres hypothesees, quando os actos são muitos, e todos, em si mesmos, são sempre crime ou delicto.

A primeira é quando, os actos, sendo muitos e diversos em tempo, são, todavia, *homogeneos* e *successivos*, e com as mesmas circumstancias, de objecto e pessoas; como por ex. a *bigamia*, o *prozenetismo*, o *furto domestico* parcelar e diario de um criado a seu amo, etc. Mas então não ha concurso *real*, propriamente dito, mas a *continuação* do mesmo malificio.

A segunda é quando os actos criminosos são *homogeneos*

e *successivos*, mas com circumstancias *heterogeneas* de coisa e pessoas, como, por ex., no de *adulterio*, com diversas mulheres casadas, ou de *polygamia*.

A terceira é quando a accumulção se verifica a respeito de actos criminosos *heterogeneos*, como de ferimento o morte, de roubo e incendio, de estupro e furto, de falsificação de instrumento e de moeda falsa, etc.

O concurso *real*, na 1.^a e 2.^a hypothese, tambem se considera concurso, impropriamente dito, e só serve, ou para o legislador determinar a pena *a priori*, ou os juizes se conduzirem na apreciação do elemento moral, segundo as regras geraes, avaliando, pela reiteração, de actos semelhantes, o estado chronico da enfermidade criminosa.

Fica, por tanto, reduzida a applicação do Art. aos actos em *concurso real*, na sua terceira hypothese. Só, fazendo-se estas distincções, é que, a nosso ver, se poderá comprehender todo o alcance e significação deste Art., que se acha fugitivamente redigido, sem que, pelo menos, desse, como cumpria, neste sentido, a definição legal de *concurso de crimes*, de que já tinha tratado nos n.^{os} 19.^o e 20.^o do Art.^o 19.^o

A falta desta definição é talvez suprida pela restricção, que exprimem as referidas palavras — *salvo nos casos especialmente declarados*; — mas definido, como fica demonstrado, o que seja *concurso* de crimes, nos seus dois generos e especies, a regra a seguir sobre o concurso, devia reduzir-se á unica terceira hypothese dos crimes heterogeneos, em rasão do tempo, ou do objecto, ou das pessoas, que poderiam ter um processo de instrucção e de accusação distincta, se tivessem sido conhecidos e processados, successivamente uns atraz de outros.

A definição de concurso de crimes, encontra-se legislada no Cod. da Bav., Art. 108.^o:

« Lorsque plusieurs crimes, non encore punis, et commises par un seul et même malfaiteur, se rencontrent, en telle sorte qu'il doive être prononcé sur eux par un même tribunal et par un seul jugement, il y a ce qu'on appelle *concours de crimes*. »

E, pois, essencial distinguir a *reincidencia*, do concurso ou accumulção de crimes. Na *reincidencia* é caracteristico essencial: 1.^o que os crimes anteriores tenham sido punidos: 2.^o que estes sejam da mesma especie. No concurso,

nem se exige que os crimes sejam da mesma espécie, e sempre que não tenham ainda sido punidos.

A accumulção das penas foi, todavia, conservada no Cod. do Braz., Art. 61.^o, e ainda se nota no mod. da Prus., §. 36.^o, guardando este, no §. 35.^o, a doutrina do Cod. Fr. sómente para o caso do concurso de crimes na mesma acção.

Esta doutrina é fundada em erro. É a influencia das falsas idéas da imputação, da vindicta publica, ou da justiça social. É a justiça de olhos vendados, espada na mão direita, dando tantas cuteladas, e tão fortes, quantos forem os crimes, e a sua gravidade, pesados materialmente na balança, e dando-se por completa a punição sómente quando as duas conchas, do mal por mal, se achem em perfeito equilibrio.¹

Consideradas, porém, as penas, como *remedio* contra o mal do crime; e desmentida a idéa de mal nas penas; desapparece toda esta theoria: e só fica ao legislador e aos juizes a necessidade e o dever de considerar, para a punição dos malféitores, a sua maior perversidade, manifestada pela complicaçào de mais de um malefício, assim como á sociedade o de relachar na execução, segundo os progressos benéficos e reparadores da expiação.

Afasta-se, pois, menos deste principio o Cod. Fr., e o nosso que o seguiu, que os Cod. do Braz., da Prus., e outros, que contém disposições analogas.

Não se mostra, todavia, no presente Art. uma perfeita conformidade com o mesmo principio, porque, além de não ser predominante no Cod. a regra da aggravação, imprete-

¹ São as falsas idéas de imputação, em relação á pena, como consequencia infallivel da imputação, em relação ao crime. A imputação, quanto ao facto criminoso e suas circumstancias, é indispensavel, para que se não cometta a enorme atrocidade de um *qui pro quo*, punindo-se o innocente em lugar do culpado, isto é, segundo os nossos principios, de se curar como enfermo um homem em estado de saúde, deixando-se em abandono e nas trevas do esquecimento outro, que realmente se acha enfermo.

Mas a imputação, em sentido mercantil, como conta corrente de *debe e habet*, em que a sociedade se debita para com o culpado pela importancia penal dos crimes cometidos, e este é herdado pela das penas correspondentes, cujo pagamento hade necessariamente soffrer: consagrada assim em Direito criminal, para significar amplamente tanto a responsabilidade activa da parte da sociedade, como a responsabilidade passiva da parte do malféitor: é um erro, em materia do mesmo Direito criminal, considerado ao lume da philosophia, da boa razão, da moral, e das conveniencias sociais.

rivelmente applicada pelo simples facto material do concurso de crimes, pôde conduzir praticamente a resultados iniquos, por ser contrario á realidade moral dos factos comparados com outros da mesma natureza. Um criminoso pôde revelar maior perversidade por um só crime, do que outro por mais de um crime, e, por consequencia, precisar o primeiro de maior repressão que o segundo. A regra, por tanto, do presente Art., para ser verdadeira, não pôde ser absoluta, nem constituir, como aqui constitue, uma presumpção do legislador, *juris et de jure*, que exclua toda a prova e apreciação em contrario.

Além disso, como se vê do contexto do mesmo Art., a accumulção das penas, quanto aos crimes anteriores a uma primeira condemnação, que não foram nella comprehendidos, sómente deixa de ter lugar em relação ás penas corporaes, pois que tem de ficar substituidas pela multa. O Cod. do Braz. mais austero, menos philosophico nesta parte, mas mais coerente, admitindo sempre a accumulção das penas, e a sua imposição successiva, começando-se pela mais grave, na intensidade e não na duração, não exceptuou mesmo as condemnações á pena de morte, que mandou então aggravar com a multa. Como semelhante aggravação se não acha aqui, em casos taes, authorizada *especialmente*, e a pena de morte, conforme ao §. 1.^o do Art. 78.^o, não se agrava *em caso algum*, a excepção, de que se trata no presente Art., não é tão absoluta como se acha redigida, por isso que a multa não pôde ser accumulada, como no Cod. do Braz., á pena capital.

Mesmo nos crimes posteriores a uma primeira condemnação, a accumulção tem lugar em casos especialmente declarados, como diz o Art., quasi os cometidos durante o cumprimento de uma pena, nos termos do Art. 94.^o e 198.^o, e, a respeito dos empregados publicos, facultativa, segundo o Art. 388.^o, e preceptiva, segundo o Art. 465.^o

O Cod. d'Aust., Art. 27.^o, é mais racional, que os que ficam notados, pois que, no concurso de crimes de differente especie, determinou, como regra invariavel, que, se um criminoso é culpado por differentes malefícios distinctos, deve ser punido sómente em razão do que tiver pena mais grave, tendo-se em contemplação o concurso dos outros crimes.

Por ultimo, cumpre notar, que o presente Art., mandando tomar em contemplação especial no concurso dos crimes,

a circumstancia de serem anteriores a uma primeira condemnação, para o effeito de ordenar, que, além da pena mais forte, que corresponder ao crime mais grave, se imponha ainda a multa, não só cabe no defeito da accumulção das penas, que reprova, mas offende o principio da não reiteração da punição em razão de outro crime, que já foi objecto da condemnação — *non bis in idem*.

A hypothese assim prevista, offerece na accumulção, ou crimes anteriores, todos a uma primeira condemnação, mas ignorados ao tempo della, e, por isso, não foram seu objecto, ou os offerece anteriores e posteriores.

Se todos são anteriores, cumpria distinguir a sua gravidade, comparados com o que fez objecto do já julgado. Se todos, sendo anteriores são mais graves, não ha necessidade de aggravção pela multa: a nova condemnação escolhe a pena mais grave, e é, como um supplemento, compondo a penalidade, como se fosse uma só condemnação, e deveria mesmo suspender-se, durante o processo, a execução, se as penalidades fossem incompatíveis, tendo-se em conta a pena já cumprida, em todo ou em parte.

Por ex., o crime posterior ao objecto da primeira condemnação, produzia o soffrimento de 10, ou 15 annos, de trabalhos publicos, mas entre os crimes accumulados ha um, que tem pena capital; ha-de esta ser imposta sem attenção á expiação do ultimo crime punido?

Em rigor teriamos então a pena de morte aggravada, contra o preceito do Art. 78.^o §. 1.^o, não permitindo essa aggravção em caso algum, o que importaria absurdo moral e grave injustiça, por isso que outro réo, que teve a fortuna de ter um só processo e uma só sentença, não soffrerá, no concurso dos mesmos crimes mais, que a pena de morte não aggravada.

O mesmo inconveniente se manifesta a respeito de outras penas gravissimas, como todas as perpetuas, quando a da condemnação, já transitada em julgado, é inferior, que fica absorvida pela pena maior, que vai corresponder ao crime mais grave dos accumulados em novo processo. Haver o mesmo delinquento já sido condemnado, se ainda não foi executada a pena, não é senão uma circumstancia a considerar no concurso, e longe de ser uma causa especial de aggravção, torna-se de attenuação, em razão da expiação já soffrida, principalmente quando o remedio da pena produziu

os seus resultados penitenciarios, fim essencial de toda a penalidade, nas visíveis demonstrações de emenda, arrependimento, e rehabilitação.

Se esses crimes anteriores são todos do inferior gravidade, o réo condemnado, tenha ou não, cumprido a pena, parcial ou inteiramente, não deveria mesmo ficar sujeito a novo processo, que seria sem fim, nem objecto mais que a imposição supplementar da multa, pena correccional, excepto quando a pena, posto que inferior na duração, fosse superior na intensidade, como por exemplo, se a pena a impôr fosse aggravada, mas temporaria, e a já imposta fosse perpetua, mas simples.

Se os crimes, objecto do concurso, são anteriores e posteriores, nada mais, do mesmo modo, temos, que uma nova condemnação, em que uns e outros devem ser tomados em contemplação, os primeiros em presença da primeira condemnação, se já foi cumprida ou ainda não começou o seu cumprimento; os segundos, sómente, para o effeito de se avaliar, pelo estado de propensão á continuação na carreira do crime, o estado de incorregibilidade do criminoso.

Em outros termos, e em summa: 1.^o os crimes anteriores não devem fazer objecto do concurso, se o delinquento foi condemnado a uma pena mais grave em intensidade e duração, que os que correspondiam a cada um desses crimes, se fossem conhecidos e julgados na condemnação: 2.^o os crimes anteriores, se formam exclusivamente o concurso, e tem algum, ou alguns uma condemnação superior em intensidade, ou duração, sómente devem produzir uma, como *revisão do julgado*, tendo-se em conta o tempo da expiação já soffrida: 3.^o os crimes posteriores devem ser considerados e processados distinctamente, quando os anteriores, como de pena menos grave, ficariam absorvidos pela condemnação já decretada, se tivessem sido conhecidos ou accumulados, tendo os juizes sómente em contemplação, na appreciação do elemento moral para a nova condemnação, o habito do crime. ¹

¹ Escusado é advertir, que tudo o que fica ponderado é restricto a crimes anteriores ainda não julgados, embora já processados, mas antes da sentença final: porque, a respeito destes, se acha suppletivamente providenciado no Art. 117.^o e 118.^o da Ref. Jud.—Vid. Carnot, e Rogron, ao Art. 265.^o do Cod. Fr.

Devemos ainda notar, que a regra estabelecida, da não accumulção das penas sofre ainda limitação, em alguns casos, para o effeito de se impôr pena mais forte, que a que corresponde ao crime mais grave. Sirva de exemplo o disposto no Art. 351.º n.º 4.º, nos casos de *homicidio*.

No concurso de crimes, que precedam, acompanhem, ou sigam, o crime de *homicidio*, embora lhes não corresponda mais, que o maximo de prisão correccional, deve ser applicada, não a pena mais grave, que, segundo o Art. 349.º, corresponde ao crime mais grave, mas a de morte.

Aos cúmplices de qualquer crime será applicada a pena, que segundo as regras prescriptas para os casos em que concorrem circumstancias attenuantes, se deve applicar a esse crime. Art. 21.º; 24.º; 25.º; 26.º; 81.º; 82.º; 83.º

Este Art. e o seguinte parece haver tido presente o Cod. do Braz., Art. 35.º, e o Hesp., Art. 63.º

O Cod. do Braz. diz: ¹

« A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as mesmas penas desta. »

As penas da tentativa regula-as o mesmo Cod. no Art. 34.º

O Cod. Hesp. diz:

« A los cómplices se impondrá la pena inferior en un grado á la correspondiente á los autores del delito. »

Mas adoptando a disposição, na parte essencial, quanto a punir, com penas menos severas, a cumplicidade do delicto, equiparou esta ás circumstancias attenuantes, e mandou applicar a pena, segundo as regras geraes prescriptas para os casos, em que as mesmas circumstancias concorram.

¹ Este Cod. é providente em contemplar a cumplicidade na tentativa, mandando, no dito Art. 35.º, que seja punida diminuindo-se a pena um terço da duração. O presente Art. não é claro a semelhante respeito, como cumpria que fosse, para que, dadas as hypothses de ter o crime sómente chegado á altura de frustrado ou de tentado, a cumplicidade descesse também na penalidade em proporção das penas impostas aos authorres principaes. Assim, porém, deve praticar-se, para que da intelligencia litteral da lei não resulte absurdo.

Se o author principal no gráo de tentativa, é favorecido por essa circumstancia considerada como attenuante, o cúmplice tem a seu favor não só a mesma, mas a que resulta da cumplicidade, que tem a mesma consideração. Nos termos, portanto, do Art. 22.º e seu §.º podem os juizes reduzir as penas da cumplicidade.

Considerámos acerta da esta disposição, por isso que na cumplicidade se podem dar circumstancias, que a attenuem ou aggravem, mais ou menos. — O concurso, ou a co-operação indirecta, pode ser maior ou menor, mais ou menos effez; e se nella se dão assim necessariamente diversos grãos, diversos deviam ser os da pena a impôr aos culpados.

O Cod. Fr., Art. 59.^o, estabelecia, em regra, que os cúmplices de um crime ou delicto seriam punidos com a mesma pena, que os proprios authores, salvo quando a lei determinasse especialmente o contrario.

Esta disposição sempre se entendeu, que o mesmo *genero de pena* devia ser applicado, mas nunca na *mesma duração*; e assim, pela pratica dos tribunacs, se tem trazido a execução do mesmo Art. aos verdadeiros principios do Direito criminal.

Por outra parte, a imputação do cúmplice não é tão intimamente ligada á imputação do author do crime, que não possa, e não deva, mesmo, existir independentemente desta. — Ainda que o crime seja *collectivo*, a imputação é sempre individual, pessoal, a cada um dos co-authores, ou cúmplices, do delicto.

Assim, em quanto o author directo do crime, em razão da idade ou de alguma circumstancia, ou attenuante ou dirimente, pode soffrer uma pena leve, e mesmo ser relevado de pena criminal, segundo as regras geraes, o seu cúmplice pôde e deve ser punido com a pena da lei, sómente attenuada em razão da cumplicidade, se outras circumstancias attenuantes, e individuaes, lhe não aproveitarem.

Assim, tambem, em quanto fica impune o author directo do crime, por se não poder averiguar determinadamente quem elle é, ou por se ter evadido, o cúmplice pôde e deve ser punido, quando o seu concurso para o delicto é provado.¹

A differença de castigo entre *executores* do crime, e seus *cúmplices*, abstrahindo das circumstancias peculiares a

¹ Neste sentido o Tribunal Supr. de Justiça, por Accordão de 21 de Out. de 1855, negou a revista em processo crime, no qual uma mulher havia sido convencida de haver com outros concorrido para o envolvimento de seu marido, mas que, não podendo ser accusada, como *authora do delicto*, o fôra comido, como havendo concorrido para elle, e condemnada, consequentemente, como cúmplice.

cada um dos criminosos, assenta em uma opinião emitida por Beccaria, Tr. de del. e pen., Cap. 14.^o, assim concebida:

« Quando muitos homens se unem para affrontar um « perigo common, quanto maior é esse perigo, tanto mais « se esforçam para o tornar igual para todos. Se as leis « punirem mais severamente os *executores* do crime, que os « simples cúmplices, será mais difficil aos que meditarém « qualquer attentado, encontrar um d'entre elles, que se en- « carregue da perpetração; porque o risco, a que este se ex- « põe, é maior em razão da differença das penas. »

Conpre mais notar, que neste nosso Art. 88.^o, é para lamentar, se não tenha declarado, que a cumplicidade se refere ao crime, tal como foi concertado, como foi meditado, e com abstracção das circumstancias, mais ou menos aggravantes, com que foi executado.

Por ex., concertou-se a perpetração do farto com arrombamento, mas sem violencia a pessoas; no entretanto os *executores* do crime excederam o pactuado, matando, ferindo, ou espancando. A cumplicidade existe então unicamente no roubo, e não nos outros attentados, que se praticaram para o realisar. O crime em relação á cumplicidade não seria o qualificado nos Art. 432.^o e 433.^o, mas sim no Art. 434.^o do Cod. Pen. A moralidade das acções humanas, tem suas gradações (diz Molens sobre as leis crim.) desde a innocencia absoluta até ao maior dos crimes; e o dever da justiça penal é distinguir esses diversos grãos, evitando assim a confusão funesta, que fêre com as mesmas penas infracções essencialmente differentes, e que não exprimem nos malleitores o mesmo grão de enfermidade moral.

Para tirar todas as duvidas seria para desejar, que neste logar se accrescentasse um Art. no qual se estabelecesse, como propõe Molens cit.:

« Aos cúmplices de qualquer crime não será imposta a « pena immediata relativa ás circumstancias da execução do « mesmo crime, que não foram por elles previstas, nem su- « bides antes da execução. Os *co-rifos* ou *co-authores*, não « ficam sujeitos á aggravação da pena imposta *pessoalmente* « ao author do crime. »

Verdade, que pelos principios geraes da sciencia criminal, e por argumento de analogia, tirado da disposição do Art. 23.^o § 1.^o, se pôde corrigir na applicação das pe-

nas, esta omissão do Cod.; mas como n'esta mesma disposição ha gravissimo defeito, como notámos, mal pôde servir-nos de guia seguro, para uma justa apreciação da criminalidade e imputabilidade dos cúmplices.

No novo Cod. dos Paizes Baixos Tit. 40.º, Art. 57.º, se providenciou sobre este objecto, nos termos seguintes:

« Os authors, co-authores, ou cúmplices, de um malefício, não serão punidos em razão das circunstancias « aggravantes ou de outros malefícios, que acompanharam « a acção principal, a menos que não sejam *contencidos* de « ter conhecido ou previsto taes circunstancias ou malefícios, ou de as ter devido conhecer ou prever. »

« Serão imputaveis a cada um dos authors ou cúmplices « do malefício: as circunstancias aggravantes *pessoaes*. Neste « caso será cada um delles individualmente punido como « author, ou como cúmplice de um malefício commetido « com as circunstancias, que lhe respeitem pessoalmente. »

No moderno Cod. do Ducado de Brunswick tambem se encontra uma disposição semelhante, determinando, em substancia, que as circunstancias aggravantes ou attenuantes, pessoas a um dos agentes, não prejudicam nem aproveitam aos outros participantes do crime.¹

O mod. Cod. da Prussia não nos pôde servir de modelo a respeito do que neste Art. se determina. Não distingue, nos §§ 34.º e 35.º, a cumplicidade em principal, e secundaria, para os effeitos de considerar os criminosos da primeira, *authors principaes*, e os da segunda, *cúmplices*, propriamente ditos. Todos comprehende debaixo do termo generico = *participantes* = e a todos manda applicar a mesma lei penal. Sómente, por excepção, se a participação não foi *positiva*, e se tratar de crime, a que corresponda pena de morte ou de prisão com trabalho forçado perpetuo, é que manda descer esta ultima pena á temporaria; podendo, contudo, ainda baixar á prisão simples de 2 a 10 annos, se concorrerem circunstancias attenuantes.

São, porém, sobre maneira dignas de ser imitadas e consultadas as disposições do Cod. da Baviera desde o Art. 73.º até 89.º Em Cod. nenhum se trata melhor, nem mais philosophica e exuberantemente, a difficil materia da cumplici-

dade, do que neste Cod., para com justiça se graduar a pena, nos diversos grãos, especies, e fazes, da mesma cumplicidade, partindo-se do principio, de que os cúmplices ficam sempre depois dos authors principaes do crime.

O nosso Cod., como vimos aos Art. 23.º, 24.º, e 25.º, distinguia tres classes de participantes no crime; 1.º authors; 2.º co-authores; 3.º cúmplices.

Os authors e co-authores são equiparados inteiramente para a pena; os cúmplices são castigados do mesmo modo, mas com modificação, como se houvessem circunstancias attenuantes, a que a cumplicidade, assim como a tentativa, fica equiparada. É a doutrina, que resulta da confrontação do presente Art. com o antecedente, e este com o Art. 81.º

Restringida assim a *cumplicidade legal*, sómente á participação *remota, indirecta, não determinante*, ou não *positiva*, parece-nos dura a simples assomelhação, para os effeitos penaes, aos authors principaes do crime, praticado com circumstancia attenuante, porque entre uns e outros se deveriam metter os co-authores, que estão no segundo grão de participação.

Por ex., se acontecesse um assassinato, em que participaram trinta criminosos, dos quaes vinte deliberaram o crime, e prestaram os instrumentos delle, o mandato, o conselho, ou o auxilio necessario nos meios preparatorios; dez destes tomaram parte por acto *phísico* na execução; dez não a tomaram, nem no concerto, nem na execução, mas concorreram de fóra com o seu conselho, ou, na intenção de se commetter o crime, podendo-o impedir, não o impediram.

Os dez, que tomaram parte, tanto por acto *phísico*, como *moral*, são, sem duvida, *authors principaes*, e assim devem soffrer a pena de morte; mas os dez, que tomaram parte, sómente por acto *moral*, deveriam soffrer uma attenuação; porque, se a perversidade, causa remota, é a mesma, a *acção*, causa proxima, é facto voluntario dos authors principaes. Assim os co-authores deveriam soffrer a pena, que aqui se estabelece para os cúmplices, como se a cumplicidade no 1.º grão equivallesse a uma circumstancia attenuante, d'onde seria coherente concluir, que a cumplicidade no 2.º grão equivale ao commettimento do crime acompanhado de mais de uma circumstancia attenuante.

Além disso, não nos parece justa a imposição da mesma pena aos participantes do crime por acto *moral*, porque

¹ Veja-se a este respeito o comment. ao Art. 21.º

a execução do crime podia ser suspensa por determinação da vontade dos participantes por *acto phísico*. Se não co-operaram por *acto phísico*, com o author principal, e não concorrerem circunstancias pessoais, que, preponderando na aggravação, os nivele com os authors directos e immediatos, não podem, a nosso ver, ser considerados na mesma linha de criminalidade.

Sejam embora estes co-réos considerados *authors* de um crime, devem-se, em regra geral, distinguir dos *authors principaes*, que são, não só os que consolidam em si mesmos a *resolução* e a *execução* do crime, independentemente do concurso de outra vontade, como os que consolidam a mesma *resolução* e *execução*, instigados, ou provocados, pela vontade alheia. Sempre é certo, que n'um e n'outro caso, o agente principal entrou com a sua propria vontade e força phísica na execução do crime, e que delle dependeu passar o crime do estado de projecto, ao da tentativa, e desta ao da consummation.

Na hypothese, que figurámos, os vinte culpados devem, nos restrictos termos do Cod., ser condemnados á morte, e dez a trabalhos publicos perpetuos: que deveriam ser temporarios, se a perpetuidade ficasse reservada para os participantes, considerados authors, mas sómente por *acto moral*. Assim se exagera a applicação da pena de morte. Aos manes de um homem tem de ser immolados vinte, ou mais, ou tantos, quantos forem qualificados authors, embora não tomassem materialmente parte na execução do crime! Nesta mesma proporção se exagera a applicação das penas perpetuas, e outras afflictivas em outros crimes. Que esta e não outra foi a intenção do legislador, não pôde duvidar-se, principalmente em vista dos Art. 171.º e 174.º

O legislador parece haver seguido a doutrina e distincções, que expendeu M. Haas ao novo Proj. do Cod. Belga, estabelecendo, que, em relação aos factos de co-operação, a participação podia ser ou puramente *moral* ou *phísica*. Mas a participação pôde ser *moral* e *phísica* ao mesmo tempo.

Ha, sem duvida, culpa resultante da participação, quando, por meio de esforços criminosos, se exerce uma influencia, mais ou menos activa, mais ou menos directa, sobre a vontade do agente, seja provocando-o ao crime, seja fortalecendo as suas intenções de o commetter: mas distam muito estes actos, dos factos materiaes de execução, com que o agen-

te, sciuto e voluntariamente, gera e acompanha a existencia do mesmo crime.

É certo que a perversidade e concurso de muitos, é, em si mesma, uma causa de aggravação: mas sendo esta uma circumstancia aggravante, já mandada tomar em consideração, segundo as regras geraes, não pôde ser uma razão, para que a cumplicidade do primeiro ou do segundo gráo se aproximasse tanto da culpabilidade dos authors principaes; porque seriam duas aggravações diversas e simultaneas pelo mesmo fundamento.

A doutrina do Cod. se acha, além disso, em desharmonia, com os exemplos do Art. 162.º e §. 2.º; Art. 177.º; Art. 180.º §. 1.º; Art. 267; Art. 282.º; Art. 283.º; etc., em que se faz distincção entre co-authores de um crime e os seus authors *principaes*, chefes ou cabeças: sendo mais para notar a impropriedade dos termos, que se mostram empregados no Art. 177.º, *cumplicidade dos authors*, quando nos Art. 25.º e 26.º se distinguiram os *authors dos cumplices*. Se fosse exacta a expressão, e por ella se devesse concluir, que os *authors* são uma especie de *cumplices*, seguir-se-lia, que, empregando o presente Art., sem distincção, a palavra *cumplices*, comprehenderia no genero as suas duas especies: e assim ficariam os termos — *cumplicidade dos authors* — antinomicos em relação ao presente Art. e aos ditos Art. 25.º e 26.º

ARTIGO 89.º

A disposição do Art. antecedente terá logar na applicação da pena á tentativa de qualquer crime.

§. unico. No caso de delicto frustrado, se a pena do crime fôr perpetua, será applicada a pena temporaria da mesma especie, ou a pena perpetua immediatamente inferior. Se a pena do crime fôr temporaria, reduzir-se-ha dentro dos termos fixados pela lei. Art. 9.º a 11.º; 130.º n.º 2.º e 3.º; 131.º; 742.º; 143.º; 465.º §. 1.º e 2.º; 166.º; 170.º; 171.º n.º 1.º e 4.º; 183.º §. 3.º; 190.º; 191.º; 233.º; 277.º §. 1.º e 2.º; 350.º; 353.º; 355.º §. 3.º; 433.º; 434.º n.º 1.º e 2.º; 470.º

Coherente se manifesta o Cod. no presente Art., com o que dispôz no Art. 7.º até 11.º, fazendo distincção entre a tentativa, e o crime frustrado.

Com justa razão pune mais severamente o delicto frustrado que a tentativa, por isso que nesta havia *possibilidade* de arrependimento, que impedisse a execução, em quanto que naquella a consummação do crime não dependeu da vontade do agente. O elemento moral é seguramente o mesmo no crime frustrado, que no crime consummado; mas, se desaparece inteiramente o elemento material, a idéa complexa do crime não é a mesma, e consequentemente a pena deve ser diversa; e, por isso, também com justa razão, sob o ponto de vista social, a pena deve ser menor no crime frustrado que no crime consummado. As razões intrinsecas da distincção já nós as expozemos ao Art. 11.º

O §. un. do presente Art. considera o crime frustrado em duas hypotheses:

1.º Quando a pena do crime é perpetua, e então man-

da applicar a temporaria da mesma especie, ou a perpetua immediatamente inferior.

2.º Quando a pena é temporaria, e então só é redutível dentro dos termos marcados na lei.

Mas, se a pena do crime *frustrado* fôr a de morte, o Cod. guarda silencio! Donde é obvio que, em contradicção com o que estabelece a respeito das penas em geral, a respeito da de morte, não ha distincção entre crime consummado e crime frustrado! O assassino, que premeditou a morte de alguém, e que descarregou o primeiro golpe, sabe que nenhum interesse tem, para deixar de reitterar os golpes, até que veja expirar a sua victima! A mesma pena o espera!

O homicida voluntario, mas frustrado, sofrerá trabalhos publicos temporarios, ou a prisão simples perpetua; mas o assassino premeditado, quer mate quer não mate, se praticou o ultimo acto de execução, hade morrer na forca! A sociedade, que teve a fortuna de não perder um cidadão, que correu risco de vida, hade em compensação dessa fortuna, soportar a calamidade de matar o cidadão, que lhe fez correr esse perigo! É para que se não veja mais exposta a outros semelhantes, que trata, não de curar a enfermidade moral do criminoso, mas de extinguir a molestia pela destruição do delinquento! É morte de *prevenção*, e não de *expição*!

Ja expozemos ao Art. 29.º os vicios deste modo de pensar.

Todavia, pena *perpetua* deve ser considerada a de morte, e embora se faça dizer ao legislador o que elle talvez não teve em vista, se deve concluir, para se afastar do crime frustrado a pena de morte, que, sempre que a lei especial não igualou o crime *frustrado* ao *consummado*, dada a hypothese do crime *frustrado*, se deve buscar a pena immediatamente inferior na escala das penas. Assim teremos, em logar da pena de morte a dos trabalhos publicos perpetuos, segundo o Art. 47.º, ou mesmo alguma das maiores perpetuas, do prisão ou de degado, conforme ao Art. 81.º

Mas esta interpretação fica repugnante a este mesmo Art. e antecedente, pois que a punição da tentativa e da cumplicidade, apreciadas segundo as regras geraes, darão, por esta fôrma, iguaes resultados comparados com a imputação no crime frustrado, quando este é superior em gravidade. Assim fica repugnante e problematico, pelo silencio do Cod.,

este ponto de doutrina e applicação pratica da pena de morte, sem que se possa dar uma expressa violação de lei, quer pela interpretação restrictiva, quer extensiva, da mais grave das penas!

Involve, pois, este Art. um misto de idéas contradictorias. Diziam alguns criminalistas, que não é facil marcar a differença, que ha entre crime consummado e frustrado, e d'ahi concluíam a identidade penal; mas a differença é sensível, porque, nem o damno material existiu, nem o alarme social teve o mesmo gráo de intensidade.

ARTIGO 90.º

As disposições dos Art. antecedentes entendem-se salvos os casos especiaes em que a lei decretar pena determinada.

A disposição deste Art. não é mais que uma declaração de advertencia, para que os juizes fiquem intendendo, que as regras estabelecidas neste Cap. sobre reincidencia, accumulção de crimes, cumplicidade, tentativa, e crime frustrado, não são tão absolutas, que não sofram todas as excepções, que se derivam de outros Art. especiaes do Cod.: declaração esta redundante, com relação á accumulção de crimes, de que tratou o Art. 87.º, pois que já ali se fez igual advertencia.

Essas excepções, porém, são mais aberrações das regras deste Cap., que determinações, que se fundem em razão justificada, que vença o fundamento, em que assentam as mesmas regras. Transcriptas ou imitadas do Cod. Fr. ou Hesp., que, pela maior parte, não seguiram systema fixo, mas contemplaram isoladamente cada uma das incriminações nos seus casos especiaes, necessariamente offereceriam a cada passo antinomias de applicação, ou incoherencia de doutrina, com relação ao legislador.

A ressalva, por tanto, feita neste Art., torna independentes das regras geraes as regras especiaes, fundadas no arbitrio, ou na diversidade de systemas, que as produziram. As regras geraes ficam, por esta fórma, constituindo um Direito subsidiario na falta de disposição especial.

A utilidade pratica deste methodo de codificação, quando imperfeita, cheia de incoherencias, e em que a logica foi muito menos que rigorosa, é incontestavel; porque evita aos juizes um sem numero de difficuldades, e ao legislador a censura de contradicção. É a harmonia no caos, a centralisação artificial de idéas e de principios heterogeneos. Não é o imperio da justiça e da verdade moral a que produz a or-

* V. Filagieri Sc. de la Leg. tom. 4.º Cap. 1.º e M. Haas, com o Proj. do Cod. Belg., Estudo de Leg. comp. O Cod. das Duas Sicílias distingue, para effeitos penaes de summa gravidade, as tres situações do criminoso, em relação á execução do crime, em consummado, frustrado, e tentado, como se vê dos Art. 128.º, 354.º, e 355.º Vid. Rossi Tr. de Dr. Pen. Liv. 2.º Cap. 33.º; Sr. Levi Comu. a este Art.

dem, mas a onnipotencia do legislador a que produz a obediencia. *Dura lex, sed lex.*

Oxalá que ainda se possa chegar a ver estabelecidas e fixadas regras geraes, tão absolutas, e de tão inexoravel e constante applicação, como os eternos e immutaveis principios de moral, em que as leis criminaes devem ser fundadas, como nos prometeu a lei fundamental do Estado!

CAPITULO IV.

DA EXECUÇÃO DAS PENAS.

ARTIGO 91.º

A pena de morte será executada na forca, em logar público da cidade, ou villa em que fôr proferida a sentença, ou da comarca em que tiver sido commettido o crime, como a sentença declarar, precedendo e concorrendo os actos e formalidades necessarias para que haja a maior publicidade.

Não só o presente Art., mas todos os do presente Cap. estariam melhor em um Cod. de processo Cr., do que no Cod. Pen. As disposições do mesmo Art. e seus §§. se encontram effectivamente nos Art. 1201.º, 1203.º e 1204.º, da Nov. Ref. Jud., em tanto quanto bastava, para que se podesse saber como e quando se deviam executar as condemnções de pena de morte. Podiam, por tanto, ser omitidas, como desnecessarias, além de deslocadas.

A sua reproducção só poderia dar logar a poder-se entender, que aquelles Art. são substituidos inteiramente, e assim que não existe mais o preceito:

1.º De se não poder executar a pena de morte senão depois de resolução negativa do Poder Moderador;

2.º De se dever executar 48 horas depois de se receber essa resolução, não sendo dia de festividade religiosa ou nacional;

3.º De se dever acompanhar sempre o condemnado de um ministro do culto, que professar;

4.º De se lhe subministrarem todos os soccorros da religião, e os mais, que elle requerer.

Não eram menos dignas estas disposições, que o Cod. omitiu, de serem repetidas, que as outras, que reproduziu, maxime não tendo esquecido a ressalva, do cit. Art. 1203.⁴, quanto aos domingos, dias santos, e de festividade nacional.

Quanto á primeira omissão, a Ord. do Liv. 5.º tit. 35.º, prohibia, que, se o matador fosse fidalgo de grande solar, não fosse julgado á morte, sem que os tribunaes o fizessem saber a El-Rei, que, segundo as circumstancias das pessoas, do criminoso e do morto, e as do delicto, resolveria o que fosse serviço de Deus, e bem da república. Em muitos casos especiaes se determinava tambem, em geral, que a pena de morte se não desse á execução, sem que a condemnação se participasse ao Principe.

Mello Freire havia proposto, Ensaio do Cod. Cr. tit. 65.º §. 4.º, o dizer-se:

« Não se executará a pena capital no lugar aonde nós « estivermos, e cinco legoas ao redor, sem nos dar parte. »

A dependencia da resolução do Poder Moderador foi estabelecida terminantemente no Decr. de 16 de Maio de 1832, Art. 225.º; passou para a Ref. Jud. de 1837, P. 3.ª, Art. 238: e depois para a Nov., cit. Art. 1202.^o

Encontra-se no Cod. Cr. d'Aust., Art. 444.º, assim concebido:

« Lorsque, d'après la loi, la peine de mort est prononcée, le Tr. Supr. de Just. doit soumettre sa sentence avec « toutes les pièces et les motifs, qui militent en faveur du « coupable, pour l'adoucissement de la peine, au souverain, « qui seul a le droit de faire grace. »

É omitida no Cod. do Braz., Hesp., Fr., e outros. Mas existe naquelles Estados da America, em que ainda se não acha abolida esta pena. Lê-se no Art. 380.º do Cod. de Processo Cr. da Bav. « Toute sentence de mort, avant de recevoir son exécution, sera adressée au ministre de la justice « ce par le tribunal supérieur d'appel, avec l'ensemble des « actes et des rapports. » E finalmente é um correctivo indispensavel, tanto para attenuar os clamores da consciencia contra a justiça da pena de morte, e defender o Estado da impressão prejudicial, que podem produzir os espectaculos de sangue, segundo as pessoas, o lugar, ou tempo, como para se evitarem injustiças relativas, e o perigo da usur-

pação do Poder Moderador, exercido pelos jurados ou pelos juizes.¹

« Se o direito de fazer graça é a mais gloriosa das prerogativas da corôa, a faculdade de recurso ao Rei é, de todos os direitos do cidadão, o mais digno de respeito. « Ora, para que esse direito, duplicadamente precioso do throno e do cidadão, possa ser exercido em toda a sua plenitude, é evidente que nenhuma pena corporal deve ser « executada, sem que o soberano dispensador da misericórdia social esteja habilitado, seja por modo official, seja a requerimento do condemnado, para poder pronunciar sobre a oportunidade da graça. Logo é de intuição palpavel « que o direito de graça ficaria illusorio, em todo ou em parte, se a evocação da pena possesse começo, não só, na « pendencia do recurso em graça, mas, antes de o rei haver tido a possibilidade material de receber a participação « da condemnação, ou o recurso. »²

Prova de mais esta reflexão, mas não a favor, contra a omissão de semelhante dependencia na execução da pena de morte, por ser de todas as penas corporaes a que é absolutamente irreparavel. O argumento conduz necessariamente a aconselhar a mesma providencia a respeito de todas as penas corporaes, que não podem ter começo de execução sem que ao condemnado se siga danno irreparavel, e sem que, salva a detenção indispensavel para segurança da sua pessoa e da pena, a attribuição constitucional do Poder Moderador, fique, no todo ou em parte, inutilisada.

Assim a mesma dependencia deve ser ampliada aos trabalhos publicos, ao degredo, á expulsão do reino, á prisão com trabalho, ou com isolamento, em fortaleza, ou em praça de guerra, e outras, em que é impossivel eximir daquelle parte da pena, que já tiver passado á ordem dos factos consummados.

¹ Acha-se prescripto pela legislação e regulamentos em vigor, que a execução da pena de morte se verifique 48 horas depois que for recebido na respectiva Relação ou julgado a resolução do Poder Moderador; e é especialmente recommendado, que haja o maior segredo em se occultar ao condemnado essa resolução, quando desfavoravel, ate ao momento de elle entrar no oratorio, não requisitando, senão depois disto, os presidentes das Relações, das autoridades civis e militares, o auxilio necessario para a execução, como se vê do Reg. das cadeias, de 16 de Janeiro de 1843, e Port. do Min. da Just. de 30 de Setembro do mesmo anno.

² Bonneville Syst. Fénil. L. 2.ª Tit. 3.º Cap. IV, Secç. 1.ª

Esta ampliação faria, a nosso ver, pois, muita honra á nossa legislação criminal, e seria sem inconveniente, desde que o condemnado se acha em prisão, e que, em conformidade com o Art. 95.º, todas as penas, que devem ter uma duração qualquer, começam a correr da data da condemnação.

Quanto á segunda omissão, ella é coherente com o disposto no Art. 52.º e seu §.º un. Se o condemnado não pôde, nem mesmo, na conformidade da Ord. do Liv. 4.º tit. 81.º §. 6.º, dispor de seus bens para bem da sua alma, para suffragios, ou esmolas, é inútil dar-lhe espaço algum, pôde partir, nada tem que fazer neste mundo. O intervalo entre a condemnação e execução pôde ficar ao arbitrio dos executores da lei. O praso das 48 horas estabelecido na Ref. Jud., sem sanção alguma, fica sendo letra morta, ainda que prejudicado se não considere pelo silencio do Cod. Pen.

O cit. Cod. de Proc. da Bar. marca, no Art. 381.º, o praso de 24 horas, a contar da notificação da sentença: mas, se o condemnado requer maior espaço, é ampliado a mais 48 horas, fazendo ao todo tres vezes 24 horas, a contar da mesma notificação; e, contudo, também nesse paiz, nos termos do Art. 5.º do Cod. Pen., não pôde o condemnado fazer disposição alguma dos seus bens, se a não tiver feito até ao momento do transito da condemnação em julgado.

Quanto á terceira omissão, é indesculpavel; porque exprime o seu objecto um espirito da moralidade, de religião, e de humanidade, muito digno de ser escripto com letras de ouro em um Cod. Pen.—O mod. Cod. da Prus. o consigna expressamente no §. 8.º Fica, por tanto, intacta a gloria, que resulta aos colaboradores da Ref. Jud., porque ella servirá, porque é impossível, moral e religioso, deixar de servir, de complemento ao presente Art., não obstante o seu silencio. ¹

¹ A Ord. do Liv. 3.º tit. 137.º §. 2.º, exprime-se a este respeito nos seguintes termos:

« E as pessoas, que por justiça houverem de padecer, se notificará a sentença um dia á tarde a horas, que lhes fique tempo para se confessarem, e pedirém a Nosso Senhor perdão dos seus peccados.

« E depois que forem confessados, estarão com elles algumas pessoas religiosas, para os consolarem e animarem a bem morrer, e assim mais outras pessoas que os guardem.

« E ao outro dia seguinte pela manhã lhes darão o Santissimo Sacramento, e se continuará em estarem com elles as pessoas religiosas, e os que os guardam.

A par das omissões apontadas, que tornam complementar do Cod., no objecto do Art., a Ref. Jud., apparece aqui uma novidade, que temos por um desacerto. O Art. não se limitou a declarar, que a execução se verificaria em *lugar publico*, como estava dito na mesma Ref., acrescentou —

« E ao terceiro dia pelo manhã se fará no condemnado a execução de morte com effeito, segundo em a sentença fôr contendo.

« E se no lugar houver confraria da misericórdia, seja-lhe notificado para irem com elle, e o consolarem.

« E havendo-se de fazer execução de morte no lugar, em que estiver cada uma das relações, o capellão dello será obrigado a confessar os condemnados, e ir com elles até o lugar deputado para a tal justiça, esforçando-se com palavras, com que murram bons christãos, e recebam a morte com paciencia. »

A Ord. Man., no Art. 80.º, não marcava tempo algum de demora entre a intimação ao condemnado e a execução da sentença, e antes determinava, que logo fosse feita e o mais cedo que honestamente se podesse fazer dando-lhes tempo que raramente se podessem confessar; ou que a intimação se lhes fizesse a tales horas, que lhes fiquem tempo para se confessarem e reconhecerem ante Nosso Senhor suas culpas.

Vê-se destes dois Cod., comparados, entre si, e com o silencio guardado a semelhante respeito no Cod. Afonsino, a repugnancia progressiva á pena de morte; e que, para ser reconciliada com a Religião, e com a honestidade publica, se devia converter a morte dos condemnados, em meio da salvação eterna. Esta penitência, por tanto, ficou considerada um beneficio, para a sociedade, em quanto a livrava de um criminoso, e para o condemnado, em quanto, com mais promptidão e probabilidade, em compensação da perda da vida, lhe abria as portas do Céu. A idéa de vingança publica, que dictava a lei, e fomenta a condemnação, desaparecia na execução, acompanhada de actos de indulgencia e commiseração! Notavel contradicção!

O Decr. de 6 de Julho de 1762, nas expressões, que emprega, sustentando os embargos á sentença de morte, ainda, que simultaneamente com a petição ao rei, manifesta o mesmo pensamento de salvação eterna por meio do supplicio, dando aos condemnados por esses embargos, menos um recurso contra o julgado, que o tempo necessário para alcançarem a felicidade eterna por meio do ultimo desenganço, e praticarem todos os actos catholicos, conducentes a impetrar da misericórdia Divina o perdão de suas culpas, e acabarem justificados com a graça final.

Neste sentido, a pena de morte é eminentemente moral e reparadora; e assim apreguada pela legislação, perde toda a sua força com relação ao principio da utilidade e do exemplo. Apreguada, dizemos, pela pia crença do legislador, e não por uma idéa de *hypocrisia politica*. Mas se esta pia crença, não pôde captivar um resultado tão feliz de salvação, e unicamente a esperança; que tremenda responsabilidade não assumem os homens, que pensam na vida futura, em correr o risco de agravar a pena de morte com uma serie de males sem fim? Abyssus insondavel, e incomprehensível, é este, que o legislador christão deveria ter presente ao decretar a extirpção de um criminoso!

Nota-se, todavia, que os soccorros da Religião, que se mandam subministrar aos condemnados á morte, são, como é expresso neste Decr., os da Penitencia e Eucharistia. O da Extrema-Unção não se lhes subministra, e isto pela razão de que tales condemnados se não reputam *infermos*.

« precedendo e concorrendo todos os actos e formalidades necessárias para que haja a maior publicidade. »

É precisamente o contrario o que convinha estabelecer.

« La peine de mort doit être exécutée avec l'appareil « salutaire et redoutable, que réclament la gravité du crime « et celle du supplice. » se diz tambem no Comm. Off. do Cod. da Bav.

Pacheco, no seu comm. ao Cod. Pen. Hesp., diz, que a publicidade é uma condição triste, mas necessaria, do castigo, de que se trata: que impor. e dar a morte em segredo, seria uma crueldade horrivel, porque seria despojar a pena do que mais a recommenda, o exemplo e a intimidação, que, sem publicidade, a pena ficaria reduzida a um acto de mera vingança, e nos transportaria da justiça á barbaridade; do seculo XIX ao seculo XI.

Mas, 1.º vai muita differença de uma execução, que consta de um modo authentico e solemne, a outra, que seja feita mysteriosamente ou em segredo: 2.º o que val esse exemplo e essa intimidação já nós o apreciamos: 3.º deve-se evitar que o povo corra a assistir ao apparatus de um supplicio, como correria a ver uma grande curiosidade, uma feira, uma romaria, uma corrida de touros: 4.º que é o baixo povo, os homens das infimas classes, que ou vão presenciar, com indifferença ou compaixão, semelhantes espectaculos, ou que, sem sentimentos de piedade, vão aggravar, pela sua presença, a dolorosa situação do padecente, demonstrando já nisso mesmo um coração endurecido, um grande passo para o crime; 5.º que a consciencia publica, a opinião dos homens illustrados, ou de melhores sentimentos e educação, reprovam esse apparatus de publicidade, por isso que em taes occasiões fogem para longe dos logares do supplicio, evitando até passar pelas ruas, em que se possam encontrar com o padecente.

Dos assistentes uns concorrem ao supplicio, como concorriam os romanos a ver lutar os condemnados com as feras; outros concorrem levados da curiosidade, ou por ociosidade, e

« D'ailleurs est-ce uniquement d'après les sentiments des spectateurs d'un supplice qu'on doit juger les effets de la menace et de l'exécution de la peine? La connaissance de la loi, la connaissance du jugement, le récit de l'exécution, sont tous des faits qui produisent leur résultat. » Rossi, Liv. 3.º, Cap. vi, vol. 3.º

veiam cheios de horror, não contra o crime commettido, mas contra o atentado á vida do homem, perpetrado á sombra da lei: outros, dominados de sentimentos baixos de atroz vingança, applaudeam, quando a sociedade se cobre de luto, e clamam: « é bem feito, mil vidas que tivesse, mil vidas a devir perder, pena foi que a operação da força fosse tão rápida, e o executor tão destro; » outros fogem espavoridos, ou evitam o espectaculo, dominados de sentimentos de compaixão e de piedade, e salvariam a vida ao condemnado, se podessem, e censuram, por tanto, indirectamente a indifferença, ou a injustiça relativa, do Poder Moderador: outros possuidos do sentimento religioso, passam os momentos da execução em preces dirigidas ao Supremo Author da vida, rocciando pela salvação eterna do suppliciado, e fundando esse receio em que, por entre as agonias da morte, mal poderá elle ter o recolhimento da alma necessario para se compenetrar de um sincero arrependimento de seus crimes; outros, incapazes de remorsos, endurecidos nas intenções maledicas, ou embebedos nas doutrinas utilitarias, quer concorram, quer não concorram, a tomar parte directa na cumplicidade legal da morte de seu semelhante, dirão friamente: « é uma triste necessidade, é um monstro de menos que fica, é o direito de defesa individual exercido pela espada da lei, é o corte do membro pódre para mais não infeccionar o corpo social; » e outros theoremas solisticos, com que mal se pôde hoje, não dizemos justificar, coonestar, o assassinato legal.

Eis-aqui a que se reduz a moralisação de um destes espectaculos, que horrorisam e não emendem, que espantam e não corrigem, que provocam ao crime e não intimidam!

Nesta recommendação da maior publicidade, feita no presente Art., se manifesta a preocupação do legislador, que lhe faz preponderar o desejo de prevenir o contagio do crime pela intimidação.

Quer elle, sobre tudo, ferir a imaginação dos homens pelo grande e solemne apparatus do supplicio. A intenção é boa, mas os resultados não lhe tem correspondido, não lhe pódem corresponder.

A maior publicidade é uma exaggeração perniciosa, que só pôde ser exemplar para contagio de crimes analogos á tragedia, que ao vivo assim se representa. Ao exemplo dado pelo crime se junta o exemplo dado pelos executores da

condenação penal. E, não só o criminoso, mas a sociedade, que pelo exemplo demonstra, que não é só Deus quem, de facto, pôde dispôr da vida dos homens.

Todos os authores, diz Carnot, são acordes em affirmar, que as mortes e assassinatos, que se commetteram no século xv, não se reproduziram de uma maneira tão afflictiva para a humanidade, senão em consequência dos espectáculos de sangue, que nesses tempos desgraçados, acostumaram o povo á ferocidade.

Apesar do que se diz no cit. comm. off. do Cod. da Bav., vê-se do Cod. de Proc. Cr. daquelle paiz, Art. 381.º, que a execução de morte se mandava fazer ao romper da aurora « *l'exécution aura lieu de grand matin*, » isto é quando quasi toda a gente se acha ainda entregue ás doçuras do sono.

O regicida, que tentou contra a vida do Imperador Napoleão II, foi executado tão cedo, que Paris, apenas acordava, quando teve noticia do acontecimento. Em Bruxellas deu-se ha pouco o facto de se combinarem todos os mestres das escolas publicas em exigir, sob pena de eradição, que todos os alumnos estivessem presentes nas mesmas escolas durante uma execução de pena ultima. Tambem recentemente o governo da Bav. resolveu acabar com essa maior publicidade, ordenando que a execução não tivesse lugar, se não dentro dos muros das prisões.

Quanto ao modo de se dar a morte concorda o Art. 89.º do Cod. Hesp., e outros.

Desde o reinado de Luiz Filipe, a pena de morte cessou em França se fazer com a maior publicidade, que tão inadequadamente o Art. aquí determína e recommenda.

Foi despojada, esbuihada, da praça publica, e deportada para os subúrbios mais remotos. Hoje se dissimula e se esconde, quanto é possível. E durante a noite, que se eleva defronte da cadeia o cadafalso, e para a cabra, que, terminado o seu officio, mal via a luz do dia, se vai occultar.

Faz-se tucumba, tímida, vergonhosa, e cobardo. « *Elle fut le moins et le plus vite possible, comme un assassin qui a peur de son forfait.* »

Na referida epoca de Luiz Filipe, em presenca da ordem pública formal, que assim abolia a maior publicidade, discordavam dois magistrados sobre a conveniencia do lugar de uma execução. No calor da discussão, um d'elles advertia, que, fazendo-se a mesma execução em lugar contrario á ordenança, ella seria nulla.

Como nulla? exclamou o magistrado superior, e não podendo deixar de soltar uma gargalhada, acrescentou: « *Elle ne serait pas nulle pour le public, j'imagine.* »

Tinha razão. Entre os vícios da pena de morte, o maior é, o de ser irreparavel. O processo da sua execução não pôde ser annullado!

A Lei Romana, admittia a forca, o fogo, e a decapitação, o deveramente pelas feras e outros modos.

O Cod. Fr., Art. 12.º, conservou a decapitação na guilhotina. — « *Tout condamné à mort aura la tête tranchée.* »

O Cod. Napol., Art. 4.º, admittiu a decapitação, a forca, o fuzilamento. A decapitação tem lugar sempre que a Lei não disponha expressamente, que a morte se execute na forca. O fuzilamento tem lugar, quando imposta a pena de morte por uma commissão militar ou conselho de guerra. Concorde com estes tres modos de matar o Cod. das Duas Sicílias.

Em todos os Cod. mod. de Allem. adoptou-se a decapitação ou degolação.

Houve tempo na França, que a decapitação era um privilegio da nobreza, e a estrangulação só era partilha dos plebeos. O primeiro modo de execução não era infamante, como se reputava o segundo; antes o baver em uma familia muitas decapitações era demonstração segura de nobiliachia!

Por um Decr. de 21 de Janeiro de 1790 foi assentado, que a decapitação, e por meio de um machinismo, a que se deu o nome de guilhotina, por ser uma imitação de outro aperfeiçoado pelo Dr. Guillotin e praticado na Escocia, seria o unico genero de execução da pena de morte; não para destruir a idéa infamante do supplicio, mas por um sentimento de humanidade, e para abreviar e tornar menos dolorosos os ultimos instantes do paciente. ¹

¹ Já expozemos no Art. 32.º, vol. II, pag. 124, que a morte pela decapitação, ou pela estrangulação, é sempre morte cruel, e dolorosa; e que alguns doutores sustentam, que, por mais rapido, que seja, o methodo da guilhotina, ha sempre uma dor postuma:

- « Em fim se a cabeça se separa
- « Do corpo, este pois ainda convulsa
- « O calar, e da vida tambem restes.
- « Faces animadas, olhos abertos,
- « Até que o restante de sua alma
- « Pelos nres vãos, e se dissipa.

Lucrecio Caro, pelo sr. Ferraz.

Nas forcas, ou guilhotina, a lei é igual hoje para todos, á excepção dos crimes militares de pena capital. Assim como em França se demoustrou pela guilhotina a decapitação, que era um privilegio dos nobres, tambem entre nós ficou generalizada a forca, para que infame todos os criminosos, qualquer que seja a classe a que pertencem. De resto,

Entre nós acha-se hoje estabelecido em regra, desde o Decr. de 16 de Maio de 1832, Art. 227.º, que a execução da pena de morte se faça na *força*, o que se conservou até a Ref. Jud. em vigor, Art. 1203.º

Do que fica exposto se vê, que a morte na *força* não é a simples *privação da vida*, mas é morte affrontosa, morte sempre aggravada. E tanto isto é assim, que para os militares, conservámos, em regra, o *fuzilamento*, como privilegio, como genero de morte menos *affrontoso*.²

Em vista do Art. 52.º, os fidalgos não poderiam reclamar a menor excepção, por isso que no momento da execução, e desde que a sentença transição em julgado, ficavam reduzidos á condição de plebeus.

Mello Fr., no seu Ens. de Cod. Cr., tit. LXV, §. 2.º, descrevendo a execução da pena de morte, quer que o condemnado seja conduzido pelas ruas e praças publicas ao logar do supplicio; com as mãos presas: uma corda ao pescoço; alta branca; e rotulo nas costas, que declare o seu crime. Desse mesmo a preservar todo o mais apparato deste lugubre cortejo, exigindo que dons Ecclesiasticos façam parte d'elle para ajularem o condemnado a bem morrer; e até marca o objecto de uma *bene oração*, que um d'elles, no momento mais proximo do supplicio, lhe deve dirigir. E, em fim, conclue por ordenar, que no dia da execução se pratiquem *pross publicas* em todas as igrejas e conventos da cidade. R assim, que os legisladores Christãos fazem calar os clamores da sua consciencia, procurando conciliar a Religião com a Politica!

Tanto isto assim é, e assim se reputava, que os nobres, como isentos de pena vil, eram, por isso, reservados de receber a morte na *força*. Argumentava-se com a Ord. do Liv. 3.º tit. 138.º pr., ainda que mal e indevidamente, pois que ali somente se considerava pena vil a de *acoutes ou degradado com barato e pregão*. Quanto á pena de morte somente era privilegio da nobreza, que não pudesse ter lugar a execução sem ordem expressa d'El-Rei.

Effectivamente, assim como ha exemplos de execuções pela degolação, também os ha pela *força*, e outros methodos praticados contra os pobres, e principalmente quando, por virtude da lei, ou pela sentença, eram exautorados da nobreza.

Todavia, é certo, que, entre nós, se liga a idéa de vileza á morte dada na *força*, e por isso ainda hoje, salvos os casos exceptuados, os militares a recebem pelo *fuzilamento*. Basta, para manter esta opinião vulgar, a idéa desfavoravel, que ligamos á pessoa e ao mister de um carrasco, ou de assassino legal, quando exerce o seu officio pelo *matadão*, que lhe é preciso empregar.

Sem duvida, que nenhum genero de morte violenta dispensa a co-opeção dos agentes legaes, mas faz differença armar um machinismo, empregar um instrumento cortante, ou disparar um fuzil, de montar sobre o corpo do seu semelhante, para segurar a estrangulação. A vileza do carrasco se transmitta á seus substitutos, segundo a praxe. O juiz na falta d'elle podia obrigar um rancheiro, um cortador, um esfolador, um moleiro, etc., donde vinha, e ainda hoje vem, o maior favor, com que são consideradas essas profissões. Hoje ninguém, na falta de lei, que assim a ordene, pôde ser obrigado a prestar semelhante serviço; nem mesmo outro condemnado á morte. Grande será o grau de corrupção da parte deste, se voluntariamente preferir viver perpe-

Aos outros motivos, pois, de aggravação da pena resultantes dos pretendidos effeitos, que, segundo o Art. 52.º, nascem da pena antes da pena, accresce este modo de execução.

Além do horror, que entre nós inspira a morte na *força*, não infelizmente horror ao crime, que assim é punido, mas á corda, e ao executor d'alta justiça, torna-se mais condemnavel este genero de morte, se o contemplamos com relação ás mulheres criminosas, e condemnadas a esse supplicio.

Na convenção nacional de França, M. Villetar havia proposto, que se pronunciasse a abolição da pena de morte, quanto ás mulheres. Justa ou injusta, aos olhos da moral, esta pena não podia ser poupada ao sexo feminino, com quanto digno, por certo, de toda a contemplação do Legislador, sendo a mesma pena sustentada para os homens.

Não tinha, pois, Villetar, na proposta excepção, a razão que teria, se geralmente propozesse a abolição da pena de morte para todo e qualquer cidadão.

Mas, sem prejudicar a execução da pena por outro meio, a *força* para as mulheres tem o quer que seja de tão contrario á decencia e á moralidade publica, que podia ser abolida, sem ser offendido o principio da igualdade perante a lei penal; pela mesma razão, que o Cod. no Art. 72.º, não considerou offendida essa igualdade, declarando, que não poderão ser condemnadas a *trabalhos publicos* como os homens.

Antes da revolução franceza já na Alemanha os executores d'alta justiça se distinguiam na capacidade e pericia, que tinham, para decapitar com rapidez pela pratica adquirida em decapitar as mulheres, que fosse qual fosse a sua condição, não soffriam de outro modo o ultimo supplicio.

Por ultimo notaremos sobre a materia, que o Cod. da Bav., Art. 105.º, determina:

« En matière de crimes capitaux... si la durée de la dé-

tenuente em prisão com semelhante encargo. Contrahie, por esse facto, a escravidão mais affrontosa, e mais immoral, das que tem vindo ao mundo; e gosa, por tal preço, o privilegio exclusivo de viver como instrumento de sangue; privilegio, que outros condemnados não podem gosar, senão quando o limitado numero dos carrascos e seus substitutos tenha vagaturas! Seja mais esta uma pedrada lançada contra semelhante genero de morte, e contra a pena em si mesma!

« tention soufferte à tort est de deux ans ou plus, elle em-
« pêchera l'application de la peine de mort elle même. »

Por analogia desta disposição, desejariamos ver consi-
gnado: 1.^o que, decorridos dous annos ou mais, contados
da data da condemnação, sem baixar Resolução do Poder
Moderador, se presume concedida a commutação na pena
immediata, estando o réo preso; 2.^o que, não estando o réo
preso, porque se tenha evadido, ou tirado da prisão, se sub-
intenda a mesma commutação, passados dez annos, a contar
da mesma condemnação, não havendo elle commettido nesse
intervallo algum crime ou delicto.

Na primeira hypothese, devem-se tomar em conta as
agonias do condemnado, entre a esperança da vida e o tem-
or da morte. Na segunda, deve-se tomar em consideração,
que o alarma social tem muito perdido da sua intensidade,
passados muitos annos depois do crime, e que a conducta
inoffensiva posterior do criminoso, estabelece a presumpção
do seu arrependimento, além das suas inquietações e re-
morsos durante o seu homisio, destierro, ou emigração. A
hypothese prevista no Cod. da Bav. também seria digna
de ser attendida. Sempre que a detenção preventiva, fôr ex-
cessiva, ou a prisão de segurança depois da condemnação
fôr exorbitante, ou houver decorrido metade do prazo de
prescrição ordinaria, a execução da pena de morte de-
veria ser impedida como *extemporanea*; porque já é mais q
simples privação da vida. É sempre *aggravada de facto* co
os incommodos já suportados.

ARTIGO 91.^o

§. 1.^o Não se executará a pena de morte nos do-
mingos, dias santos, semana santa, e dias de gala.

Transcreveu-se para aqui, por outras palavras, o que
dispôz a Ref. Jud. Art. 1202.^o: « Salvo sendo domingo,
dia santo, ou de festividade nacional. »

Concorda o Cod. Hesp. Art. 89.^o; Fr. Art. 25.^o, e Cod.
do Braz., Art. 39.^o¹

A pena de morte não é, pois, um acto de justiça abso-
luta. Se o fosse nada teria de repugnante com a religião. Se
é nos dias santificados, que, especialmente, os Geis buscam
o tribunal da penitencia, satisfazem ás penas canonicas, a jus-
ticia social não deveria ser impedida de impôr as suas pena-
lidades aos que offenderam a mesma justiça.

Importa, mesmo, uma restricção á maior publicidade,
que o Cod. exige, por isso que é nos domingos e dias san-
tos, que o povo interrompe o seu trabalho, e nos dias não
santificados é distrahi-o desse mesmo trabalho, querer que
ello concorra a presenciar os supplicios.

Assim como os actos judiciaes de arrematação, que são
de execução de sentenças civis, não só se authorisam, mas

¹ A Ord. Fr. de 1670 Art. 26.^o Art. 21.^o, queria, que as sentenças,
fossem executadas no mesmo dia, em que fossem proferidas. O Cod. Fr.,
no lugar citado, não alterou esta disposição somente com relação á pe-
na de morte, pois é concebido em termos geraes, comprehendendo to-
das as condemnações sem excepção, e particularmente as que respei-
tam á pena de prisão. Entre nós nada ha legislado para esta hypothese,
que é possível dar-se, quando um réo qualquer, por não estar pre-
sente na audiencia de julgamento, se livrar solto, ou fôr processado,
como ausente, tanha de ser capturado depois da sentença. Motivos de
segurança da pessoa e da pena podem justificar a prisão, posto que
em dia feriado: mas não é menos certo, que a execução começa desde
esse momento, assim como, que a regra do Art. deveria ampliar-se aos
casos da fiança, que não deve de facto ser quebrada em taes dias.

se ordenam preceptivamente, nos domingos, ou dias santificados, como é expresso no Art. 600.^o da Ref. Jud. exceptuando Lisboa e Porto, porque é nesses dias, que se verifica a maior publicidade, assim também, pela mesma razão, para que o exemplo do supplicio podesse ter mais espectadores, se deveria ordenar, ou, pelo menos, não prohibir, que tivesse lugar em taes dias.

Se o supplicio da pena de morte é uma lição pratica de moral social, que vem em auxilio da que ensinam e pregam os ministros do altar, que tem essa lição de repugnante á religião?

E se repugna, se se intende, que se ultraja a Divindade, derramando-se o sangue dos homens, porque hade essa consideração ter menos força nos dias consagrados ao trabalho? O trabalho é o pai de todas as virtudes, assim como a ociosidade é a mãe de todos os vicios: e não quereis distrahir os espectadores da oração, e os quereis distrahir do trabalho?

Responda-se, como se quizer. São tantos, os inconvenientes e contradicções, que acompanham a pena de morte, que será muito difficil salvar delles a execução da mesma pena.

Quanto á prohibição nos dias de festividade nacional, politica ou religiosa, por uma razão especial, mas mais verdadeira, a execução se torna incompativel com a moral publica. Não se compadece uma scena de luto e dôr com as galas e alegria, que devem inspirar dias de jubilo ou de recordações gloriosas.

ARTIGO 91.^o

§. 2.^o Os corpos dos suppliciados serão entregues aos seus parentes, se os reclamarem, para lhes fazerem o enterro sem pompa alguma. Art. 32.^o; 52.^o; 78.^o, §. 1.^o; 102.^o

A Ref. Jud., no Art. 1204.^o, determinava já — os corpos dos enforcados serão entregues aos seus parentes, sendo reclamados por elles.

O presente §. transcreve a mesma disposição, mas acrescenta: — para lhes fazerem o enterramento sem pompa alguma.¹

Ha, portanto, novidade nesta segunda parte, o que parece ter por fim reproduzir a disposição textual do Cod. Fr. Art. 1.^o — à la charge de les faire inhumer sans aucun appareil.

Mas este additamento, que não se achava no Proj. d-Cod. Fr. de 1810, tendo sido adoptado, como se vê da discussão, que houve no conselho de estado, para se prevenir o escandalo, que, algumas vezes, haviam dado familias poderosas, de fazer enterrar com pompa os cadaveres dos culpados, que lhes pertenciam, a fim de provocar a compaixão publica, segundo a observação do conselheiro *Fermont*, não tem,

* O Cod. Hesp. Art. 93.^o, assim como, do Braz., Art. 42.^o, contentavam-se com prohibir a — pompa —. O presente §., admitindo o termo, como traducção de — appareil — não o julgou sufficiente, acrescentando-lhe o exclusivo — aucun — para assim tornar mais absoluta a sua prohibição.

Entre um enterramento singello e o pomposo por excellencia, ou fóra do commun e ordinario, ha diversas gradacões, tanto nas encomendações e officios religiosos, como na condução, acompanhamento, e deposito do cadaver. O §., assim concebido, parece excluir toda e qualquer demonstração publica, que seja superior á que costumam praticar, a respeito dos seus finados, as pessoas mais pobres da sociedade. Exagerações semelhantes não tem utilidade alguma, mesmo apparente, como bem nota Pacheco, ao cit. Art. 93.^o do Cod. Hesp.

a nosso vêr, fundamento solido, e boas razões tiveram os redactores da Ref. Jud., para o supprimir.

Treillard, esse mesmo orador, que tinha advogado a morte civil, a confiscação de bens, a marca de ferro quente, etc., refutou essa consideração, com dizer, que a vingança da lei não devia, em caso algum, ser exercida sobre um cadaver; que não podia presumir-se, que as familias tivessem grande complacencia em renovar as recordações do supplicio pelo contraste da pompa dos funeraes: que, se acintosamente os quizerem fazer assim para causar escandalo, facil seria impedil-o pelos meios policiaes: e que, de resto, semelhante acontecimento não viria mais que uma vez em cada seculo.

Além destas razões ponderámos: 1.º que, se os direitos da sociedade sobre o homem morto se extinguem, com relação ao crime, que não chegou a ser punido, como é expresso no Art. 119.º, com mais forte razão se devem julgar extinctos, quando o crime foi punido, e com a maior das penas.

2.º Que o cadaver, se pertence a um individuo, que teve uma familia, pertence a essa familia: e se a disposição da 1.ª parte do §., não é um favor da lei, mas o reconhecimento de um direito, deve esta consideração produzir todas as suas legitimas consequências, sem outras restricções mais que as justificadas por uma necessidade, *moral ou social*, bem demonstrada.

3.º Que, se o Art. 52.º reconhece nos herdeiros o direito de succeder ao finado, era effectivamente logico reconhecer-lhes o dever de o dar á sepultura. e, por tanto, o direito não só sobre o cadaver, mas aos meios decentes e inoffensivos de ordenarem os obsequios funebres, ultima consolação de parentes desolados por uma desgraça, que não pôde deixar de affectar profundamente uma familia. 4

4.º Que as idéas moraes e religiosas reprovam semelhante restricção.

Se a sociedade acredita piamente na efficacia dos auxilios, que presta ao condemnado, para que o arrependimen-

1. Atam do parentesco de sangue, ou da afinidade, ha o parentesco de affectão, ou de amizade. Podem os consanguineos, ou affins, envergonhar-se de reclamar o cadaver de um suppliciado, que lhes é ligado: pode mesmo este não ter parente algum, mas ter amigos, ou conhecidos, que desejem prestar aos despojos mortaes da acção da justiça social os ultimos officios fune-

to o acompanhe nos ultimos momentos da vida, a sociedade não deve ser inexoravel, quando a Divindade perdôa. O homem, que morre na forca, em seu pleno estado de razão, assistido de todos os soccorros espirituaes, é mais digno de ser enterrado com pompa, que outro homem, não criminoso, nem condemnado, mas de costumes desregrados, que passou por irreligioso, e morreu sem confissão. A presumpção de arrependimento final é mais forte no primeiro, que no segundo, e se nada obsta para que este seja pelos seus parentes enterrado com pompa, com mais razão, o deve ser aquelle.

4.º Que semelhante disposição é inadmissivel nos seus termos vagos e indefinidos — *sem pompa alguma* — porque, esses termos absolutos excluem toda a sorte de acompanhamento, ou demonstração, civil ou religiosa, que tenha publicidade.

Se a familia do suppliciado, ou algum dos seus parentes, quizer fazer celebrar em uma igreja officios *de corpo presente*; com missa resada ou cantada; a cantoria ou com instrumental; se depois fizer conduzir o cadaver ao cemiterio publico, em berlinda maior ou menor; se os amigos ou parentes do finado ou da familia, quizerem acompanhá-lo a pé ou de sege: que hade fazer a authoridade publica?

Hade interromper a cerimonia religiosa; perturbar e dissipar o sequito; fazer retirar o cadaver da berlinda; appear os acompanhadores; promover o processo, como de contra-venção ou assuada, contra todos os co-authores da infracção da lei; prevenindo assim um escandalo com outros maiores?

O Cod. do Braz., Art. 42.º, tinha melhor providencia do sobre o caso, porque, ao menos, acompanhou a sua disposição, concorde com o Cod. Fr., da competente saneção, comminando a prisão aos infractores, adoptando assim a emenda, que *Cambacères* havia proposto.

bres e de piedade christã. Nesse caso a lei deveria, por uma consideração de moralidade, authorisar a entrega do cadaver a esses amigos ou conhecidos. Assim o providenciou expressamente o Cod. dos Paizes Baixos, tit. 2.º, Art. 9.º — « Les corps des suppliciés seront délivrés à leurs familles, à amis ou connaissances. » — O mesmo se encontra no Cod. Resp. Art. 92.º e entregandolo á sus parentes ó amigos» como era já consignado nas leis dos paridos; Lei 11, tit. 31.º, P. VII « sus parentes, ó homes religiosos ó outros qualesquier » e no Cod. de 1822, Art. 46.º, exceptuados os dos condemnados por traição ou parricídio.

Além disso, pôde entrar em duvida, se as palavras — *enterro sem pompa alguma* — comprehendem a prohibição da compra de um bocado de terreno no cemiterio publico, aonde a sepultura possa ser coberta com uma lage, ou lousa, contendo algum epitaphio, como a avisade, a piedade, ou a graúdaõ de parentes, ou amigos, possa inspirar.

O §. sómente prohibe toda a sorte de pompa no *enterramento*: fóra desse acto pôde ser entendido, que não é lícito aggravar essa disposição, e que, por tanto, pôde ser subrogada a pompa do enterramento, pela construcção e erecção de um sumptuoso monumento, que cubra a sepultura.

Outros, porém, argumentando com o espirito da lei entenderão o contrario. O Cod. Hesp. de 1822, Art. 46.^o, prohibia expressamente semelhante procedimento; pois ordenava, que a sepultura ecclesiastica fosse dada no campo; fóra dos cemiterios publicos; sem que podesse collocar-se signal algum, que designasse o sitio em que se tinha aberto e fechado a cova. No cemiterio do P. *Lachaise*, em Paris, ainda hoje se mostra o sepulchro do marechal *Ney*, coberto com uma lousa sómente, na qual o governo de então não havia permitido se gravasse, nem se quer o nome.

Acerasce: 1.^o que a pompa funebre pôde consistir, não só no enterramento e na sepultura, mas nos funeraes ou exequias, que os parentes e amigos do condemnado podem, *depois do enterramento*, fazer celebrar com todo o apparato, sem que possam ser arguidos de violar a disposição da lei: e assim fica a descoberto um meio de subrogação da *pompa funebre* prohibida:

2.^o que o §. é inutil, se a pompa dos enterramentos, sendo *arbitraria*, consiste nos actos reprovados pela pragmática de 24 de Maio de 1794, Cap. 17.^o; ou se consiste nas honras civis ou militares, devidas ou inherentes á posição social do condemnado, e entram assim na ordem das consequências da morte civil, perda de direitos politicos, e de distincções de nobreza, que acompanham a pena de morte, conforme ao Art. 52.^o e 67.^o do Cod. Em ambos os casos a disposição do §. era desnecessaria:

3.^o que se a pompa consiste nas ditas ceremonias religiosas, não previstas nem prohibidas pela cit. Pragmatica, ou consiste no cortejo de pessoas que assistam aos officios e orações ou encomendações na igreja, ou consiste no acompanhamento do cadaver ao cemiterio, o §. não pô-

de prohibir semelhantes actos sem manifesta violação contra os cidadãos, que assim praticam, não só um acto religioso, mas innocente, e louvavel, como fundado em afeição, gratidão, amisade, ou reconhecimento de injuria, pessoal ou social, para com o suppliciado ou pessoas da sua familia.

Esses cidadãos consolam tambem por semelhante fórma, parentes desolados, e lues significam, que nada perdem na estima publica, pela desgraça, que soffreram n'um dos membros da sua familia, pois que as penas não passam da pessoa do delincente.

O abuso, se pôde existir, não é motivo justo, para fundamental, em termos absolutos, a prohibição da *pompa* no enterro dos supplicados. Esse *abuso* deve ser considerado em si mesmo, e declarado então punivel, mas não a *pompa*, que, em si mesma, é inoffensiva. * Esse abuso só poderia, quanto aos crimes politicos, ser considerado punivel, tomado como signal de desapprovação publica, manifestado por um partido ou facção: mas, achendo-se abolida a pena da morte em crimes taes, o abuso é tão impossivel, como é legalmente a mesma pena.

Antigamente uma das penalidades em uso, era a da *privação da sepultura*. Na China, entre os spartas, entre os francezes mesmo, foi ella prescripta.

Povos tem havido, que tem mandado queimar os criminosos, e espalhar as cinzas, para que o vento as leve: outros que tem ordenado, que sejam expostos os cadaveres no campo, para pasto dos abutres e dos cães: outros, que se tem limitado á interdicção da sepultura religiosa ou canonica. * O fanatismo religioso tem levado muitos padres catholicos, mesmo em nossos dias, a negar a sepultura com as

* Os J. C. fr. procuram justificar esta prohibição, dizendo, que a *pompa* seria um escandalo: Supplem. ao Art. 14.^o do Cod. Fr.—Rogron diz ao mesmo Art.:

« Il ne fallait pas que l'inhumation d'un homme tombé sous le glaive de la loi fit telle, qu'elle pût paraître un insulte aux arrêts de la justice. »

Mas é sempre contraria á verdade moral toda a prohibição da lei, que assenta sómente na possibilidade, ou no perigo, do abuso. A religião, a imprensa, a liberdade, é susceptivel tanto de uso, como de abuso: e será politica e moralmente heito confundir as cousas innocentes com as maleficas, ou condemnar o uso por causa do abuso?

* Em França, sob o imperio da Ord. de 1670, os cadaveres dos supplicados, se não ficavam expostos em postes particulares para ahi ser consumidos pela acção do tempo, eram enterrados em logar especial, fóra do

ceremonias ecclesiasticas, aos duelistas, suicidas, e outros peccadores, que acreditam empedernidos ou impenitentes, e marcados assim com o ferrete da condemnação eterna.

Tudo isto são, e tem sido, vinganças, estereis e cobardes, ou procedimentos, pouco reflectidos, que perseguem um criminoso, sobre o seu cadaver, além da morte.

A disposição penal já não tem objecto, mesmo como vingança, por que a individualidade criminosa, tendo desaparecido da face da terra, já não pôde sentir os efeitos desse excesso de aggravação penal. O exemplo de taes excessos, longe de augmentar o horror contra o crime, sómente serve, para uns, de indignação, e para outros, de incentivo a semelhantes actos.

Hoje taes penalidades são banidas dos Cod. civilizados da Europa, mas ainda se considera um favor a entrega dos cadáveres aos parentes do morto. Se os não reclamam podem ser levados a um theatro anatomico, para os processos phrenologicos; como se fossem uma *propriedade* do Estado.

A nossa Ref. Jud., no cit. Art. 1204.º, conservou a disposição do Art. 14.º do Cod. Fr., mas repelliu os seus termos condicionaes, considerando o direito dos parentes sem restricção alguma. O nosso Cod. Pen., recuando, restituiu a restricção. Assim ficaram no Cod. vestigios da vingança publica sobre os cadáveres dos suppliciados!

Entendemos, pois, que a disposição da nov. Ref. Jud. é preferivel á do Cod. nesta parte, e que merece, por tanto, ser restituída. Felizmente não pôde vir daqui grande mal, nem escandalos, porque ainda, que não fossem rarissimos os supplicios na força, rarissimos, quando não inverosímeis, seriam os casos, em que a restricção deste §. 2.º do Art. podesse ter applicação; o que demonstra a sua completa inutilidade!

logar commun. Estes postes foram abolidos pela assembleia constituinte. Decr. de 13 de Abril de 1793. Alguns tribunais de justiça haviam proposto então que fossem enterrados os cadáveres ao correr das grandes estradas, e junto um grande mastro com um letreiro, que designasse o nome, sobre nome, residência, e crime do suppliciado. Mas essa proposta foi unanimemente rejeitada; por que seria um modo indirecto de se resuscitar o prejuizo, que se queria combater, e affligir familias innocentes em razão do crime de um de seus membros, como nota Carnot. ao cit. Art. 14.º do Cod. Fr.

Os Cod., que imitaram o Cod. Fr. nesta parte, não merecem ser seguidos.

Julgámos muito mais acertada a disposição, muito diversa, adoptada pela assembleia constituinte, na lei de 21 de Janeiro de 1791. Art. 4.º, authorizando a entrega do cadaver, sem outra restricção mais, que de se não fazer menção alguma, nos respectivos assentos ou registos do decesso, nem do genero de morte, que o produziu.

ARTIGO 92.^o

Nas mulheres grávidas não se executarão as penas corporaes, excepto a pena de prisão correccional, senão passado um mez depois de terminado o estado de gravidez. Art. 32.^o; 78.^o §. 1.^o; 102.^o; Carta Const. Art. 145.^o §§. 17.^o, 18.^o, e 19.^o

Era omissa a nossa legislação a semelhante respeito, e, com tudo, na pratica não poderia ter lugar a execução da pena de morte, em taes circumstancias, sem que fossem feridos os mais sagrados principios da justiça e da humanidade.¹

Matar uma mulher grávida seria assassinar o ente racional, que ella traz no ventre: punir um innocente, fazer transcender a pena além da pessoa do delinquente: e agravar a penalidade, que não ficaria assim a *simples privação da vida*; contra o preceito dos Art. 32.^o; 78.^o §. 1.^o; 102.^o; e da C. Const. Art. 145.^o §§. 17.^o, 18.^o, e 19.^o

Coporda o Cod. Fr., Art. 27.^o, quanto á pena de

¹ Se não se reputava permitido a um homem, injustamente condemnado á morte, matar em sua defesa, para se livrar da injustiça, o seu carcereiro: porque seria authorisar a morte de um innocente: menos permitido podia ser á sociedade, em sua defesa, matar uma mulher, cuja morte envolve a de um filho innocente, quando a vida social não corre perigo algum pela demora ou suspensão da pena. Ferr. prat. Cr. tr. 2.^o Cap. 2.^o n.^o 9.^o

Se, mesmo, sem lei expressa e especial para o infanticidio, este se considerava comprehendido nas leis penaes sobre o homicidio, como abrangendo tudo quanto respeitava ao embrião, e feto encerrado na matriz, e consequentemente tudo quanto podesse produzir o aborto por fucto violento do homem: Sous. Class. Cr.: com mais forte razão não podia ser permitido á sociedade causar, pela morte da mãe, o aborto do filho.

De resto, como a hypothese se achava regulada por Direito romano, e não podesse pôr-se em duvida a boa razão, em que, a respeito della, é fundado, devia o mesmo Direito ser observado, nos termos que prescrevia a Ord. do Liv. 3.^o tit. 64.^o pr. e a lei de 18 de Agosto de 1760, §. 6.^o

morte, prohibindo a execução, se a mulher declara, e se verifica, estar prenhe.

A execução deve então ser deferida para depois do parto, *après sa délivrance*. E o que também prescreve o Cod. Napol. Art. 67.^o

Esta disposição tem por fonte remota o Direito Romano, e proxima uma Orden. franc. de 1670. A lei de 23 germ., anno III, tinha sido mais longe, não permitindo, que as mulheres, nesse estado, fossem submettidas a julgamento, sempre que ao crime, de que fossem accusadas, podesse corresponder a pena capital.

Carnot lamenta, que o Tribunal de Cassação, por uma decisão de 7 de Novembro de 1811, tenha julgado, que esta Ord. estava *implicitamente* derogada pelo Art. 27.^o do Cod. Pen., porque, diz elle, a Ord. funda-se na supposição bem natural de que uma mulher pejada, sendo coagida a comparecer aos debates de uma audiência de julgamento, cujo resultado pôde ser a sua condemnação á morte, não conserva todo o sangue frio, toda a presença de espirito, de que imperiosamente carece em occasião tão melindrosa e sollemne.

Carnot critica a referida decisão do Tribunal de Cassação, porque, não regendo o Art. 27.^o do Cod. Pen., senão a *execução* da condemnação, nada dispõe que seja incompativel com a Ord. no que determinava, quanto ao *julgamento*. Mas, se a Ord. não foi derogada *implicitamente* pelo cit. Art., o foi pelo Cod. de Instr. Cr., que, formulando novas regras de processo e de julgamento, revogou todas as que se achavam prescriptas anteriormente. Assim o sustentam outros juriconsultos; todavia dizem, que, se a mulher, accusada de crime capital, se achar, em razão do seu estado de gravidez, na impossibilidade de soportar os debates, e ficasse assim exposta a comprometter os interesses da sua defesa, pôde ter lugar o adiamento até á sessão seguinte.²

¹ D. Liv. 1.^o tit. 5.^o l. 18.^a: « Imperator Hadrianus Publicio Marcello « rescriptis liberam quæ prægnans ultimo supplicio damnata est, liberam « parere, et solitum esse servari dum partum ederet. » E Liv. 48, tit. 19.^o l. 3.^a « Prægnantis mulieris consumendæ poena differtur quoad pariat. »

A mesma disposição se encontrava em Hespanha, na lei das partidas, l. 1.^o, tit. 31, P. 1.^a, e dá a razão: « Ca si el fijo que es nacido non debe res- « cebir pena por el yerro del padre, mucho menos la merescé el que está « en el ventre por el yerro de su madre. »

² Assim o demonstram Favard, v.^o *grossesse*; Merlin, Repert. v.^o *pro-*

Concorda mais, quanto á pena de morte, o Cod. do Braz., Art. 43.^o, nos seguintes termos:

« Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, *« nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, se não quarenta dias depois do parto. »* »

Concorda mais o Cod. Hesp., Art. 93.^o, nos seguintes termos:

« No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que « se halle encinta, ni se le notificará la sentencia, en que « se la imponga, hasta que hayan pasado cuarenta dias des- « pues del alumbramiento. »

O Cod. Hesp. de 1822, Art. 68.^o, contém exactamente a mesma disposição, exceptuava, porém, o caso de expressamente consentir a mulher no julgamento, mas nunca permitindo, que a sentença de pena última, lhe podesse ser intimada, senão depois de decorridos os quarenta dias.

O nosso Art. afastou-se muito do que dispõe os Cod. do Braz. e Hesp., porque, nem suspendeu, durante a gravidez, o julgamento da pena capital, nem a intimação da sentença, nem a execução, passados trinta dias depois do parto. Deixámos aos homens da sciência o decidir se depois do parto o prazo de trinta dias é sufficiente, ou se o de quarenta é exagerado. É mesmo possível, e muito natural, quanto ao julgamento e intimação, fosse intenção do legislador regular essa materia em novo Cod. do Proc. Crim. Em todo o

caso; Bourguignon, Man. de Jurispr. Crim., et Hist., Theor. du Cod. Pen., tit. 1.^o p. 316; Sulpici, ao Cod. Pen.; etc.

É digno de todo o elogio este Cod. em assim redigir a sua disposição, em conformidade com a cil. lei de 23 gernal, anno III, assim concebida:

« A l'avenir, aucune femme prévenue d'un crime emportant peine de mort ne pourra être mise en jugement, qu'il n'ait été vérifié de la manière « ordinaire, qu'elle n'est pas enceinte. »

« L'intérêt de la société réclame que l'on diffère des débats, et surtout « une condamnation à la peine capitale, lorsqu'il s'agit d'une femme en- « cinte, chez laquelle des émotions fortes peuvent déterminer favorablement « et d'autres effets fâcheux. » diz Orfila trait. de Méd. lég.: concordam Bayard Man. de Méd. Lég.: Ducorg. Méd. Lég., e outros muitos autores competentes sobre a materia.

O Cod. do Braz. não seguiu os passos retrogrados do Cod. Fr. a este respeito, e não nós seguimos! Felizmente a nossa civilização e costumes, assim como a humanidade e moralidade dos juizes e jurados, podem muito suprir entre nós a deficiência das leis penaes. De resto, todo este objecto, que muito participa da competencia das leis de processo crimine, poderá por ellas ser, não só modificado, mas ampliado, conforme aos principios da boa razão, da moralidade, da justiça, e da philosophia.

caso é certo que este Art. tirou á mulher, que deu á luz um cidadão, que talvez possa um dia vir a ser útil á sua patria, se o supplicio de sua mãe, não fór uma nodosa, *de facto*, indelevel, que o faça repellar do commun dos homens, dez dias de vida, que ella teria ainda, se fosse condemnada em Hespanha ou no Brazil.

Se não considerámos a pena de morte, nem justa, nem necessaria, menos podemos considerar justa, ou necessaria, a pressa na execução:—*nulla de hominis morte cunctatio*.— Quizerámos que, na hypothese da pena de morte, não calhasse o legislador friamente sobre a sufficiencia do prazo da trinta dias, e que antes, seguindo os impulsos de humanidade, que moveram os legisladores daquellas nações, ao menos os imitassemos plenamente. O Cod., porém, de 1837, Art. 15.^o, ainda foi mais severo, porque, passada a gravidez, permite a execução, sem mais demora! *

Sómente n'um ponto seguiu o presente Art. os Cod. do Braz. e Hesp., com acerto, e foi o de não dar attenção ao Art. 27.^o do Cod. Fr., em quanto exige, que a mulher se declare pejada, *si une femme... se déclare... enceinte*: donde resulta, que não é necessaria a declaração da mulher, para que indispensavelmente seja visitada ou examinada antes da execução, e esta se suspenda verificando-se a gravidez. *

Em compensação o legislador foi mais longe, em favor das mulheres nesse estado, ampliando a sua disposição a todas as penas corporaes.

É redundante esta ampliação, quanto aos trabalhos publicos, por isso que as mulheres são isentas de tal penalidade, por virtude do Art. 72.^o Mas é util a respeito da prisão maior, simples, ou aggravada. Donde resulta, que nos ter-

* Isto, porém, é logico. Se a mulher é contemplada unicamente em respeito do fôlo, só se deve esperar, que ella possa, por seu pé, continuar ao supplicio!

* O Cod. Fr., exigindo a declaração da mulher, prevenia a hypothese de ella similhar a gravidez, e deixava no silencio da lei o caso em que a mulher tivesse motivos para a dissimular. Assim podia acontecer, que ella occultando o seu estado, durante os debates, ou mesmo até ao momento do supplicio, tardamente o declarasse, e tivesse, consequentemente, de se suspender a execução. Como dependente a suspensão, dessa declaração, a mulher, que a não fizesse, podia ser executada, embora o seu estado de grávida se suspeitasse, ou se manifestasse por signaes não equívocos. Isto importava, certamente, um absurdo, e bem fez, por tanto, o nosso Cod. em se afastar, n'esta parte, do Cod. Fr.

mos deste Art., as mulheres grávidas não devem sair das casas de detenção preventiva, para os estabelecimentos ou logares, em que tem de cumprir a sua pena, a menos que esta não seja a de prisão correccional.

Não podemos deixar de louvar a rasão e sentimento, que, nesta parte, generalizou a disposição, mas quizeramos, que ella fosse mais ampla, comprehendendo a prisão correccional, e mesmo as multas, quando excedentes a certa quantia. A prisão correccional, principalmente nas nossas cadeias, e ainda as multas, que se resolvem em prisão, por deficiencia de meios, podem muito affectar as mulheres em tal estado, e consequentemente, muito mais moral e acertada nos parece a determinação cit. de Mello Freire, assim como a do Cod. Resp. de 1822, dispondo, em geral, a respeito de qualquer pena.*

Quanto, porém, ás verdadeiras reformas, de que carece a materia legislada no presente Art., não podemos dispensar-nos de fazer mais algumas observações.

* A expressão, de que o Cod. aqui se serve — *penas corporaes* — carece de ser commentada e explicada. Quaes são, no sentido do Art., das penas descriptas no Art. 29.º, 30.º, e 31.º, as *penas corporaes*, e as *non corporaes*? O Cod. não as definiu em parte alguma.

As *penas corporaes* eram a de morte e a de rãte de membra, os acoites, a tortura, a marca de ferro quente, e outras destinadas a fazer soffrer um mal, uma dor, toda vil e infamante, mas puramente corporea, donde lhes vinha nome. Assim se acham enumeradas e descriptas no tit. 137.º da Ord. que se inscreve — *da execução das penas corporaes*.

São o castigo corporal, de que trata o Cod. d'Aust. Art. 17.º, como aggravação da prisão dura, nas varadas ou bastonadas. O da Bav. Art. 4.º, nos acoites: bem como as punições, da mesma natureza, cujo restabelecimento solicitou o governo, em sessão de 6 de Dezembro de 1855, a dieta do ducado de Góta. São as que constituem os *acoites da China*, 1.ª Div. Sec. 1.ª do Cod., como systema principal e unico da penalidade, convergendo pela parte mais delgada do azurraque, e progredindo pela parte mais grossa, a uma escãla ascendente até á morte. Mas, se todos estes castigos corporaes, como cruezs, de que tratava a cit. Ord., foram abolidos pela Corte, e se somente d'elles foi conservada no Cod. a pena de morte, como pôde ser conservada no Cod. a expressão — *penas corporaes*, — como se outras ainda existissem?

Logo o legislador entendeu fallar de outras penas, que admittia, além da de morte: e quaes serão ellas? Por argumento de exclusão, deduzido das palavras — *a excepção da prisão correccional*, — parece comprehender todas aquellas, cuja execução material depende de educação phisica, feita á pessoa do condemnado, uma vez que não consistam em prisão correccional, como fin, ou como meio, da mesma execução; em harmonia com o emprego, que da mesma expressão se acha feita no Art. 350.º e 353.º da Ref. Ind., em contraposição a *penas civis*, a que se refere o Art. 354.º

Sobejam as rasões que, condemnam a pena de morte, como immoral, e contra-producente, em these geral e absoluta. Mas applicada a uma mulher tem alguma cousa de especialmente repugnante, que é mais forte sentir, que demonstrar.

A pena de morte é um attentado, não só contra a vida de um condemnado, mas contra a vida dos homens, que estão por vir. Matar um homem é estancar uma fonte de produção da humanidade.

Mas esta rasão, sendo da mesma força nos homens, quanto á geração, nas mulheres procede com triplicada vehemencia a outros respeito, porque são ellas o campo em que germina e se desenvolve a humanidade, e subministram de si mesmas a unica alimentação, que a natureza offerece, para sustentar tanto a primeira organização do homem, como o seu ingresso na vida.

Se toda a destruição, que se resolve em destruição de *subsistencias*, é um attentado contra a vida humana, como demonstra logicamente Achilles Guillard, Elem. de Stat. Hum., a morte voluntaria de uma mulher é um attentado desta natureza, ainda mais grave, que qualquer outro, porque ataca a geração e a primeira alimentação da humanidade.

O attentado, porém, desce do campo da esperanza, e da possibilidade, ao positivo da realidade, quando se trata da pena de morte a uma mulher pejada. Não basta dizer-se, que ella não será punida, senão depois do parto. A pena ainda vai reflectir sobre o filho, porque o priva da primeira subsistencia, a mais adequada, contrariando-se a natureza na destruição do alimento e carinhos, que a mãe mais perversa não deixa de subministrar.

A determinação do Art. 102.º do Cod., de que as *penas não passarão em caso algum da pessoa do delinquente*, fica sendo falsa e desmentida pela imposição da pena de morte ás mães, em quanto os filhos dellas carecerem.

A substituição por amas mercenarias e estranhas não é um modo de reparação a este mal, que se possa dizer completo e cabal, por muitos motivos, que inútil é ponderar aqui, porque são vulgarmente conhecidos.

Não basta mesmo a remover a inconveniente do attentado directo contra a vida do innocente, o não se permitir, que a sentença seja intimada á mulher pejada, como está

no cit. Art. 93.^o do Cod. Hesp. Desde que a mãe sabe, que foi processada, que assistiu aos debates; e que praticou crime, porque pôde ser condemnada á morte; e que se lhe suspende a intimação da sentença; interpreta, de um modo sinistro e positivo, esse mesmo silencio judicial; e a impressão moral, que vai affectar-a, compromette horivelmente a existencia do filho, ou filhas, que traz no ventre. De resto, como este Cod. não prohibe o *judgamento*, mas só a *intimação*, nada obsta a que a mãe não obtenha immediatamente a noticia *extrajudicial*. Custa-nos a crer, que o legislador hespanhol assim o não pensasse e prevísse!

Entre nós, na presença da legislação actual, fiem o processo com jurados pôde ter lugar sem que o réo esteja presente, nem a condemnação adiar-se, nem o juiz deixar de publicar immediatamente a sentença, dirigindo ao mesmo réo uma breve allocução, em que o exhorte á resignação e conformidade com a lei. Se, pois, o réo for uma mulher pejada, pôde nesse acto ficar morta, ou, pelo menos, matar, desorganisar, ou deturpar um innocente.

Menos prejudicial, mais philosophico, e menos attentatorio dos direitos da natureza e da innocencia, foi o Cod. do Braz., e havia sido o Hesp. de 1822, prohibindo o *judgamento* da mulher pejada.

Mas isto ainda não basta, para declinar a tremenda responsabilidade do legislador, dos juizes, e dos jurados. Estes ultimos, principalmente, hão de estremecer de pronunciar a condemnação, quando sentirem que não podem ferir a criminosa sem ferir o innocente. A absolvição, e a consequente impunidade, é, para as suas consciencias, a unica taboia de salvação. Este inconveniente perde uma grande parte da sua força em França; porque os jurados podem tomar qualquer circumstancia como attenuante, e assim dar ao seu *verdict* a força exclusiva da pena de morte.

Em conclusão, pois, é nosso parecer, que, mesmo conservada a pena de morte, deve, sem reserva nem excepção, ser abolida a respeito das mulheres gravidas, durante o processo, e até ao momento da sentença. Saibam ellas, e saibam os jurados, que a lei não quer, nem tolera, a impunidade, mas que não entra, em caso algum, na intenção do legislador prejudicar a vida do innocente.

Não só isto, os cuidados, que a mãe empregar na con-

servação da sua saúde, de que depende a conservação de seu filho; e na sua criação, e nutrição; que podem ter lugar mesmo dentro de uma prisão; devem ser considerados, como um serviço feito ao Estado, um acto de moralidade tal, que, nos termos do a.^o 11.^o do Art. 20.^o do Cod., constituam uma nova circumstancia attenuante, das que seguem o crime, que deva ser tomada em linha de conta, para se modificar a mesma pena, que substituir a de morte.¹

Somelhante disposição, entendemos nós, conforme aos principios de moral e da logica, em que assentam as modificações dos Cod. cit., especialmente do Braz., faria honra a qualquer Cod.

Por ultimo, devemos ponderar, que no relatório de 30 de Setembro de 1852, que precede o Cod. Pen., se declara, que não sendo ainda chegado o tempo, em que a pena de morte possa ser de todo eliminada das nossas leis penaes, sómente se admittiu, nos muitos raros casos, em que a justiça, e indispensavel necessidade, não pôde ser rasoavelmente contestada.

Mas, admittida a indispensavel necessidade da pena de morte em alguns casos, ella pôde ser rasoavelmente contestada, quando tenha de ser applicada ás mulheres gravidas. embora se reserve a execução, para depois do parto, e mais trinta dias, porque o espaço de seis, oito, ou dez mezes, decorridos desde a condemnação, a larga detenção da condemnada, e as agonias e incommodos inherentes á sua posição, aggravada com a perspectiva do futuro supplicio, faz preceder a pena de torturas moraes, mais cruéis que as abolidas pela Carta, e torna assim falsa, em taes hypothses, a disposição do Art. 78.^o §. 1.^o, para que a pena de morte se não agrave em caso algum.

É preciso entender a indispensavel necessidade com relação ás exigencias do sentimento nacional, da moral publica, a qual não pôde tolerar, em taes circumstancias, a ex-

¹ Pacheco, commentando o Art. 20.^o do Cod. Hesp., diz: — « Por nuestra parte, confesamos que no nos mueve mucho el temor de un aborto producido por una notification de pena no capital. La delincente á quien se haya seguido el proceso, y que no conozca lo que en su contra se ha reunido no podrá menos de aguardar lo que se le impusiere. Quizá todavia podrá esperar más! y sentirá un consuelo y un alivio, quando se encuentre » *peinado com menos do que temió por razna de su culpa.* »

ção da pena de morte. Mesmo com abstracção daquellas *torturas moraes*, que a precedem, a simples *prolongação da detenção*, dos ditos seis, oito, ou nove mezes, depois da condemnacção seria motivo bastante para excluir a mesma execução, como se estabelece no Cod. da Bav., Art. 195.º

Nos loucos, que commetterem crimes em lucidos intervallos, se executarão as penas quando elles estiverem nos mesmos lucidos intervallos.

§. unico. Nos que enlouquecerem depois de committido o crime, se sobre-estará, ou no processo de execução, ou na execução da pena, até que elles recuperem as suas faculdades intellectuaes. Art. 22.º; 23.º, §. 1.º

Concordam os Art. 88.º do Cod. Hesp. e 64.º do Cod. do Brazil.

O presente Art. e seu §. providencia para duas hypotheses; a 1.ª é a dos loucos, que commetterem o crime em lucido intervallo; a 2.ª é a dos loucos, que enlouqueceram, depois de committido o crime.

Tanto em uma como em outra hypothese, considerada a pena como remedio, é preciso applical-a com as respectivas modificações, que requer esta qualidade de criminosos. É preciso, quanto á primeira hypothese, notar que o homem sujeito a accessos irregulares, ou periodicos, de loucura, é muito difficil ser apreciado fóra desses accessos, para se concluir, que, no momento do crime, se achava no pleno uso das suas faculdades intellectuaes: — ou que nesse estado se acha nos momentos do processo ou da execução: — e, na duvida, se deve concluir a favor da doença, e sempre por uma attenuação na penalidade commum, por se não poder tirar uma conclusão segura. Os loucos intermitentes, ou com lucidos intervallos, sendo mui curta a distancia, que os separa do estado chronico ou permanente, devem ser equiparados aos menores de 14 annos, no 1.º gráo, e aos de 17, no 2.º gráo, e nunca ser condemnados em outra pena, que não seja a da reclusão em casa de alienados, onde separadamente sejam tratados da molestia, ou pu-

nidos nos lucidos intervallos, de modo que as duas qualidades de doença moral e material, ou mixta, tenham o curativo, que lhes fôr adequado.

Se se trata da pena de morte, é barbaço, é puramente uma vindicta, esperar-se o lucido intervallo para se executar. A humanidade pediria, que antes fosse no estado de loucura, ou desse adormecimento, que a pena lhes fosse aplicada; a morte, o apparatus do supplicio, não lhes seriam tão sensíveis. A sociedade, conseguiria, sem a dôr moral, o corte do membro pôdre, cuja existencia destrôe como prejudicial ao bem estar dos outros homens. Mas se o exemplo perde toda a sua força praticado em um louco, também a sua efficacia se torna sem importancia nos lucidos intervallos; porque o povo ficará sempre em duvida, se o condemnado estaria, ou não, em seu juizo perfeito, nos momentos da execução.

Demais, supponhâmos que o condemnado, que tem noticia do seu estado de loucura intermitente, a simula, para evitar a morte, mesmo nas escadas do patibulo: não se hade suspender a execução até se verificar a simulação? E quem a hade declarar ou decidir?

Serão os juizes de que emanou a condemnação? Assim o parece determinar, nos seus termos geraes, o Art. 100.^o deste Cod. E se, depois, repetida a mesma scena, se originar a mesma questão de demencia, verdadeira ou simulada, hade repetir-se o mesmo processo e declaração? Os juizes não a poderão fazer de um modo definitivo e permanente, porque ninguém pôde affirmar, que um novo accesso não hade sobrevir, não obstante a simulação anterior.

Para que, pois, esta pena possa executar-se nos lucidos intervallos, e mesmo porque o abalo resultante do apparatus do ultimo supplicio, pôde ter a consequencia, ou da loucura permanente, ou do apparecimento do accesso, é preciso que os juizes, de que emanou a condemnação, se transportem ao lugar da execução, e abi façam examinar por facultativos o condemnado, e como que authorisem, ou ordenem, a suspensão. E será isto possível, não seria um escandalo?

Ou, se não se considerar applicavel ao caso o Art. 100.^o, quem, ou que autoridade administrativa, quererá, ou deverá, assumir a responsabilidade, directa e immediata, do supplicio, ou da sua suspensão, pronunciando-se pela existencia, ou não existencia, da superveniente loucura?

Estas ponderações, e o mais que deduzimos ao Art. 23.^o n.^o 1.^o, demonstram, ou os inconvenientes, ou o absurdo, da disposição do presente Art., quanto á pena de morte; e que se carece, para o caso, de providencias especiaes, mais bem pensadas e reflectidas.

E pelo que respeita ás outras penas corporaes, como hade suspender-se a execução, sempre que o condemnado tenha o accesso? Hade nos trabalhos publicos, ser livre entreão dos ferros, para ser de novo agrilhoado, logo que volte o lucido intervallo? Hade ter-se o mesmo procedimento na prisão simples, com trabalho, ou isolamento? Se a pena fôr a de degredo, não fica sendo falsissima, por ser *materialmente impossivel*, a suspensão da execução, de tracto permanente e successivo, no lugar do mesmo degredo?

Quanto á segunda hypothese, que se subdivide em duas, 1.^a da superveniencia da loucura antes, ou depois, de instaurado o processo, 2.^a da mesma superveniencia durante a execução, não offerece difficuldades a disposição do §. un. do Art., menos na parte em que, sem se designar termo nem limite algum, se manda instaurar ou continuar o mesmo processo ou a execução, logo que o criminoso recupere as suas faculdades intellectuaes.

Em primeiro lugar, deve, contudo, entender-se subordinada ao que dispõem o Art. 123.^o e 124.^o sobre prescripções. O tempo da loucura deverá ser contado em favor do réo; a sociedade ja não tem o mesmo interesse em o punir; o sentimento religioso pôde considerar na loucura uma substituição pela Providencia ás penas do Cod.; e a medecina contempla a probabilidade, ou a possibilidade, de uma recalhida.

Em segundo lugar, não decorrido ainda o tempo da prescripção, mas passados dous, tres, ou mais annos, no estado de loucura, as penas legais devem ser substituidas por outras muito mais benignas, tomando-se como tempo de expiação o da loucura, e fazendo-se sentir ao condemnado, que a sua desgraça temporaria foi para elle um beneficio, que deve agradecer, tanto á Providencia, como á humanidade do legislador, o que longe de lhe promover uma recalhida na doença, lhe subministrará a resignação e paciencia, de que precisa, para que, pela sua rehabilitação, possa, em favor da sociedade, um dia approveitar a restituição da sua razão.

ARTIGO 94.^o

A pena do crime, commettido durante o cumprimento da primeira condemnação, será executada, se o cumprimento de ambas as penas fôr compatível, ou simultaneamente, ou successivamente; e, no caso contrario, será aggravada a pena mais grave.

Este Art., com quanto regule para uma hypothese diversa da do Art. 87.^o, tendo comtudo a harmonisar com este a sua disposição.

Pódem figurar-se diversas hypotheses:

1.^a Se as penas são heterogeneas e não pódem refundir-se n'uma, são sempre incompatíveis, porque a mais forte hade ir prejudicar o cumprimento da mais leve, e, por tanto, *substitui-l-a* com aggravação.

2.^a Se são compatíveis, por serem da mesma natureza, como é a de prisão correctional com outra correctional, ou de degredo com outro degredo e é temporario, a *execução é successiva*, e, acabado o tempo da primeira, começa a correr o da segunda.

3.^a Se as penas são identicas na sua base, mas diversas nos seus accessorios de aggravação, então a execução é *simultanea*, como acontece na concorrência da prisão maior simples com a prisão maior aggravada, seja com o trabalho, seja com o isolamento, ou com o degredo.

4.^a Se as penas são heterogeneas em si, mas homogeneas, ou diversas, na duração, podem refundir-se, e então a duração corre simultanea. Assim o degradado póde sofrer a superveniente prisão, ou preso no reino passar a continual-a, em superveniente degredo.

A distincção destas diversas hypotheses demonstra a deficiencia do legislador.

Se a pena do crime commettido, durante o cumprimento da primeira condemnação, fôr a de morte, é incompati-

vel; e, se não póde por isso esperar pelo cumprimento de nenhuma outra, tem de ser imposta. Mas como se hade ter, nesse caso, em attenção a condemnação anterior?

Aggravando-se a mesma pena. E como se hade aggravar a pena de morte?

Se esta questão houvesse de ser decidida, em conformidade com o mod. Cod. da Prus., §. 8.^o, a solução seria facil, pois que então se addicionaria á pena de morte a da perda da *honra civil*, ou alguma das aggravações accessorias (*effeitos*) mencionadas no Art. 52.^o do nosso Cod.

Ou se, mesmo, tivesse de ser resolvida nos termos do Cod. das Duas Sicílias, a aggravação poderia ter logar, esculhendo-se algum dos modos especiaes de execução, de exemplo publico, de 1.^o, 2.^o, ou 3.^o gráo, descriptos no Art. 6.^o do mesmo Cod.

Ou, ainda, se podesse regular o mod. Cod. da Bav., que no Art. 6.^o, determina o que se deve praticar, quando, em conformidade com a lei, cumpre fazer a execução da pena de morte *com aggravação*.

Mas, nos termos do nosso Cod., sendo expresso no Art. 78.^o §. 1.^o, que — a pena de morte *se não aggrave em caso algum*, — a disposição do presente Art. — *será aggravação a pena mais grave*, — ou fica antinómica em relação ao mesmo §., ou se deve modificar por elle. Em todo o caso os termos *litteraes*, absolutos, são aqui um defeito de redacção, porque ficam inexactos, e dependentes, para a sua conciliação dos esforços do interprete.

Não é só quanto á pena de morte, que apparece uma semelhante inexactidão. A mesma impossibilidade de cumprimento da regra, que o Art. estabelece, se verifica sempre que ao crime commettido, durante o cumprimento da pena, corresponder, depois da pena de morte, a pena immediata no seu maior gráo de aggravação, qual é a dos trabalhos publicos perpetuos no ultramar, nos termos do cit. Art. 78.^o §. — 2.^o Se fôr essa a pena do crime, commettido durante o cumprimento da pena do crime anterior, não póde impôr-se aggravação, porque já não ha com que. Restaria a pena de morte, mas esta não serve para se aggravar pena alguma perpetua, como determina em materia de reincidencias o Art. 86.^o ¹

¹ Por esta fórma, na concorrência da pena de morte, ou da trabalhos

Além deste defeito o Art. offerece outro nos casos da execução das penas temporarias e homogeneas, que por ser successiva, tem de começar por umas e continuar nas outras. Assim um condemnado pelo primeiro crime a trabalhos publicos, prisão maior, ou degredo, por 10, ou 15 annos, terá de sofrer a somma total de 20, ou 30 annos das mesmas penas, na hypothese do Art. Mas esta successão repugna com

publicos, desapparece o cumprimento da pena de prisão, correccional, maior, com trabalho, etc., não já, porém, assim a da multa, que em si não tem incompatibilidade com as penas corporaes, por ferir objectos materialmente estranhos á pessoa do condemnado.

Note-se, com tudo, que estas induções fallham completamente nos casos de homicidio voluntario, no concurso com outro crime anterior, posterior, ou simultaneo, em conformidade com o Art. 351.º, quando esse outro crime tiver pena maior, que a de tres annos de prisão: porque então esta, junta á dos trabalhos publicos perpetuos, imposta no Art. 348.º, desaparece para dar lugar á pena de morte.

Isto mesmo é confirmado no Art. 433.º, em que pelo homicidio e roubo, o concurso de duas penas homogeneas em si, mas diversas na duração, sendo uma perpetua e outra temporaria, produz a de morte. Como a vida é necessaria para o cumprimento da perpetua, o falta assim para o da temporaria, o legislador põe termo á vida do condemnado, para que nem uma nem outra se cumpria.

Outro sim, além de outros muitos, se verifica nos casos de incendio, enumerados nos Art. 466.º, e 467.º, se concorre o homicidio, mesmo culposo, ou occasional, em que a pena do incendio, quer seja perpetua, quer temporaria, e quer o homicidio seja voluntario, quer culposo, qualquer cumulo ou aggravação das penalidades respectivas é dispensada, adoptando-se o mereo expeditivo, e mais curto, da extincção do criminoso.

A demonstração da justiça destas disposições é, segundo alguns criminalistas, a seguinte: a theoria da justiça absoluta é que o culpado merece castigo: a qualidade e quantidade d'elle determina-se pelas necessidades da existencia e conservação social: estas necessidades pedem, que a condição do exemplo acompanhe sempre o castigo social: o exemplo deve ser sempre tal que corresponda á tranquillidade social perturbada, ou alarme causado pelo concurso de taes crimes: a esse exemplo só pôde satisfazer o espectáculo do sangue: na collisão de sacrificar uma tal exemplo á expiação penitenciaría, por mais grave que seja, deve, por tanto, ser esta sacrificada áquelle. Nada ha, dizem, de injusto neste procedimento social. (Ortolan, Elem. de Dr. Pen., liv. I, tit. I, Cap. II).

O culpado não pôde, como homem, queixar-se da injustiça, por isso que commetteu os crimes: só lhe resta queixar-se do exemplo, mas este, como cidadão, tambem não pôde levantar o menor murmuro, porque esse exemplo é necessario ao exemplo?

Em taes casos, pois, já se vê, que não temos outra coisa mais que o predomínio do exemplo, e da sua necessidade, vencendo esta a injustiça absoluta da pena, quanto ao excesso d'elle.

Pelo que havemos expellido em diversos logares deste livro 1.º do Cod. se mostra, quanto reputação inadmissivel, e iniqua, semelhante doutrina, que aliás basta expô-la em toda a sua simplicidade, para se conhecer a sua inconcudencia.

o disposto, para o caso das reincidencias, no tit. Art. 86.º aonde taes penas somente são mandadas, não accumular, mas impôr refundidas em uma só, da mesma natureza, no seu maximo com aggravação.

A dizer a verdade, sobre este ponto os Cod. são silenciosos ou muito deficientes.

No Cod. da China Secç. 26, temos:

« Si l'accusation de plusieurs délits a été successive et que la peine de celui qu'on a commis le premier a été infligée, le coupable ne sera sujet à aucune peine ulterieur re pour les derniers, à moins qu'ils ne soient plus considérables que le premier, au quel cas il subira la différence ce qu'il y aura entre la peine due au plus fort delit et celle qui lui a été infligée. »

O mod. Cod. da Prus. tambem, nos §§. 56.º e 57.º, estabelece regras sobre a accumulação das penas, mas nenhum delles trata de crimes commettidos durante o cumprimento de uma pena.

Uma outra reflexão nos occorre, e é que a legislação de todos os Cod., repressiva de crimes, mal se pôde applicar aos commettidos durante o cumprimento de uma pena, quando esta é restrictiva da liberdade do condemnado.

Se se trata de degradados em plena liberdade no logar do degredo, ou de simples desterrados, a imputação é exclusiva e plenissima. Mas não acontece assim nos crimes commettidos por presos, quer com trabalhos publicos, quer não; porque elles devem ser bem vigiados, bem guardados, fóra do contacto de outros presos, ou pessoas, que possam offender.

Se, nessa situação, as offensas apparecem, é porque o cumprimento da pena lhes não tirou a occasião de as commeter. Os agentes do Estado são cumplices, por falta de cuidado, ou por negligencia, dos crimes que outros agentes do Estado procuram punir. A causa remota vem da lei, ou da insufficiencia dos regulamentos penitenciaríos, ou dos vícios das penalidades, que nem seguras nem corrigem os condemnados, ou vem dos encarregados da sua execução.

Por ultimo, resta-nos advertir, que as falsas idéas de *deve e hade fazer*, continuam aqui a ser o objecto de calculo para os effeitos da *vindicta publica*, medida pela imputação, conciliada, pelo modo possível, com a *capacidade passiva* dos criminosos, em relação á *qualidade e quantida-*

de de muitas e diversas penas, devidas por mais de um crime, que o legislador qualificou distincta e abstractamente.

Não haveriam tantas difficuldades, nem tantas incoherencias, se o objecto das penas fosse attenta e exclusivamente considerado debaixo do seu unico ponto de vista, de remedio contra o mal do crime, a fim de se tornar esse remedio mais heroico, ou mais forte, em rasão do maior grão de enfermidade moral, revelada por mais de um crime, cometido antes, ou depois, do cumprimento de uma pena.

Todas as penas que devem durar por um tempo determinado, começam a correr desde o dia em que passar em julgado a sentença condemnatoria. Art. 18.º; 46.º; 70.º; 82.º; 96.º; 124.º; 125.º; 129.º; e 291.º §. 3.º

Antes de tudo, quanto á redacção do presente Art. em logar das palavras — *todas as penas que devem durar por um tempo determinado* — parece-nos, que deveria dizer-se — *todas as penas temporarias*, — não só para se evitar uma periphrase inutil, mas porque assim se praticou no Cod. constantemente em outros logares, como são os do Art. 46.º, 54.º, 82.º, 124.º, e 129.º, e §. 1.º; e se praticou tambem no Cod. Fr., Art. 23.º:

« La durée des peines temporaires compta du jour où la condamnation sera devenue irrévocable. »

No Cod. Hesp., Art. 28.º:

« La duración de las penas temporales empezara a contar-se desde el dia en que la sentencia condenatoria que de ejecutoriada. »

Em segundo logar, omittiu-se no Art., como no do Cod. Fr., e na primeira edição do Cod. Hesp., declarar, se a disposição comprehende todos os condemnados, estejam ou não presos. O Cod. das Duas Sicilias, Art. 52.º, é explicito a semelhante respeito: « Toute condamnation commencera a courir, pour les détenus, du jour où elle sera devenue irrévocable, et pour les non détenus, du moment de l'exécution effective. » O Cod. Hesp. não o foi menos, na sua segunda edição, por virtude do Decr. de 22 de Setembro de 1848, Art. 2.º, accrescentando-se ao Art. 28.º as palavras « lo cual en las penas personales se entendera si el reo que dara desde luego en poder de la autoridad, y sino, desde que se presentare ó fuere aprehendido. »

Ainda que nenhuma sentença condemnatoria a pena cor-

poral possa passar em julgado, sem publicação e intimação ao réo, estando preso, ou depois de preso, estando afluído, como prescrevem os Art. 933.º a 1175.º §. 1.º un. da Ref. Jud., é possível, que seja solto da cadeia, por facto accidental, ou extraordinario, de arrombamento, de sedição, de remoção de presos, ou de transferencia para um hospital, ou de naufragio em navio de transporte, e outras causas semelhantes. ¹

¹ Em Ponta Delgada aconteceu em 1853, que, pelo mau estado das prisões, reduzidas hoje, não a casas de custódia, mas a horribes e insalubres masmorras, foram removidos os presos, pelo risco de vida, em que se achavam. A equidade e a disposição da Ord., Liv. 5.ª tit. 132.ª §. 1.º, tinha permitido, que a um condemnado a cinco annos de degredo se concedesse fiança, para melhor se apromptar a partir para o seu destino. A sentença da condemnação havia passado em julgado desde 18 de Dezembro de 1847.

O condemnado pretendeu então valer-se do beneficio do presente Art. requerendo em Maio de 1853, que lhe fosse declarada extincta a sua pena. Nesta pretensão duas questões se moveram, 1.ª se o Art. devia ter effecto retroactivo, combinada a sua disposição, com a do Art. 70.º; 2.ª se, mesmo tendo esse effecto, era applicavel ao condemnado, tendo-lhe sido subrogada a prisão detentiva pela fiança. Com ambos estes fundamentos, adduzidos negativamente, foi indeferida a mesma pretensão, e deste indeferimento pendem recursos nos tribunaes superiores. Não penderiam, se o Art. 95.º fosse mais explicito, assim no sentido, em que se acha redigido e cit. Art. 52.º Cod. das Duas Sicil., como sobre a retroactividade ou não retroactividade de seus effectos. Contra a retroactividade estão os termos litteraes do Art.; a favor da retroactividade estão as razões intrinsecas, em que se funda o Art. 70.º, cuja applicação a casos semelhantes, não e das vedadas pelo Art. 18.º Esta questão complicada foi proposta em conferencia do Supremo Tribunal de Justiça, em Sessão de 27 de Novembro de 1855, e se resolveu, por desempate do presidente, a favor do réo, annullando-se o acórdão da Relação dos Açores em contrario.

Pode mesmo acontecer, que uma sentença não transitada em julgado, tenha, com quanto condemnatoria, produzido os effectos da sentença do réo, e que, depois aggravada a pena nos tribunaes superiores, se negue de se promover a captura d'elle para a intimação do novo julgado. O caso deu-se a respeito de um escrivão, cujo processo foi julgado no Supremo Tribunal de Justiça em sessão de 26 de Novembro de 1855. O juiz de primeira instancia havia levado em conta o longo tempo de prisão soffrida, e limitou a condemnação a demissão do officio. A Relação de Lisboa havia confirmado a sentença, mas addicionando as penas de degredo de 5 annos para a Africa Oriental, e de inhabilitação perpetua. Tive, por tanto, de se expedir ordem para novamente o réo ser preso, pois havia sido solto por virtude da primeira sentença.

Isto era tanto mais necessario prevenir, que a cit. Ord. permitia aos desembargadores da Supplicação e Porto conceder fianças aos degradados, se o degredo não excedia a seis annos.

Esta Ord., e a razão em que se funda, não está revogada, e as modernas Relações podem considerar-se investidas no poder de conceder taes fianças no mesmo caso.

Em terceiro lugar, quanto á doutrina, fundada, como é, na equidade, pois que o legislador parece tomar em conta o tempo da prisão, ou de segurança em poder da autoridade publica, até ao effectivo cumprimento da pena, lamentamos, que seja restricta a sua applicação ás sentenças transitadas em julgado. O processo pôde ter corrido todas as instancias, e todavia, em recurso de revista, ser mandado reformar todo ou parte, ou julgar de novo, por falsa ou errada applicação da lei.

Quer seja recorrente o réo, quer o ministerio publico, ao réo não devem ser imputaveis, nem os erros do processo, nem a violação da lei, que deram fundamento á annullação, ou á concessão da revista, e assim produziram a inevitavel demora, ou de um novo processo, ou de um novo julgamento.

Esta omissão é tanto mais de sentir, quanto eram, a semelhante respeito, deficientes os Art. 1104.º e 1197.º da Ref. Jud., pois que as sentenças condemnatorias sómente são exequiveis, sem dependencia de recurso de appealação, nos casos hoje de degredo, menor que de cinco annos, e a revista suspende a execução em todos os casos de degredo ou de trabalhos publicos, embora o réo queira resignar-se á condemnação.

Mas não é só nestes pontos que julgamos digno de emenda este Art.

Duplo, nas suas observações sobre a legislação do Cod. Fr., deplora e condemna o abuso de se não considerar, como attenuante da pena, o tempo que o réo soffreu de prisão, quando é a pena de prisão, que depois tem de lhe ser applicada, ou mesmo para o effecto de se lhe abreviar a duração de outras penas mais graves.

Supponhâmos, que, nos termos do Art. 82.º, um crime, a que correspondia uma pena maior, é esta attenuada a ponto de que os juizes entendem não poder impôr ao réo, mais que o minimo de dois annos de prisão simples, e que o réo esteve esses dois annos e mais preso durante a instrução e andamento do seu processo.

Pouco importa, nos termos deste Art. 95.º, ao legislador essa circumstancia. Os juizes não podem, por um texto preciso do Cod. Pen., levar em conta o tempo de prisão. As penas temporarias parece que só devem correr, por mul-

ta equidade, desde o dia em que passar em julgado a sentença condemnatoria.

E, comtudo, pela pratica seguida nos tribunaes criminaes, havia-se introduzido em como Direito consuetudinario de levarem os juizes em conta o tempo de prisão, julgando muitas vezes inteiramente expiada a culpa com esse tempo, quando entendiam ser já demasiado sofrimento para a gravidade do delicto.¹

Hoje, com fundamento no silencio do Cod., deverá julgar-se illegal tão rasoavel arbitrio?

« Je trouve *cette législation injuste*, » diz Dupin com referencia á legislação do seu paiz, e nós dizemos outro tanto deste nosso Art. e com mais razão ainda, por vir estabelecer um abuso, que a pratica equitativa de nossos tribunaes havia abolido.

Esta injustiça estava prevenida no Cod. Nesp. de 1822, Art. 38.º, acrescentando: « *pero el tiempo que hubiese estado preso le será contado como parte de la pena, quando-se cada seis mezes de arresto ó prison por tres de obras publicas, ó por quatro de reclusion ó presidio.* »

Ao menos seria muito digna de ser adoptada na reforma do presente Cod. a disposição do Cod. de Bav., Art. 104.º e 105.º Conforme a estes Art., se a condemnação é a pena de morte, e o tempo de prisão de segurança, que se tem soffrido, é de dois annos ou mais, é commutada na pena de ferros, ou, segundo as circumstancias, na prisão com trabalho.

Se é alguma das penas perpetuas, serve o tempo decorrido além de seis mezes, para aproximar na proporção delle o praso requerido para se poder formar a petição de recurso em graça.

Se são temporarias, esse excesso diminue, e até extingue, a pena.

O Cod., pois, de Bav., foi muito além do pensamento de Dupin; o nosso Cod., porém, ficou muito áquem destes modelos!

¹ Ainda hoje insistem nesse arbitrio, como causa de attenuação e, alguns, de extincção da pena. O n.º 11.º do Art. 20.º do Cod., nas palavras — « Em geral circumstancias que... seguem o crime, e enfraquecem a culpabilidade, ou diminuem por qualquer modo os effeitos do crime; » presta-se a legitimar este procedimento, porque se se considera verificada em parte a expiação, a culpabilidade se enfraquece assim com relação ao mal moral, e mesmo social, que resultou do crime.

E convém a este respeito notar-se:

1.º Que, neste mesmo sentido, e com relação aos presos, sentenciados a trabalhos publicos, declarou o Decr. de 6 de Junho de 1842, que fosse contado o tempo da cadeia, como se fosse em effectivo presidio de galés:

2.º Que já o mesmo Direito romano não desconhecia esta jurisprudencia, pois que, depois de um anno de demora na prisão, dava como cumprida a pena de um anno do degredo — *relegatio ad insulam*.

A adopção, clara e terminante, destas providencias, ou de outras analogas, seria eminentemente justa, attendendo-se, não só a que a detenção é, em si mesma, a primeira phase do castigo legal, por isso que a sociedade não deve reparação alguma ao réo, nos casos de sentença condemnatoria, devendo elle consideral-a como uma das primeiras consequencias afflictivas do maleficio, que commetteu; mas também aos horrores, insalubridade, falta de commodidades, e outros inconvenientes, que, em geral, se dão nas cadeias do reino.

Em rigor, considerada a pena *subjectivamente*, com abstracção da respectiva lei especial, *malum passionis ob malum actionis*, a condemnação legitima a detenção soffrida, convertendo-a em pena. Não se levar esta em conta, principalmente quando excede os prazos, ordinariamente precisos, para o processo e recursos, é ferir o principio, inviolavel e sagrado — *non bis in idem*.

Todavia, é innegavel, que não pequeno beneficio resulta da disposição do presente Art., porque veio preencher uma lacuna, que existia na nossa legislação, estabelecendo uma prescripção indirecta das penas impostas por sentença.

Ainda que a Justiça, ou o governo, deixasse de fazer cumprir, por muitos e muitos annos, as condemnações a degredo, ou a trabalhos publicos, os condemnados iam a todo o tempo, e por todo o tempo das mesmas condemnações, ser levados ou transportados ao seu destino, para ali expiar crimes ou delictos, que já haviam expiado, ou nas cadeias, ou em longas e penosas levas ou viagens, ou soltos, mas privados dos direitos politicos e outros civis, de que goza o homem livre, além da anciedade, enidados, e desesperação, em que essa situação provisoria e anormal, imputavel só ao governo e seus agentes, os havia collocado: e deve advertir-se, que com este Art. prende a disposição do Art. 46.º.

determinado que a duração das penas não possa ser abreviada nem excedida: o que impede que os executores da lei possam illudil-a por modo algum; e, para que o abuso não fique impune, no Art. 291.º §. 3.º se estabelece a pena, em que incorrem os infractores.

Por ultimo, deve ainda notar-se, que este Art. tem uma limitação, assim como o Art. 46.º, tanto no caso previsto no Art. 96.º, como em todos os previstos nos Art. 124.º e 125.º, para os effeitos da prescripção directa, cujos prazos perimem, ou dão, como decorridos, os das penas temporarias, impostas por sentenças transitadas em julgado: e no Art. 129.º, em relação aos effeitos da reabilitação.

Se algum condemnado a trabalhos publicos, ou a prisão com trabalho, se recusar a trabalhar por algum tempo, não lhe será contado esse tempo no cumprimento da pena, e será constrangido ao trabalho com as penas disciplinares estabelecidas pelo governo.

As penas são justificadas, não só pela necessidade da reparação e expiação social, mas como remedio em relação aos criminosos, para se combater o mal do crime na sua *causa moral*. Todo o tratamento de enfermidade exige da parte do enfermo a obediencia e sujeição ás prescripções e applicações praticas dos facultativos; principalmente quando esse tratamento é realizado em um hospital, em que estes não podem declinar a responsabilidade do curativo pelas resistencias dos doentes, e em que podem e devem empregar todos os meios indispensaveis, para que os remedios sejam tomados em tempo opportuno, e nas doses convenientes.

Se a applicação dos remedios depende absolutamente da resignação ou annuencia de vontade dos enfermos, toda a violencia agrava a resistencia, e com ella a intensidade da molestia. E do dever então dos facultativos o emprego dos meios persuasivos ou a troca por outras applicações, que dispensem o concurso daquella vontade. Os meios indirectos são sempre, em taes casos, os unicos mais adequados.

Repugna com estes principios, que são absoluta e rigorosamente verdadeiros em materia penal, a *coacção material ao trabalho penal*, como se estabelece no presente Art. O trabalho, além de ser um elemento vicioso de penalidade quando de expiação exclusiva, não pôde chegar a ser amado sendo violentado, porque toda a violencia directa ao traba-

lho gera o seu odio, e assim se torna contra-productente o remedio penal.

A expressão, por tanto, do Art. — *será constrangido ao trabalho com as penas disciplinares estabelecidas pelo governo* — envolve, nos seus termos absolutos e vagos, toda a sorte de violencia e arbitrariedade no emprego dos meios, que se tiverem por indispensaveis, para que, posto de uma parte o cumprimento da condemnação, e da outra o sofrimento, que resulta dos meios de coacção, o condemnado, no seu proprio interesse e comodidade, experimente, por um modo material ou moralmente sensível, que, na collisão de dois males, é menor o da resignação.

Isto posto, de duas cousas uma; ou esses sofrimentos são inferiores ou são mais intensos, que o da penalidade.

No primeiro caso, são inefficazes; no segundo, degeneram em cruéis, e, como taes, além de ser um attentado, mais ou menos directo, mais proximo ou mais remoto, contra a vida do homem, são repugnantes á lei fundamental do Estado, que aboliu todas as penas cruéis. Seria absurdo que taes penas fossem prohibidas aos tribunaes para a condemnação, e ficassem permittidas ao governo para a execução.

Ora, a prisão com trabalho, principalmente publico, nos termos, que é descripta no Art. 34.º, é já tão cruel em si mesma, como temos demonstrado, que, ou não pôde ser executada, sempre que os condemnados oppoñam ao seu cumprimento uma resistencia negativa, ou tem de ser commutada pela administração em outros sofrimentos todos corporaes e afflictivos, que, para serem mais intensos e capazes de domar essa resistencia, necessariamente hão de ser mais cruéis e exterminadores.

O Art., é verdade, sómente authorisa *penas disciplinares*, mas como não indica a natureza dessas penas, pôde dar occasião, ou a immensas arbitrariedades da parte dos directores das prisões, ou ao monoscabo e inexecução de penas tão victoras como são as aggravadas *a priori* com o trabalho, quer pelo legislador, quer pelos juizes.

O jejum, a abstinencia, o isolamento, a cama dura, a privação de ler, de escrever, de conversar com quem quer que seja, até que o preso requiera voltar ao trabalho, devem ser as penas unicas a empregar para disciplina das prisões.

Carregar o preso de ferros, mettê-lo a tortura, espancá-lo com pranchadas, com varadas, ou com o azorrague, não podemos nós approvar, porque não podem reputar-se licitas, segundo a Carta, na execução, e além da execução, aquellas mesmas penas, cuja imposição a mesma Carta prohibe se pronunciem na sentença condemnatoria.

Cumpria, por tanto, que o Cod. declarasse, em summa, quaes os elementos de penalidade disciplinar, de que legitimamente pôde o governo fazer uso, para execução das penas impostas por sentença, substituindo-se umas por outras aggravações, sempre como equivalentes, e não como meios de coacção.

A revolução moral, que a troca de meios disciplinares e penitenciarios pôde produzir, deve mesmo insistir muitas vezes a administração de que é melhor continuar no mesmo tratamento, do que insistir na pura formula do trabalho forçado, segundo a condemnação.

A essencia da penalidade é a *prisão aggravada*. Um dos elementos da penalidade *composta*, a *prisão*, fica sempre, porque não depende da vontade do criminoso. O outro elemento pôde e deve ser substituido e variado na execução, e tantas vezes, quantas for conveniente. O cumprimento cego da condemnação é um gravissimo erro em materia penitenciaria.

O Cod. d'Aust. determina no Art. 20.º, que a pena de prisão pôde ser aggravada com *bastonadas* para os homens adultos, e *varadas* para os réos menores de 18 annos e para as mulheres, e não só uma vez, nupitas, durante o cumprimento da pena, mas é como elemento de penalidade, e não meio disciplinar; e, por tanto, é uma punição, que sómente a sentença e a discrição do juiz pôde authorisar, nunca excedendo o numero de 50 bastonadas ou varadas, nem por arbitrio da administração.

O Cod. da Bav. tambem admite, Art. 25.º, os *açoutes*, como aggravação de pena nas prisões, e mesmo como pena principal, com as mesmas restricções.

No Cod. da China tambem, como já notámos, são admittidos os *açoutes* (coups de bambou) como pena principal em todos os crimes, em variados grãos, até ao maximo de 100, a que segue a morte, em 1.º grão, por *estrangulação*, e em 2.º, por *degolação*; mas 1.º é a sentença tambem que os determina, e não se dividem, nem se repetem; porque a

prisão araba com a pena: e 2.º são remíveis pela somma correspondente, menor para as classes pobres, e maior para as abastadas; donde se vê que não só é excluído o arbitrio, mas que a penalidade dos acontes se reduz alli a mal pecuniario indirecto, como meio positivo de enriquecer o fisco á custa dos delinquentes.

Entre nós, que felizmente se acham banidas da legislação as penas corporaes desta ordem, ou como pena principal, ou como pena accessoria, não podem ser toleradas, sem o mais horrivel contra-senso, a pretexto de *penas disciplinares*, na execução e cumprimento das penas legais. É, todavia, o que resulta dos termos vagos e absolutos do presente Art. E nem se diga, que o Art. não authorisa o abuso, e que, como garantia do uso honesto, fica o Art. 145.º §. 18.º da Carta: porque, apesar da mesma lei, assim no exercicio, como sobre os degradados, se tem presenciado, quasi como sanctificado, esse abuso.

O que acabámos de ponderar confirma o que dissemos sobre os vicios destas penalidades assim *compostas*, ou em these ou na hypothese, por um modo invariavel. Nem o tempo, nem a *intensidade* das penas, pôde calcular-se por um modo impreterivel, assim pelos legisladores, como pelos juizes. São, além disso, inadequados, falsos meios de repressão aquelles que a sociedade estabelece e determina, sem que tenha á sua disposição os meios moraes e materiaes de se fazer obedecer.

O mesmo Art., que analysámos, reconhece a insufficiencia dos seus meios de constrangimento disciplinar, qualquer que elle seja, porque a estas accrescenta a comminação de que o tempo que um condemnado se recusar a trabalhar não lhe será contado no tempo do cumprimento da pena.

Esta disposição supplementar, porem, é *injusta e absurda*, com relação a taes penas quando *temporarias*; *deficiente e irrisoria*, ou atrocissima, com relação ás mesmas penas, quando *perpetuas*.

Com relação ás *temporarias*:

1.º Porque o tempo da duração de um dos elementos da pena, a *privação da liberdade*, não ficou prejudicado pela resistencia do condemnado;

2.º Porque o outro elemento, o *trabalho forçado*, ficou preenchido por outro sofrimento de aggravação, que tomou o mesmo espaço, com igual ou maior intensidade;

3.º Porque a *soltura e reabilitação* dos condemnados deve restringir-se ou ampliar-se, não em razão das alternativas de impaciencia ou de reluctancia, que manifestem os condemnados em alguma ou algumas das phases da penalidade, mas em presenca dos resultados moraes definitivos do melhoramento, que apresentem no complexo das medidas penitenciarias.

Com relação ás *perpetuas*, porque nestas não pôde ser tomado em conta o tempo da resistencia ao trabalho; e fica assim a descoberto a insufficiencia dos meios disciplinares, ou necessariamente hão-de ser mais fortes em aggravação, que a do *trabalho perpetuo*, para não ser completamente illudido o fim, que se tem em vista.

Em summa, o presente Art. é incompativel e repugnante com os verdadeiros principios do Direito penal, que visam aos mais vitaes interesses da sociedade, e devem abstrahir de toda a expressão de colera e de vingança inexoravel, de que ainda se acham impregnadas muitas das disposições criminaes de todos os Cod. do mundo civilisado.

Por ultimo, convinha prevenir o caso de ter o condemnado justos motivos para se recusar ao trabalho. Pôde elle nas prisões ser constrangido, não a um trabalho productivo,¹ mas aviltante, de serviço a outros presos, de cozinha, de limpeza; pôde esse mesmo trabalho ser de natureza tal, que elle entenda seja immediatamente nocivo, superior ás suas forças, ou incompativel com outros mais analogos á sua profissão habitual, com quanto mecanicos e tanto ou mais pesados. Mesmo, no trabalho *publico*, pôde ou ser-lhe ordenado no de minas, esgotamento de pantanos, limpeza de aqueductos, ou em presenca de pessoas, que por malevolas ou offendidas por algum crime, ou indispostas, se regosijem com o seu sofrimento, e insultem, ou escarneçam. Em

¹ O trabalho nas prisões deve ser com relação a artefactos, ou objectos de industria, porque só este pôde ser util em relação á emenda dos culpados, ás despesas da administração das cadeias, e ás reservas que devem fazer-se, em favor dos mesmos culpados. Em França, pelo governo provisório de 1848, foi este trabalho supprimido, como prejudicial ao trabalho livre, mas depois restabelecido pela assemblea nacional sob condições adequadas a impedir uma concorrência nociva, como se vê da lei de 9 de Janeiro de 1849. A ociosidade dos presos, como a experiencia logo fez ver pelas numerosas reincidencias, era mal de muito mais funestas consequências do que o que pretendia evitar o referido governo, pelo Decr. da 24 de Março de 1848.

taes hypothesees podem dar-se boas razões, que especialmente devem ser attendidas, porque o seu despreso, ao passo que offenderia a moral publica, se deve julgar contrario á intenção do legislador, sem se prejudicar o cumprimento da condemnação.

Teremos então um incidente, que sobrevem na execução da pena, e que, tornado contencioso pelo indeferimento da administração, deve, segundo os bons principios, ser decidido, ou por um conselho superior de administração, ou pelo poder judiciario.

Mas como, e a quem hade requerer o condemnado? Quem lhe hade fazer o requerimento, lh'o hade aceitar, promover a sua decisão?

Como, se não tem meios alguns pecuniarios, de que possa dispôr, e está sujeito á disciplina de uma prisão?

Isto é tão incompativel, como é possível toda a casta de barbaridade e de crueldade, que a fereza ou a ignorancia e impassibilidade dos directores, carcereiros, ou guardas das prisões, pôde occasionar.

Do Art. 100.^o deste Cap. parece deduzir-se, que semelhantes incidentes devem ser resolvidos pelos mesmos juizes de que emana a condemnação; mas esta disposição, além dos defeitos, que em si tem, é impraticavel, não só porque o condemnado, como *servo da pena*, se acha, de facto, privado de todos os meios moraes e materiaes de acção em juizo; mas tambem porque: 1.^o se o regulamento e direcção da execução penal pertence á administração, e nem pôde deixar de lhe pertencer, a divisão dos poderes politicos veda a competencia dos juizes: 2.^o porque a co-ubecerem estes, o remedio deve ser rapido e prompto, e, por tanto, é ás Justicas do logar do cumprimento da pena, e não áquelles juizes, como determina o Art. 100.^o, que deveria pertencer a decisão, muito particularmente quando o trabalho forçado tem de ser executado no ultramar.

ARTIGO 97.^o

As casas destinadas para a execução da pena de prisão com trabalho serão distinctas das cadeias destinadas para o cumprimento da pena de prisão simples: e umas e outras distinctas das cadeias destinadas para o cumprimento da pena de prisão correcional, e para a retenção dos pronunciados até á condemnação. Cart. Const., Art. 145.^o §. 20.^o

ARTIGO 98.^o

A conveniente separação dos presos, e a policia das prisões, assim como as penas disciplinares contra os presos que usarem de ameaças, injurias, ou violencias contra os carcereiros, ou seus prepostos, ou contra outros presos, ou que por outro qualquer modo infringirem os Regulamentos das prisões, serão determinaadas nos Regulamentos administrativos do governo, salva a acção em juizo que possa ter logar.

Da materia mais difficil, e complicada do Direito Penal, a que respeita ao systema penitenciario, á construcção, regimen, economia, e policia das prisões, desembaraçou-se o Cod. fugindo de dar regras algumas, a semelhante respeito, como já advertimos ao Art. 34.^o

A questão, porém, do systema penitenciario, que convém adoptar, é de alta politica, e de summa importancia social. Não devia, por tanto, entregal-a o Cod., como entregou, aos regulamentos administrativos.

Outro caminho, como já notámos, seguiu o novo Cod. dos Paiz. Baix., estabelecendo desde o Art. 26.^o até ao Art.

40.º as regras essenciaes do systema penitenciario, que deviam ser seguidas e desenvolvidas nos respectivos regulamentos.

O Cod. devia tambem conter as bases do desenvolvimento da promessa feita no §. 20.º do Art. 145.º da Carta. « As cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo de *diferentes casas para separação dos réos*, conforme suas *circunstancias e natureza de seus crimes*. »¹

Em França, apesar do grande desenvolvimento, que se tem dado ao que, vulgarmente, se chama *melhoramentos materiaes, em obras de viação e communicação publica*, não tem havido o menor desleixo na construção dos edificios penitenciarior, indispensaveis, para se satisfazer aos fins preventivos e reparadores, que deve ter a verdadeira penalidade.

Tendo mostrado a experiencia, que era diminuto o calculo da povoação permanente de presos, para que são destinadas as 21 casas centraes, cuja capacidade foi fixada em 1837, muitas outras foram depois construidas e se vão construindo, da mesma ordem, com o fim de conter um numero de condemnados equivalente ás necessidades normaes da Justica criminal.

Trata-se alli de centralisar distinctamente os condemnados militares, antes conservados nos portos do mediterraneo, ou repartidos pelas prisões centraes communs. Casas especiaes se destinam para as mulheres, e só dois estabelecimentos existem apenas em que na contiguidade se tolere a separação dos sexos. Outros muitos correccionaes, ou agricolas, para jovens condemnados se acham dissimulados por todo o paiz e suas colonias.

Quanto ao regimen, economia, e disciplina das prisões, é digna de todos os elogios a solicitude do governo, e dos respectivos directores e empregados. O estado sanitario e alimenticio pôde excitar, com justo fundamento, a inveja e a emulação de todos os estadistas, que sintam bater no peito um coração de homem e de cidadão.

O systema penitenciario, sempre relativo e subjectiva-

mente considerado nas suas applicações praticas, alli caminha triumphante das opiniões, que o tem posto em duvida. A regra do silencio, a enchovia, a residencia cellular, as multas, o pão e agua, e, como remedio heroico, o isolamento, são, excluidos como inuteis e até prejudiciaes, além do barbaros, os *castigos corporaes*, as unicas penas, que se empregam.

Em summa, a disciplina das prisões, um pouco relaxada em 1848, por occasião dos acontecimentos politicos dessa época, acha-se restabelecida em toda a sua *justa severidade*, que não pôde existir sem que se conciliem os principios da humanidade com as necessidades da repressão.

A estatistica, ou parte historica, do movimento, administração, e resultados moraes e materiaes, desses estabelecimentos, é ordenada, registada, e compilada, com o maior desvelo. O *trabalho*, principal elemento de disciplina no interior das prisões, e de regeneração phisica e moral, e que ao mesmo tempo procura aos condemnados alivios durante o seu captivo, e lhes segura uma reserva para depois da soltura, não só garante assim a sociedade contra o mal das reincidencias, ou novos crimes, mas serve a diminuir os encargos pecuniarios do Estado, que exigem os mesmos estabelecimentos.

Em uma palavra, não é uma theoria, é uma pratica authorisada pelas leis, e pelos actos do governo, a conversão das casas de segurança, em *hospitales penitenciarior*, em que as applicações dos *remedios* variam em qualidade e quantidade, segundo o gráo ou intensidade da *enfermidade*, a saude, forças, idade, sexo, profissões, e corregibilidade, dos enfermos.

Na Inglaterra, na Belgica, na Hollanda, na Alemanha, prisões analogas se tem estabelecido e se vão estabelecendo, corrigindo, e aperfeçoando. Oxalá que ainda possamos ver em nossos dias alguma cousa semelhante entre nós!

¹ Recomendamos, a semelhante respeito, as excellentes observações do Sr. Levl, ao Art. 34.º

Devem igualmente ter-se presentes as obras classicas de Ch. Lucas, *Systeme pénitenc.*; Bonneville, *regime pénit.*; Ferrus, *des prisonniers de l'empire*, et des pris; Lepelletier, *systeme pén.*

ARTIGO 99.º

Em quanto não houverem estabelecimentos próprios para os trabalhos dos presos, a prisão com trabalho será substituída pelo degredo agravado, acrescentando-se a prisão nos termos do §. 4.º do Art. 78.º, e do §. 1.º do Art. 79.º—Art. 29.º, n.º 3.º; 34.º; 53.º; 54.º; 71.º

Em vista do que se determina no presente Art. ficámos entendendo, que sempre que no Cod. se impozer a pena de prisão *com trabalho*, significa o mesmo que degredo para as possessões orientaes da Africa (Art. 50.º); acrescentando-se a prisão no lugar do degredo por um determinado espaço de tempo, a arbitrio dos juizes.

E quando a prisão fôr com *isolamento*, como é que se substitue a falta de estabelecimentos adequados?

Nada se diz no Cod. a este respeito. Todavia no systema do Cod., o *trabalho* e o *isolamento* sendo considerados igualmente como aggravção da pena, o que se estabelece em substituição de trabalho em prisão poderia applicar-se á substituição da prisão com isolamento, se não obstasse a determinação dos dois Art. 68.º e 69.º, impedindo não só a applicação de pena, que não esteja decretada na lei, mas tambem que alguma possa ser substituída, salvo nos casos em que a lei o authorisar.

Assim nos casos em que a lei commina determinadamente a prisão com *isolamento*, não sendo este possível por falta de casas penitenciarias adequadas a semelhante aggravção ou elemento de penalidade, poderá o juiz prescindir da aggravção, e restringir-se á prisão simples, graduando-a dentro do maximo e minimo, se a lei a não impozer perpetua, ou determinadamente não fixar um maximo.

Aqui temos, pois, uma grave ommissão, cujos inconvenientes apparecem na penalidade imposta no §. 3.º do Art. 355.º,

de prisão perpetua *com isolamento* contra a tentativa do parricidio. O juiz não pode, nem substituir o *isolamento* com o *trabalho*, nem este pelo degredo aggravado, em conformidade com o presente Art. Cingindo-se, por tanto, á letra da lei, a execução da sentença sómente será possível, entendendo-se que o condemnado ao isolamento deve, por excepção, ficar não só perpetua ou temporariamente separado dos outros presos, mas inhibido de communicar com quaesquer outras pessoas, como se define em o Art. 34.º

Não é menor o defeito que resulta de se não declarar, por um modo claro, quem hade fazer a substituição da pena; se os juizes, se os agentes da administração encarregados do cumprimento das sentenças? A prisão pôde ser de 10, 12, 15 annos, ou perpetua, e sempre com trabalho, tempo mais que bastante para a construcção de algumas cadeias adequadas: e se a razão da substituição é transitoria, *em quanto não houverem estabelecimentos proprios*, como diz o Art., os efeitos da sentença podem tambem considerar-se temporarias e condicionaes. Mas toda a sentença se deve reputar de efeitos invariaveis e permanentes, salvas as modificações penitenciaras, que forem justas em presença dos melhoramentos moraes produzidos pelo cumprimento da pena; e, consequentemente, pôde parecer aos juizes, que devem cingir-se á letra do Cod., impondo a pena respectiva como se os estabelecimentos existissem, e reduzir o seu officio a declarar, porque tempo a prisão devera ter lugar no degredo, em conformidade do §. 4.º do Art. 78.º, a que este se refere, se os ditos estabelecimentos, não existirem, ou em quanto não existirem.

Alguns juizes tem entendido, que não lhes cumpre averiguar se existem, ou não existem ainda, os estabelecimentos proprios para o trabalho dos presos, e por isso tem pronunciado a pena da lei, sem declaração alguma; outros, porém, tem entendido, que devem logo na sentença fazer a substituição, nos termos prescriptos no presente Art., presumindo, que não existem os ditos estabelecimentos, em quanto por lei, ou por um modo official, lhes não conste essa existencia, ou seja ordenado o contrario. Esta ultima opinião é a que offerece menos inconvenientes, porque a primeira colloca os agentes do governo em grande embarço, como já a experiencia tem mostrado.

No Cod. do Braz., Art. 311.º, se encontra declarado

tambem que a pena de galés será substituída pela de prisão « com trabalho pelo mesmo tempo, logo que houverem casas de correcção nos logares, em que os réos estiverem » cumprindo as sentenças. » Vem, por tanto, no Braz. as galés temporarias a substituir a prisão com trabalho por em quanto, e esta a substituir aquellas, logo que existam, nos respectivos logares do cumprimento da pena, casas de correcção.

Entre nós, porém, embora se construam casas de correcção, mesmo nos logares do degredo, durante o cumprimento da penalidade substituída: o condemnado não pôde ser peorado em sua condição, porque as duas aggravações, que sofreu, quanto ao local do degredo, e a prisão preliminar no mesmo local, lhe garantem a sua liberdade no mesmo degredo: e a sentença de sua condemnação deve ser cumprida nos seus termos litteraes, em que já foi tomada em consideração a falta dos estabelecimentos, tanto para a fixação do tempo de prisão, como do tempo do degredo, quando a pena for temporaria.

O mesmo Cod. do Braz., Art. 49.º, para substituir a prisão com trabalho, na falta de estabelecimentos adequados, não transitou para outra pena diversa, aggravando-a: pelo contrario, ficou na prisão simples, acrescentando-lhe mais a sexta parte do tempo. Isto nos parece mais natural e razoavel.

Por ultimo, chamámos a este logar a observação, que fizemos ao Art. 71.º: quanto aos menores de 17 annos e maiores de 14, aos quaes, sendo substituída a pena de morte pela de prisão perpetua com trabalho, tem, por este Art., de ser subrogada essa substituição pelo degredo aggravado augmentado com prisão no logar do mesmo degredo. Triste generosidade, principalmente porque, depois de alguns annos de prisão até á idade de sentarem praça no exercito, a escravidão militar os espera, com todo o rigor da disciplina e das varadas, que os desmoralisará, e lhes cortará mais breve os fios da existencia!!

¹ Neste vol. a pag. 13.

ARTIGO 100.º

Se na execução de qualquer pena se suscitar algum incidente contencioso, será resolvido pelos juizes, dos quaes emanou a condemnação.

Esta Art. ou é deficiente, ou de impossivel execução, além de fugitivo e absolutamente extranho á execução das sentenças, consideradas em si mesmas, principalmente na generalidade com que se acha redigido.

Na execução, isto é *para a execução*, ou *durante a execução*, de qualquer pena, não podem suscitar-se incidentes contenciosos, que devam ser resolvidos pelo poder judiciario: porque a condemnação, que transitou em julgado, quer seja de pena ultima, quer de degredo, quer de prisão, ou outra das comprehendidas, ou adoptadas no Cod., é sempre clara, e explicita. O Cod. define em que essas penas consistem, assim como os seus effeitos, que vem da immediata disposição da lei, ou independentemente de se declararem, ou não, na sentença.

Se a condemnação é obscura, ou injusta, tem as partes ou o Ministerio Publico, os recursos competentes, e até lhe podem oppôr embargos de declaração, como sempre foi de Direito, e é expresso na Ord. do Liv. 3.º, tit. 66.º §. 6.º, Ref. Jud. Art. 717.º, e lei de 31 de Dezembro de 1843, Art. 13.º

Mesmo nos casos, em que se verifique condemnação de multa, e que os juizes, não se julgando authorisados, por falta de regras, a arbitrar o rendimento diario de cada um, e, nos termos do Art. 41.º, seja preciso proceder-se a liquidação, tem ella de fazer-se no juizo inferior, salvos os recursos, para o superior legitimo, e é um processo, que precede a execução, que pôde ser chamado principio della, mas nunca seu incidente.

A regra de Direito é a que estabelece a cit. Ord., que depois que os juizes proferem sentença definitiva, e que es-

ta passou em julgado, *não tem mais poder pelos mesmos autos.*

De mais, as palavras *pelos mesmos juizes*, tendo a significação jurídica de exprimir *os juizes certos*, ou que julgaram, ou que tiveram voto na causa, careciam de ser explicadas para que a lei podesse ser cumprida, quando nos juizes correccionaes do Direito, nas Relações, ou no Supremo Tribunal, não estivessem esses juizes, por decesso, ausencia, impedimento, ou deslocação; e são sempre impossiveis, quando applicadas aos juizes de facto, se houve intervenção de jurados. Por tanto, o Art. para não ser absurdo, se deve entender, não precisamente dos *mesmos juizes*, que julgaram, ou fizeram vencimento na causa, mas do *mesmo juizo ou tribunal*.

Tambem nas palavras — *na execução* — se dá uma notavel obscuridade, porque dellas se não percebe, se querem dizer — *antes da execução* — se *durante a execução* — ou se comprehendem uma e outra hypothese.

A disposição deste Art. poderia ter logar e alguma applicação util, se sancionasse o principio da nova instrução de processo, na presença de novas provas, fosse para que o crime não ficasse impune, fosse para que se patenteasse e não opprimisse a innocencia.

O Cod. d'Instr. Cr. Fr. Art. 443.^o e seguintes, assim como o Cr. d'Austr. P. 1.^a Art. 471.^o e seguintes, trataram desta materia.

O Cod. de Proc. Cr. das D. Sic., Art. 607.^o e 608.^o tratou da revisão dos processos criminosos, no caso de collisão entre duas sentenças, cuja conciliação, ou annullação é commettida não aos mesmos juizes, o que é impossivel, por serem diversos, mas sim ao Supremo Tribunal de Justiça.

No Cod. do Proc. Cr. do Braz. nada se encontra a semelhante respeito. Pelo contrario prohibe, no Art. 327.^o, expressamente a nova instrução contra os réos:

« O que fôr uma vez absolvido não tornará a ser accusado pelo mesmo crime. »

Concorda o Art. 883.^o da nossa lei de processo. É o — *non bis idem* — mas, se o sentimento de segurança individual dos cidadãos pede, que se sustente esta regra nos casos de absolvição; esse mesmo sentimento exige, com mais forte razão, dadas certas garantias, e por excepção á mesma

regra, a revisão do processo, quando fôr reclamada a favor da innocencia, que por fatalidade não pôde ser demonstrada em um primeiro processo.

O contrario seria uma gravissima injustiça. Os exemplos são abundantes na historia judiciaria, e bastava que houvesse um caso unico durante cada seculo, para dever consignar-se a providencia necessaria, em um Cod. Pen. ou de Proc. Cr.

Sem essa providencia, todas as penas, mesmo as *reparáveis* de sua natureza, se tornam *irreparáveis*, depois da condemnação.

Que as sentenças, com transitio em julgado, convertam o prelo em branco, o pão em pedra, em materia civil, o mesmo crime quando absolutorias, concebe-se; mas que uma sentença possa fazer, *sem remedio judicial*, de um *innocente* um *criminoso*, não pôde admitir-se, sem estremeamento da razão humana, sem violação dos direitos da humanidade. As sentenças constituem uma verdade legal, mas podem não ser, nem a verdade real, nem a verdade moral, em suas decisões.

Lamentamos, que o Cod. Pen. guardasse silencio a semelhante respeito; e nem se desculpa esta omissão com o remedio do Poder Moderador. O perdão do Rei suppõe culpa. A sentença é sempre sentença, em quanto não revogada. Tanto a justiça social, como a moral universal, pede, que sejam os tribunaes os mesmos, que emendem o proprio mal, que causaram. A innocencia não exige perdão, mas uma *reparação*.

Além disto, o Art. diz, em termos absolutos, na *execução de qualquer pena*: comprehendendo-as, por tanto, todas, assim as *corporaes* como as *pecuniarias*. Mas a execução por multas impostas por sentença no juizo *criminal*, ou *correcional*, faz-se no juizo *civil*, em conformidade com o Art. 1206.^o da Ref. Jud.; e nella ha os *incidentes*, que podem sobrevir nas execuções, quaes os de embargos de terceiro, ou de preferencias ou de habilitação, etc.; e hão de esses incidentes passar do juizo civil para o criminal, ou correcional, ou directamente para a Relação do districto, se foi desta que emanou a condemnação definitiva? Seria isso impraticavel, e não é possivel acreditar, que o legislador quizesse por tal modo, o seu rasão plausivel, nem suffi-

ciente, derogar as regras de competência estabelecidas na Ref. Jud.¹

Este Art., pois, como está redigido, e na falta de outras disposições, que o esclareçam e tornem applicavel, parece-nos impraticavel, inintelligivel, e sem objecto.

Talvez que envolva um pensamento nobre, que terá de ser desenvolvido por lei especial, ou em novo Cod. de Proc. Veremos, se tanto vivermos.

Voltaremos a este assumpto, quando chegarmos ao Art. 129.^o

Todavia, cumpre notar, que já se deu o caso de ser invocado o presente Art., e que por elle se fez obra, torcendo-se para se supprirer erros de sentença, e do Ministerio Publico. Nos autos crimes n.^o 3303 (numeração do S. Tr. de J.) se mostra, que foram F. e F. condemnados por accordão da Relação de Lisboa de 14 de Janeiro de 1854, como culpados de roubo, na pena de *prisão com trabalho*, por applicação do Art. 347.^o do Cod. Pen.

No Sup. Tr. de Just. foi negada a revista por accordão de 12 de Junho do mesmo anno. Baixando os autos á Relação de Lisboa, só então o Ministerio Publico conheceu a impossibilidade de dar á execução a pena imposta na sentença; a sua omissão de não ter deduzido em tempo embargos de declaração; e que existia no Cod. o Art. 99.^o substituindo por outra pena a de prisão com trabalho; e para dar remedio a este inconveniente, requereu perante a mesma Relação aos respectivos juizes, que, por applicação do Art. 100.^o, fosse a substituição da pena feita em conformidade com a lei *pelos mesmos juizes*.

Assim se praticou por accordão de 26 de Agosto seguinte. Neste segundo accordão somente dois juizes, o relator e um adjunto, foram os mesmos: a maioria, porém, foi de *juizes diversos*; não podiam ser os *mesmos*, porque um tinha *fallecido*, e outro se achava affectado de molestia *grave e incuravel*. O Ministerio Publico requereu nova intimação aos réos, e assim fez reviver o processo findo, e deu causa a que interposessem novo recurso de revista, que debalde se impugnou, sendo recebido por outro accordão de 2 de Dezembro.

¹ Vid. o Comm. do Sr. Levi, onde excellentemente se desenvolve esta consideração.

O Sup. Tr. de Just. não teve outro caminho a seguir, mais que o de negar revista neste segundo recurso.

Este exemplo, porém, nada conclue a favor da conveniencia do presente Art. Como se vê dos seus mesmos termos, não foi este feito, nem para substituir os embargos de declaração, nem para remediar as omissões dos juizes ou do Ministerio Publico, no processo principal, de cujos *incidentes* se não trata, mas dos da execução.

ARTIGO 101.º

Quando a lei decretar a pena de multa, se o crime fór commettido por muitos co-réos, a cada um delles deve ser imposta essa pena, salvo os casos em que a lei declarar que uma só multa seja distribuída por todos.

§. 1.º Todos os authores ou cúmplices do mesmo crime, ou da mesma contravenção, que forem condemnados em uma só multa na mesma sentença, sem que nella se declare a parte que deve pagar cada um, são solidariamente responsaveis pelo pagamento da mesma multa. Art. 30.º n.º 5.º; 41.º; 78.º §. 6.º; 79.º §. 4.º; 83.º n.º 1.º, e §. un.

O Art. e seu §. 1.º contém tres hypothèses, todas para o caso do crime ser commettido por muitos.

1.º Quando a multa é imposta ao crime, seja qual fór o criminoso, um ou muitos.

2.º Quando a multa é comminada por lei, com declaração de ser dividida pelos co-réos.

3.º Quando a todos os co-réos é imposta na sentença uma só multa, sem declaração de divisão.

Na primeira hypothese, é paga a multa integralmente por cada um delles, declara o Art. -- Esta declaração, era escusada: porque, se as penas não passam da pessoa do delinquent: se a participação de cada um dos co-réos, é um facto distincto, pessoal, intencional, que se aprecia singularmente em cada individuo, para se lhe proporcionar a pena, e a multa entra no numero das penas: cada co-réo sofre a pena corporal, ou pecuniaria, que lhe respecta, maxime quando em regra geral, no systema do Cod., as multas se regulam por dias de rendimento, que são tão variaveis, como varias são as profissões, seu gráo de desenvolvimento

e procura de seus productos ou serviços, nos diversos individuos.

Na segunda hypothese, que é a da excepção, deve a multa ser dividida por todos os co-réos, determina o Art. -- Esta hypothese, porém, é moralmente impossivel e absurda. A lei que assim o decretasse seria inqualificavel. Se a lei estabelecesse, por excepção, uma multa de *determinada* quantia, a dividir por todos os co-réos de um crime, seguir-se-ia que a multa seria a respeito de cada um tanto maior, quanto menor o numero delles, e vice-versa tanto menor, quanto maior fosse esse numero. Precisamente o contrario do que se acha estabelecido no n.º 5.º do Art. 19.º, seguido pelo Cod. praticamente em muitas de suas inculpações especiaes, e do que ensina a theoria do Direito penal: isto é, que o crime é tanto mais grave, quanto maior o numero dos co-réos, a não ser nos casos de uma rebelião triumphante, em que toda a pena cessa, ou porque a victoria sanctifica o facto, ou porque a politica provoca a amnistia, ou porque cessa o direito, em razão da impossibilidade moral ou material, de punir.

O que, pois, justifica a regra refuta a excepção.

Em relação á imposição de uma pena qualquer, os crimes, com quanto o facto seja um só, são tantos quantos os co-réos, e todos devem ser punidos com justiça e igualdade.

Efectivamente, no sentido da excepção prevista no Art., encontra-se no Cod. o Art. 319.º, determinando contra os *juizes* ou *jurados*, que em causa crime forem corrompidos, a multa de um conto de réis, distribuída por todos os co-réos. Que o jury se componha de 6, de 9, ou de 12, que todos sejam co-réos, ou semente a maioria, que fez vencimento, a multa a repartir é sempre um conto de réis. Quanto maior, pois, e, por tanto, mais perigosa, contra ou a favor de um culpado, foi a corrupção, menor quota de multa tem cada um dos co-réos a solver. Desgraçado daquelle que se deixou corromper, sabendo que não tinha comparsas!

Outro exemplo se encontra na multa de 300\$000 réis comminada no Art. 455.º, nos casos de simulação em prejuizo de terceiro ou do Estado; se o concerto não passou de dois, a divisão não tem inconveniente, porque a multa se reduz a 150\$000 réis; mas se intervieram tres, a multa é de 100\$000 réis, e, emfim, desce sempre na proporção da razão.

teio por outro maneiro. Em um contracto simulado, em que de uma parte intervém marido e mulher, e da outra um homem solteiro, a pessoa moral dos dois contrahentes terá de solver o dobro da multa, e a outra individual um terço da mesma pena.

Na terceira hypothese, que é a do §. 1.º, a multa imposta a todos deve reputar-se *solidaria*, isto é, exige-se indistinctamente, de algum ou de todos. Esta hypothese, porém, ainda é mais aggravante, que a antecedente; porque aos defeitos daquella, quando tenha logar um rateio, que a obrigação solidaria não exclui, accrescem os da injustiça, de, fóra do rateio, se exigir a pena do mais rico; e maior é a injustiça se esto é poupado, e, em todo o caso, vem alguns dos co-réos a ficar impunes, se a multa é a unica pena, ou a ficar punidos, mas levemente, se foi accessoria, sem distincção se os co-réos foram sómente cúmplices e não co-autores, por fóra que pôde acontecer, que o cúmplice pague a multa, por virtude da obrigação solidaria, e os autores principaes fiquem impunes ou menos punidos.

Esta disposição é copiada, ou modelada, tendo-se em vista o Art. 55.º do Cod. Fr. que estabelece esta solidariedade nos termos seguintes:

« Tous les individus condamnés pour un même crime ou « pour un même délit, seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages intérêts et des frais. »

Mas esta solidariedade, assim constituida, foi repellida, e com justo fundamento do Cod. e do presente Art., em que se estabelece uma regra contraria. Se os juizes não podem deixar de cumprir a lei, que incrimina um facto, e estabelece as penas correspondentes, como é que podem: como suppõe o Art., condemnar na mesma sentença em uma só multa a muitos co-réos, para ter logar o que se dispõe no §. 3.º?

Fóra dos casos excepcionaes, em que a lei, afastando-se do systema do Cod., Art. 41.º, não estabelece multa em determinada quantia, é legalmente impossivel aos juizes a condemnação em uma só multa para todos, porque são tantas quantos os co-réos, e para cada um é indispensavel calculal-as em proporção com o respectivo rendimento e culpa.

Por tanto, mesmo nestes casos excepcionaes, vigora sempre o principio inviolavel da theoria do Direito penal, de

que as penas impostas pela lei são sempre *directas e pessoais* na sua applicação a cada individuo.¹

Não deve confundir-se a reparação civil com a expiação do crime. Por aquella todos os co-réos são responsaveis solidariamente, como se determina no Art. 106.º, e com razão, porque o damno material é um só, mas quanto a esta, como remedio applicado ao mal moral do crime na pessoa do delinquente, a obrigação solidaria é incompativel. É como se existindo dois doentes alacados da mesma molestia se lizesse tomar dóse dobrada a um delles, para curar o outro, ou a dóse simples, que a sciencia prescreve, se subministrasse dividida a cada um!

Temos, pois, na hypothese, que figura o §., uma impossivel moral, e na sua conclusão, na determinação, uma antinomia do que este Art. estabelece com o disposto no Art. 102.º e Art. 41.º: e acrescentaremos, que a mesma disposição é perfeita inutilidade, porque nenhuma disposição do Cod. authorisa o procedimento dos juizes, como o §. suppõe.

Resta-nos fazer uma pergunta, ou antes responder a uma objecção. Fica salvo ao co-réo solvente o direito a haver dos outros a multa integralmente por ellé paga? Será então divisivel por quotas?

Deverão ser excluidos do rateio aquelles co-réos, que não tiverem meios de pagar? Será o co-réo, que pagou, considerado cessionario da fazenda publica, para delles fazer semelhante cobrança? Poderá exigir que se lhe pague da cadeia? Nada disto; 1.º, porque a pena satisfeita legalmente, por uma obrigação pessoal, posto que solidaria, imposta por lei, e por um facto, a que se deu causa, não se pôde repetir no todo, ou em parte, de outro co-réo, em que não re-eabiu: 2.º, porque esse regresso não foi aqui resalvado, como foi na hypothese do Art. 106.º

¹ Fideiut. Dr. Publ. tom. I. pag. 347.

ARTIGO 101.^o

§. 2.^o A obrigação de pagar a multa passa aos herdeiros do condemnado, se em vida deste a sentença da condemnação tiver passado em julgado.

As multas no systema do Cod. representam, em regra geral, ¹ dias de rendimento do condemnado. E assim a lei, exigindo-as, além dos dias, que o condemnado viver, e em que podia ter rendimento, prolonga-lhe por uma ficção legal os dias da vida; e fere, por tanto, directa e materialmente o Art. 119.^o; pois que a duração da pena não acaba, quanto ás multas, pela morte do criminoso: e offende manifestamente o Art. 102.^o; porque a pena passa da pessoa delle. São os seus herdeiros, que a pagam, e, se ella absorver os bens do condemnado, não ha herança, ha confisco.

O mod. Cod. da Prus. formula, no §. 20.^o, a mesma disposição, declarando:

« As multas não poderão executar-se sobre a herança de um accusado, se durante a sua vida não foi condemnado legalmente. »

Apparece então, como temos notado, a offensa do Art. 145.^o §. 9.^o da Carta, que é a disposição do Cod. da Bav. Art. 35.^o:

« La confiscation de la fortune d'un criminel ne peut être prononcée, aux termes de la constitution du royaume (tit. v., §. 6.^o) ni comme peine principale, ni comme accessoire d'autres peines principales. »

A multa tem essencialmente os effeitos do confisco abso-

¹ Mesmo fora da regra geral, estabelecida no Art. 41.^o, e das excepções, a que ali se referia, ha outras calculadas sobre o valor de objectos do crime, como é expresso em diversas leis especiaes, especialmente as fiscaes.

Mas, em ultima analyse, nos termos do §. 4.^o do prescrite Art., todas ellas, são reductiveis a valor pecuniario por dias, distribuidas na taxa de 500 réis por cada dia, maximo fixo para os casos excepçionaes.

luto, sempre que absorve a fortuna de um criminoso, e este confisco os da transmissão da pena, sempre que a mesma herança desaparece pelo encargo da multa, contra a maxima, que era já do Direito romano — « Nullus alieni criminis successor constituitur. »

A palavra *multa* não cobre, nem justifica, a *essencia* da cousa; porque os seus effeitos são directos, e absolutos, como os do *confisco* geral de bens, na hypothese, de que se trata, e, pelo menos, e sempre, em tanto quanto for a parte dos bens, que exigir o direito do fisco.

A transmissão das multas aos herdeiros só poderia legitima e logicamente ser exigida, se, em casos de superveniente morte do condemnado se contasse e exigisse por tantos dias, quantos foram os que decorreram até ao fallecimento, ou que coubessem em sua vida, desde o momento da condemnação.

Ainda assim quando acontecesse, que o réo tenha estado preso, e os juizes não imponham a multa com attenção ao tempo de prisão preventiva, deviam ser eliminados os dias, que houverem decorrido na mesma prisão, em razão do impedimento ao trabalho, que d'ahi resultou ao mesmo réo.

ARTIGO 101.^o

§. 3.^o Se a hypotheca legal pela multa concorrer com a que compete ao offendido pela satisfação do damno, será esta ultima preferivel; e para todo o outro concurso de preferencias com o da multa se observará o que é disposto por direito civil. Art. 110.^o

Suppõem-se, pois, nesta Art. a hypothese de um concurso formado entre dois credores com hypotheca legal: de uma parte o Estado, ou a fazenda, pela multa, e da outra o offendido, pela satisfação do damno: ora como não ha concurso quando os bens chegam para pagamento de todos os credores, Art. 644.^o da Ref. Jud., é claro que, graduado em primeiro logar a pessoa lesada, ou seus herdeiros, o fisco absorve o resto dos bens.

Temos, pois, indubitavelmente, neste caso, a multa convertida em confisco de todos os bens disponiveis do condemnado. Mas a Carta Const. da Mon., no Art. 145.^o §. 19.^o, havia-nos prometido que mais não haveria confiscação de bens—em caso algum.

De resto, na graduação dos dois preferentes necessariamente devia preferir o lesado como credor com hypotheca legal mais antiga que a do Estado. Os direitos do fisco vem da sentença transitada em julgado, nos termos do §. 2.^o deste Art., em quanto que os daquelle vem *ipso jure* do momento da consummção do damno.

Em rigôr de principios, tanto a obrigação de compôr o dano causado, como a de soffrer a multa correspondente, são da mesma data, como consequencias resultantes do mesmo facto. Assim podia entrar em duvida, se o fisco devia preferir pelo seu privilegio.

Mas, nos termos que declarou o Art. 110.^o, a hypotheca legal a favor do lesado, começa no momento em que foi commetido o crime, o que é gráo do Art. 27 do Cod. do Brazil.

ARTIGO 101.^o

§. 4.^o Na falta de bens sufficientes e desembaraçados para pagamento da multa, será esta pena substituida por prisão pelo tempo correspondente. Quando a multa fôr de quantia taxada pela lei, e o condemnado não tiver bens sufficientes e desembaraçados, será esta pena substituida pela de prisão, a rasão de 500 reis por dia. Art. 30.^o, n.^o 4.^o; 41.^o

A substituição pela prisão tem, pois, logar sempre que não hajam *bens sufficientes e desembaraçados*.

Tem, pois, de correr a execução para se verificar a execução; não-de ser penhorados todos os bens do condemnado, e depois de executidos, o supplemento da execução é o corpo, a liberdade, do condemnado. Temos assim, nesta hypothese alguma coisa peor que o *confisco* de todos os bens. Depois d'elle temos a prisão. Temos neste caso o *confisco* aggravado com a *prisão*, só porque o condemnado tem a desgraça de ser pobre; quando pelo direito velho só podiamos ter a *prisão aggravada* com o *confisco*. A prisão toraa-se uma pena supplementar ao *confisco*, em quanto que, antes da Carta, o *confisco* entrava sempre como pena accessoria!

«Está aqui¹ o confisco tão patente e claro, que no §. 4.^o do Art. 101.^o se suppõe que haverá casos, em que as «multas pecuniarias absorvam completamente os bens do condemnado! E tanto isto é exacto, que ahí se providencia «para essa hypothese, estabelecendo-se o direito hypothecario, e regulando-se o direito de preferencia entre credores. E pôde acontecer que mesmo, depois de executidos to-

¹ Disgámos-nô, já na câmara dos Pares, em sessão de 15 de maio de Maio de 1823.

« dos os bens do condemnado, ainda tenha elle de estar na prisão por tanto tempo quanto seja necessario para satisfazer a total quantia, em que fora multado. »

Mas se, feita a substituição, por se verificar ao momento della que o condemnado não tem bens sufficientes para pagamento, foi elle recolhido á prisão, e ali morreu sem que houvessem decorrido tantos dias quantos correspondessem ao tempo ou á quantia; e acontecer, que, ou por se desembaraçarem bens de outros encargos: ou por não serem conhecidos ao tempo da execução da sentença: ou por se vencerem litígios a favor do preso; ou por algum meio de transmissão *moris causa*, ou *inter vivos*; os bens apparecem ao tempo da morte, terá ainda o fisco o direito a baver dos herdeiros do condemnado o resto da multa em relação ao tempo não cumprido pela prisão? Ou deve-se julgar extinta a pena pois que o condemnado lhe prestou quanto tinha de vida? Não será clarissimo que neste caso, em relação aos herdeiros, não é a multa que se lhes transmite substituída pela prisão, mas a prisão substituída pela multa? E pois a pena, a passar aos herdeiros, que não foram delinquentes, em opposição ao Art. 102.^o, subsequente: é não só multa que não acaba, mas a pena que revive, que ressurgue, pela morte do condemnado, em relucância com o Art. 119.^o

O Cod. é omisso sobre cada uma d'estas difficuldades, que muitas questões, e decisões diversas poderão produzir nos tribunaes.

Se, no systema do Cod., as penas devem sempre ser certas e definidas na sentença, para que não sejam arbitrárias ou inadequadas na sua applicação, a substituição da prisão pela multa, feita *ipso jure*, repugna com este principio. Ou o delinquentem, ou não tem, meios conhecidos de pagar; se os não tem, se é conhecida a sua pobreza ao momento da sentença, o juiz deve logo abandonar a multa, quando pena principal, escolhendo outra pena. — Assim se acha providenciado em o nov. Cod. da Prus. Art. 17.^o, mandando então impôr a prisão simples, calculado cada dia de prisão de um a trez escudos.

Se é duvidoso, que tenha esses meios, e o juiz impõe a multa, ou como pena accessoria, ou como pena principal, então, se é principal, e o réo não paga dentro de um prazo, que o mesmo juiz deve marcar na sentença, deve o con-

denado ser recolhido á prisão e nella conservar-se até que sejam executados os seus bens, devendo, porém, a execução terminar-se dentro de outro prazo, que o mesmo juiz deve fixar. Corridos os prazos fixados, ou executados os bens, e verificada assim a pobreza do réo, deve elle ser solto, levando-se-lhe em conta na execução futura o tempo da prisão calculado a razão de 1\$000 rs. por dia.

Se a multa é somente accessoria, basta a garantir os direitos do Estado, a sua execução apparellhada. Deve conceder-se á pobreza, que já suportou a privação do trabalho, pela expiação do delicto, a remissão do accrescimento da prisão, que improduttivamente lhe agrava a pena corporal, que já soffreu.¹

« Cumpre mais notar, que neste §. 4.^o estabelecem-se duas hypothesees para se substituirem as multas por prisão: uma é para quando a multa houver sido imposta, segundo as provisões geraes do Cod., que mandou regular a penalidade na razão de certos dias de rendimento, calculado entre o minimo de 100 réis, e o maximo de 2\$000 réis, e querendo que, nesta hypothese, a substituição da prisão corresponda em dias aos da condemnação em multa. A outra hypothese é quando a quantia da multa já está taxada no Cod., e nesta quiz que a substituição fosse também a correspondente, mas regulada na razão de 500 réis por cada dia de prisão: resultando daqui uma grande injustiça, e uma desigualdade espontanea!

« Um homem, por exemplo, condemnado em um anno de multa, mas que o juiz calculou em 100 réis, ou total 36\$500 réis, tem de estar, por substituição, na prisão tan-

¹ Milíades, um dos maiores capitães de Athenas, o vencedor dos barbares e dos persas; o companheiro de Aristides, de Temistocles, e de outros capitães celebres: teve de responder a um processo, perante seus ingratos concidadãos, como responsavel do terror panico de seus soldados, e das feridas que o haviam impossibilitado de alcançar mais uma victoria. O magistrado da assembleia popular commutou-lhe a pena de morte, *braithrum*, em multa de 50 talentos: e o condemnado, não podendo pagar, foi recolhido a uma prisão (an. de Roma, 265), aonde morreu cheio de pesar e de miseria.

É isto que importa, ou que póde importar a multa substituída pela prisão! Recuamos milhares de seculos! Os Alcibiades dos nossos dias não terão igual sorte, mas pódem tê-la os mais cidadãos, que, por sua pobreza, não possam pagar as multas, em que forem condemnados.

² Dissêmo nós mais na referida sessão. Vid. Comm. ao Art. 30.^o n.^o 5.^o, e Art. 41.^o

«to tempo, como outro, condemnado em um anno de multa, que o juiz calculou em 2\$000 réis diários, ou total de 730\$000 réis.

«Este mesmo soffre menos que outro, que foi logo condemnado em multa, não arbitrada pelo juiz, mas taxada na lei, porque imposta, por exemplo, nos termos do Art. 319.º, na quantia de um conto de réis, tem de estar preso 2.000 dias, calculados cada dia a 500 réis, em quanto que o primeiro para pagar a mesma quantia calculada na sentença no maximo de 2\$000 réis por dia, tem de estar preso apenas 500 dias: correspondendo sómente á quarta parte do tempo. Isto é injusto! Injustissimo! Quando aliás o Cod. deveria ter-se fundado nas solidas bases da justiça, e da equidade, como nos fôra prometido na Carta Const. da Mon.

«Muito pelo contrario, neste ponto, longe de se legislar, segundo a sã philosophia do Direito criminal, foi-se aggravar a nossa legislação actual!

«Na Ref. Jud., não só no Art. 935.º, como em muitos outros, está avaliada cada dia de prisão em 1\$000 réis; é claro, pois, que o Cod. taxando cada um dia de prisão na quantia de 500 réis, veio aggravar esta penalidade. A lei da liberdade de imprensa de 1834, estabelecia tambem a multa na razão de 500 réis por dia, mas esta lei foi alterada pela de 3 de Agosto de 1850, o que foi um reconhecimento solenne, feito então pelo parlamento, de que era preferivel a regra estabelecida na Ref. Jud., com quanto esta ultima lei fosse revogada por um dos decretos da dictadura.

«Muitos são os Art. da Ref. Jud., em que a multa paga com a prisão é calculada a 1\$000 réis por dia: mas lembrei até aquella Art., que tratando da jurisdicção da policia correccional equipara 20 dias de prisão a 20\$000 réis de multa.

«Em verdade, sr. presidente, em muito pouco se avalia a liberdade do homem, quando se calcula em 500 réis cada dia de prisão! A Carta Const. aprecia mais a liberdade do cidadão, porque não quer que ninguém vá á prisão logo que preste fiança, nos casos em que a lei a admitte [apoiados].

«A Carta tem todo o respeito pela liberdade do cidadão, a Ref. Jud. nos seus Art. respeita a Carta, e vai em harmonia com os seus bons principios, e estes auctoriçam ser

«mais respeitados que despresados por este modo! O fiador, por exemplo, nas fianças criminaes, pôde, segundo a Ref. Jud., ser preso, e cada dia de prisão lhe é contado a 1\$000 réis: mas essa prisão não pôde nunca, diz esta lei, exceder a um anno.

«Os principios contrarios, que se adoptaram no Cod., parecem mais um meio indirecto, para obrigar as mulhéres, filhos, ou amigos, a remirem os condemnados, como se remiam os captivos em Argel, em proveito do fisco! É por conseguinte uma provisão financeira!

«Mas isto é um erro condemnado já por Beccaria, dizendo que os delictos não devem ser o patrimonio do príncipe, aliás que o poder destinado a defender a sociedade, tem todo o interesse, tanto em que ella seja atacada, como na punição dos delinquentes.

«Estas palavras de Beccaria, quando pronunciadas, foram applaudidas por toda a Europa.

«O nosso Cod. imitou nesta parte os defeitos do Cod. de Napoleão, a respeito dos quaes se diz e se escreve em França, que a Carta de 1814 aboliu, é verdade, o confisco dos bens, mas que essa abolição só foi no nome, porque ella ficou nas multas, accumuladas ás custas.

«Do mesmo modo, e pelo mesmo argumento, a confiscação, a despeito da Carta Const., fica existindo entre nós. Se foi abolido o mesmo confisco foi só em proveito dos ricos; porque para os pobres as multas, juntas ás despesas, e custas de um processo crim., só servem de reduzir muitas e muitas familias innocentes á miséria, e á indigência! [apoiados].

«Este negocio é muito grave! Sr. presidente, pelo calculo que perfunctoriamente fiz, ha no Cod. nada menos do que cento e sessenta e cinco casos, em que a multa se applica, ou como pena principal, ou como pena accessoria!

«Esta prodigalidade perverte, e faz degenerar a pena, e por isso considero indispensavel, que fique reduzida aos casos de contravenção, a alguns de policia correccional, e aos crimes, que revelam no culpado o espirito da avareza, ou sêde de ouro.

«Além disso, em harmonia com o Cod. da Aust., que consigna estes principios, cumpre sempre attender ás circumstancias da familia dos réus, e vêr se as multas podem ou não, affectar interesses de terceiro, para que se não fira

« o principio, de que as penas não devem passar da pessoa « do delinquente. »

Sem considerarmos perfeito o Cod. do Braz. no que respeita a satisfação das multas, nem adoptáveis as suas disposições, seriam com tudo muito melhores que a do nosso Cod. porque alli, se previnem muitos inconvenientes e difficuldades, que deste §. hão de resultar necessariamente, como se vê dos Art. 55.^o, 56.^o, 57.^o, e 32.^o

Em primeiro lugar, para remover a idéa de confisco, em vez de applicar as multas para o Estado, como faz o nosso Cod. no Art. 41.^o, manda-as recolher aos cofres das camaras municipaes. O Cod. d'Aust., P. 2.^a Art. 9.^o as manda applicar *sempre* em beneficio dos pobres do lugar, em que se commetter o delicto.

Em segundo lugar, ao condemnado são concedidos oito dias, para dentro delles pagar, e se não ha esperanza de possibilidade de pagamento, é logo commutada a multa na *terça parte* mais da pena de prisão, quando esta é comminada nos respectivos Art. do Cod., segundo a disposição do Cod. do Proc. Crim. Art. 291.^o, que não tem repugnancia alguma com os ditos Art. 55.^o, 56.^o, e 57.^o do Cod. Pen., como bem se declarou no Aviso de 17 de Junho de 1836, não obstante o de 15 de Fevereiro de 1837, porque o Art. 56.^o e 57.^o suppõe sempre a possibilidade do pagamento por meios, que o condemnado possa adquirir pelo seu officio ou profissão, ou qualquer outra industria, e o Art. 291.^o do Cod. de Proc. Crim. contempla a hypothese da impossibilidade, não na actualidade, mas absoluta, assim como a da multa ser imposta como accessoria á pena de prisão, para poder esta dispensar aquella, aggravando-se com um terço mais.

Quando a multa não fór accessoria á pena de prisão, mas a outras de diversa natureza, como no caso do Art. 149.^o do Cod. Pen., ou quando fór pena unica e principal, como no Art. 152.^o do mesmo Cod., não pôde ter lugar o que dispõe o dito Art. 291.^o do Cod. de Proc. Cr., mas sim o Art. 56.^o do Cod. Pen., não derogado, por tanto, por aquelle como pretendeu o cit. Aviso de 1837.

Accresce, que, nos termos illimitados da disposição deste nosso Art., accrescentado com o Art. 41.^o, um condemnado pôde estar preso por tempo de tres annos em substituição de multa. O Cod. Hesp., no Art. 49.^o determina, que nunca a detenção por semelhante motivo possa exceder

a dois annos. O Cod. da Bav., Art. 36.^o, mais justo apreciador da liberdade do cidadão, estabelece que a duração da incarceration por tal motivo nunca possa exceder a tres mezes. O Cod. do Braz., mais logico, e mais coherente com a natureza da pena, determinou no Art. 57.^o, não a substituição de prisão simples, correspondente aos dias da multa, mas a prisão com trabalho, em tanto tempo quanto fór necessario para os condemnados ganharem a importancia della. O Cod. das Duas Sic., mais philosophico, e mais justo nesta parte, que os antecedentes, ao passo que no Art. 30.^o prohibiu as multas, como pena principal, em materia criminal, no Art. 49.^o estabeleceu:

« Dans les cas d'amende ou de dépens prononcés au « profit de l'Etat, le condamné constitué en prison... obtient- « dra s a liberté, s'il prouve, conformément aux réglemens « en vigueur, l'impossibilité absolue, où il est de payer, sauf « toujours l'action réelle, s'il lui survient quelque moyen de « solvabilité. »

O nosso Art., admitindo a multa, tanto em materias criminaes, como correccionaes, ou policiaes, e quer como pena principal, quer como pena accessoria, e estabelecendo sempre a substituição, segue-se quando accessoria nas penas perpetuas de trabalhos publicos ou de prisão, ou nas temporarias tornadas perpetuas, por sobrevir a morte do culpado, se torna ella de impossivel cobrança, na insufficiencia de bens; e nas outras penas restrictivas da liberdade, é um meio de lhes prolongar a duração, em contradicção com o principio estabelecido no Art. 79.^o

Nesta contradicção não labora o Cod. Hesp., no cit. Art. 49.^o, quanto ás penas de prisão por quatro annos, ou outras mais graves, determinando que então não possa ter lugar a ordenada substituição, que, como fica notado, nunca pôde, quando fóra desses casos, exceder o tempo de dois annos.

O nosso Art., por tanto, só pôde ser comparado com o mod. Cod. da Prus., que no §. 17.^o, mandou que o culpado, em raso da sua indigencia, podesse sofrer a prisão, até quatro annos! ⁴ Ou com o Cod. da China, aonde irre-

⁴ Este Cod. tão philosophico a muitos respeitoes, contém, entre outras, esta gravissima injustiça. E não só isto, pois que no mesmo §. manda commutar a multa na prolongação da pena da prisão aggra-

missivelmente elle sofre a pena corporal (*coups de bambou*), se não é paga a somma pecuniaria, *proporcional* ao numero dos *acoutes*, em conformidade com tabellas penaes, em dez grãos, desde 10 até 100!

Finalmente, o presente Art., ou não previu, ou não julgou dignas de attenção as duas hypothèses previstas no Art. 34.^o do Cod. da Bav.: 1.^o a de se tratar de menores de 16 annos; 2.^o de prodigos em curatella legal. Nem uns nem outros podem ser feridos na bolsa, que não tem, ou de que não dispõe, donde resulta, que nunca devem ser condemnados em multa, e, por tanto, nunca pôde a respeito delles ter logar a substituição feita depois da sentença, mas só na mesma sentença; o que pelo mesmo Art. se amplia aos réos reconhecidamente pobres, ou quando estes mesmos requererem aos juizes essa commutação.

Em conclusão, pois, e além do que já ponderámos, ao Art. 30.^o n.^o 4.^o, e Art. 41.^o, não criticámos sómente, refulámos as determinações do Cod. no que diz respeito a este elemento de penslidade, sua applicação e execução; e provocámos instantemente a sua reforma.

rede de trabalhos forçados, se esta foi conjuncta com aquella na condemnación!

De sorte, que, em tais casos, as penas, não são duas, mas uma só, remissível uma parte da sua duração pelo dinheiro, se o condemnado poder pagar, ou tiver quem por elle pague, e insignificancia da multa. Privilegio a favor dos ricos, rigôr contra os pobres!

As penas não passarão em caso algum da pessoa do delinquento. Art. 54.^o e §. 1.^o; 53.^o; 101.^o, §. 2.^o.

É esta uma condição essencial, de que depende a legitimidade de toda e qualquer pena.

« La repression des délits, [havia dito Rossi, Tr. de Dr. « Pén., Liv. 1.^o C. 13.^o] par la peine n'est donc légitime « qu'à la condition que la peine s'appliquera aux coupables, « et aux coupables seulement »

A demonstração é facil, não só pelos principios da imputação das acções humanas, e da justiça, mas pela natureza mesma do objecto das penas. Degeneram de *remedio em mal*, quando, além das necessidades sociaes, recahem ou reflectem, directa ou indirectamente, sobre pessoas, que não commetteram os maleficios, nem para elles concorreram. Se as penas devem ser um *remedio* contra a *doença moral*, que revela o crime, seria *absurdo* não restringir a applicação do mesmo *remedio* ao individuo ou individuos affectados da *doença*, ampliando-o a outros em estado de *saude*.

Assim o havia estabelecido a Carta, Art. 145.^o §. 19.^o. Assim se acha consignado em muitos Cod. da Europa como no da Aust.: P. 1.^a Art. 25.^o « La culpabilité comme la « peine ne peuvent atteindre aucun autre que le delin- « quant. »

Mas o Cod., como temos demonstrado em muitos lugares, não foi fiel a este principio, que é, não só um dogma do Dir. Pen., mas um preceito da Const. do Estado.

É mesmo *impossivel*, que as penas em seus *effeitos necessarios e naturaes* deixem de reflectir em pessoas, que não commetteram o crime. O legislador não pode evitar a falta, o damno material, que, em rasão do cumprimento de uma

pena, pôde soffrer uma esposa, um filho, um credôr, um protegido, do condemnado.

Considerada a pena, um *remedio contra o mal do crime*, esses *effeitos* quando naturaes, quando *essenciaes* á penalidade, são desastres inevitaveis, como os que resultam da morte, da ausencia, ou das doenças naturaes. Os lesados tem motivos de lamentar a sua desgraça, mas não o *direito* de se queixar.

Mas quando a lei, não só não atténua o mal alheio resultante necessariamente da applicação do remedio penal, mas ainda o agrava em razão de accessorios, que estabelece, só porque o legislador assim o teve por conveniente, a lei é injusta, porque a pena, ou aggravação della, em seus effeitos, apparece passando da pessoa do delinquente, posto que a sentença só a este condemne.

Este Art., por tanto, assim como o §. 19.º do Art. 145.º da Carta, não passa de um bello ideal, constantemente violado na pratica.

Violado, na imposição das penas pecuniarias, que saem do monte commun, e que poderiam constituir ou augmentar o acervo da herança, para a meação ou legitima dos filhos, a respeito de todos os condemnados, que tenham uma familia, e por onde paguem: violado a respeito de todas as penas corporaes, que se apossam da vida, ou liberdade dos condemnados, inhabilitando-os pelo mesmo cumprimento dellas, de reparar o damno individual, que causaram, tanto quanto lhes teria sido possível, se a penalidade fosse combinada de modo, que essa reparação fosse considerada uma das suas condições e elementos essenciaes.

Todavia, este principio, se não tem produzido todas as consequências, que delle deviam derivar-se, é um grande passo dado na carreira da civilisação e da reforma do Dir.

¹ Cod. Pen. da China, Div. 1.ª Sec. 18.ª, não quer, por isso, que soffra a morte o criminoso, que tiver um pai, mãe, filho ou filha ou outro ascendente a que sirva de unico amparo: 100 varas e a correspondente multa substituem então a pena.

O Cod. da Austr., Part. 2.ª Art. 23.ª, nas *graves infracções de policia*, manda substituir e abreviar a pena de prisão e as multas quando da sua maior duração ou quantidade resulte prejuizo aos meios de subsistencia do condemnado, e de sua familia. No mesmo sentido é redigido o Art. 443.º do mesmo Cod., mandando que as autoridades judicarias, considerem, em tal caso, a execução das penas com os interesses das familias.

Pen. Por elle, ao menos, acabou o *confisco directo*, assim como acabou a *infamia e perda da nobreza*, que se transmittia de pais a filhos, a toda a geração de um condemnado por certos crimes.

A *intimidação* e a *vingança* eram os fins predominantes, exclusivos, da penalidade; e, o que é mais de admirar, nos crimes de lesa magestade, a nossa legislação admittia a opinião dos *antigos sabedores* qualificando a *doença moral* do criminoso como se fosse *lepra*; — «porque assim como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se « poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a « tem, e aos que com elle conversam, pelo que é apartado da « communicação da gente: assi o erro da traição condena « o que a commette, e empece e infama os que de sua li- « nhagem descendem, posto que não tenham culpa.» como se vê da Ord. Liv. 5.ª tit. 6.ª pr. copiada da Man. mesmo Liv., tit. 3.º pr. ¹

E assim se executava e julgava, como aconteceu a respeito dos crimes, a que se refere o Decr. de 17 de janeiro de

Por falta de regras e preceitos claros a semelhante respeito; quantas vezes os jurados em França não absolvem um culpado, ou, pelo menos, não declaram a existencia de circumstancias attenuantes? Quantas entre nós não poderá produzir a absoluta impunidade? Se toda a destruição de meios de subsistencia importa um attentado contra a vida humana, como demonstra Achilles Guillard, *Statist. hum.*, toda a pena destructiva desses meios, quando refferte sobre terceiras pessoas, faz necessariamente passar a pena da pessoa do delinquente.

¹ Esta Ord., barbara em todo o sentido, ainda ampliava a mesma idéa nos §§. 9.º, 13.º, e 14.º, determinando 1.º que o confisco de todos os bens se realisaria em prejuizo dos descendentes, ou ascendentes, havidos antes ou depois do commettimento do malheito; 2.º que a *infamia perpetua*, nos filhos, sendo *varões*, importaria inhabilitação, para nunca haverem honra de cavallaria, nem outra dignidade, ou officio; 3.º que não poderiam adquirir bens de algum parente, ou estranho, nem por testamento, nem ab intestato, nem por doação. Era tambem consequencia da infamia, por outros leis, a incapacidade de ser tutor, procurador em juizo, etc.

Assim copeream os Filipistas a Ord. Man. do mesmo Liv. tit. 5.º §. 9.º e 13.º, com quanto adaptassem ao mesmo tempo a modificação — «salvo « sendo primeiramente restituídos por o rey a sua primeira fama e estado» especie de rehabilitação, concedida por graça especiaissima aos inno-centes!

A mesma Ord., no seu pen. §., levava tão longe o rigôr, que mandava processar por crimes taes os culpados, ainda que morressem antes de ser presos, accusados, e infamados, e isto para o effeito do confisco e para que sua megoria fuisse damnada. Era logico; pois se não existiam os criminosos, existiam os direitos do fisco, assim como os filhos para a transmissão da infamia. Os Filipistas conservaram semelhantes disposições!

1759, ainda que, em contradicção com estas idéas, se reservava a successão nos bens de morgado, feudo, ou fôro, que não era prejudicada, quando os bens não tinham proveniência da corda. Notavel contrassenso, que a lei de 3 de Agosto de 1770 veio destruir, nos §§. 11.º e 12.º, quanto aos bens vinculados.

Effectivamente, convertidos os morgados, de Direito commum que eram, em privilegio da nobreza, era logico não respeitar mais a vontade dos instituidores, e considerar as linhas dos traidores, como *aridas, seccas, e caducas*, assim como privar os mesmos instituidores, quando vivos, do direito de transmitir a nobreza perdida por taes crimes, embora tivessem já passado os morgados a terreiros.

Apesar, porém, das palavras, com que as cit. Ord. e leis parecem coherer a transmissão das penas em seus effectos, as verdadeiras causas impulsivas do legislador são manifestamente, como fica dito, a expressão da colera e do receio; a vingança e a intimidacão. Quiz que os que projectassem semelhantes crimes pensassem bem, que não só compromettiam a sua existencia, mas que prejudicavam horriavelmente a civil e politica dos seus descendentes, e, não confiando assim na efficacia da maior e mais cruel das penalidades, buscou maior somma de protecção, escudando-se nos

Por uma inconsequencia, porém, dos Filippistas, se as mães eram as culpadas, a pena da infamia da Ord. não passava dos filhos, ficando livres della os netos. E por outra inconsequencia da Ord. Man. os filhos podiam succeder a suas mães, e outros parentes ou estranhos, se estes não eram co-reos.

Estas determinações tinham, em geral, por fonte remota uma lei de D. Afonso II, de que foi extrahida a Ord. de D. Afonso V, mesmo liv. tit. 2.º ainda se diz, que a traição — « *degenera e mazetta a fama daquelles, a que daquella tihagem veem, posto que nom ajam em ello culpa, da qual sa que todavia ficam enfiados por ella.* »

O mesmo D. Afonso II não havia feito mais, que adoptar a disposição da Const. dos imperadores *Aradio e Honorio*, inserta no Cod. Lib. 9.º ad *legem Jul. maj. l. 5.º*; reproduzida no Decr. de Graciano, C. VI Q. 1.º C. 22.º; ou antes a lei das Part. do rei Afonso de Castilla, Part. VII Cap. 2.º

Muitas outras dentro as noções modernas imitaram o exemplo? Constituição, porém, foi esta dos imperadores exorbitante dos principios de Dir. natural, adoptados, e proclamados, no mesmo Dir. Rom., como demonstra exuberantemente *Hatchet de crimina*, lib. 48.º D. tit. 2.º, Cap. 3.º n.º 6.º e seg. Vid. *Mello Fr. Jur. Cr. tit. III, §. 2.º e 3.º*

Nos termos da citada Ord. §. 1.º, a que corresponde a Man. §. 14.º

sentimentos de afeição, que a natureza gravou no coração dos homens. Adoptado este ahiure da defesa, a consequencia era a sua execução, a *vingança*, sem a qual ficaria estéril para outros a *intimidacão*.

Por isso em toda a parte do mundo a clemencia dos principes, e principalmente dos que, por timidez ou tyrannia, receram pela sua existencia, individual ou politica, era muito rara nos antigos tempos, dada a hypothese de semelhantes crimes.

O Cod. Pen. da China, que na Divis. 1.ª Secç. 22.ª estabeleco a regra geral de que um menor de 7 annos, ou um velho de 90, não é sujeito a pena alguma, excep-

¹ Rossi no liv. 3.º Cap. III diz:

« *L'effet préventif du mal indirect n'est pas moins variable, selon les circonstances où se trouve placé celui, qui medite un crime. Plus d'un conspirateur a reculé devant la perspective d'une famille plongée dans la misère; plus d'un projet criminel a été dissipé par les maux d'un enfant caressant le front d'un père qu'une passion malfaisante avait pressuré subjugué.* »

É verdade: mas será justo tirar desses factos a consequencia de que as penas devem, sem modificação alguma, passar da pessoa dos delinquentes, quando em seus effectos, ou mal indirecto, fôrem uma familia, por tal modo, que a reduzem á miseria? Será, mesmo conveniente aos interesses sociais, atrojar á perpetração do crime, pela desgraça, os membros dessa familia? Reduzil-os á mendicância, ou crear, pelos effectos da penalidade, novos encargos sobre a caridade publica ou privada?

O certo é que, se a perspectiva da miseria de uma familia, e as cativas de um filho, podem algumas vezes dissipar um projecto criminoso, a mesma causa, muitas mais vezes, como provam as estatisticas criminaes, conduz, por um modo quasi irresistível, á perpetração dos crimes.

O certo é que, como diz Rossi no mesmo Cap.

« *Les effets accessoires ne se vérifient pas tous dans tous les cas ni avec la même intensité pour tous les hommes.* »

Donde é consequencia logica, que legislador, juizes e jurados, devem tomar em contemplação a intensidade relativa das penas, no interesse da justiça, da prevenção, e da igualdade na distribuição das mesmas penas, que na pratica se torna desigualdade, quando as circumstancias pessoais, directas ou indirectas, são diversas.

O bem e segurança social exigem, que se evite o contagio e se cure a enfermidade mallefica, mas tambem se deve evitar, tanto que a applicação do remedio gere causas productivas de crime, como que, tanto quanto possível, a pena, degenerando em mal nos seus effectos, vá punir o innocente de envolta com o culpado.

Conciliar todos os principios de justiça moral com os da justiça social em taes casos, é problema difficil da legislação criminal; mas a protecção, que a lei deve a todos os cidadãos não pôde ser sacrificada pela execução da penalidade, sem que uma necessidade absoluta e bem demonstrada de preponderante interesse geral exija esse sacrificio.

tua os casos de traição e de revolta, com quanto, em geral, determinasse, que, nos casos de pena capital, o menor de 10, e o velho de 80, fosse particularmente recomendado á commiserção do imperador!!

Quanto ás penas não é admissivel transacção nem compensação. Art. 13.º; 19.º n.º 22.º; 20.º n.º 9.º, e 11.º; 122.º; 400.º; 402.º.

O principio, nos termos absolutos, em que se acha redigido, não é verdadeiro a respeito da transacção nos crimes, cujo processo ou execução depende da vontade do offendido, como veremos em muitos casos do Cod., e desde já apontámos o Art. 400.º e 402.º; pois, nos casos de estupro ou violação, o criminoso se evade á pena *transigindo* mediante o casamento com a pessoa offendida; nos de adultério, *transigindo* o marido com a mulher, por meio de cohabitação ou de perdão.

Os nomes não influem na essencia das cousas; desde que o Cod. admitte o perdão, ou a desistência, da parte offendida pelo crime, como circumstancia dirimente de todo o processo e pena em certos casos, admitte virtualmente, nesses casos, a *transacção*, como se conclue do Art. 122.º

Isto procede tanto mais, quando nos casos de damno individual o culpado reparou o damno, e foi, em consequencia dessa reparação, que o offendido desistiu plenamente da accusação.

A reparação, é verdade, não foi *espontanea*, como se requer em o n.º 9.º do Art. 20.º, mas como o *direito social de punir* depende da vontade do offendido, e a vingança social, não é, em taes casos, senão o exercicio authorisado da *vingança privada*, a lei e os tribunaes não devem ser mais inexoraveis, que essa vontade, importando pouco ao legislador saber se o perdão ou desistencia teve por causa um sentimento de generosidade, ou de piedade christã, ou um interesse, ou transacção onerosa, que houvesse entre a parte e o delinquente.

Effectivamente o Art. 122.º é concebido em termos geraes, e por essa razão comprehendeu sem confundir, tanto

o perdão como a desistência, que pôde ser o resultado de outro motivo, muito diverso do perdão, que de sua natureza é sempre gratuito.

Assim, pois, ficam authorisadas, nestes casos, as *composições pecuniarias*, não só durante o processo, mas na pendencia delle, como vestígios do antiquissimo Direito criminal, outr'ora praticado, mais ou menos, pelas nações tanto antigas como modernas.

Demais, mesmo nos casos graves, em que sempre tem lugar a acção da Justiça, independentemente do perdão ou desistência da parte accusadora, esse perdão ou desistência, posto que não seja dado antes da denuncia ou querella em juizo, muito deve influir, como circumstancia attenuante, para a modificação da pena, sempre que importe reparação do damno, e se possa demonstrar, que os factos de processo não são exclusivos da *espontaneidade*, que requer o cil. n.º 9.º do Art. 20.º

Temos, por tanto, menos exacta a proposição do presente Art., mesmo a respeito de qualquer crime, em que o offensor tenha transigido com o offendido sobre os damnos resultantes do mesmo crime.

Assim resulta da combinação do dito n.º 9.º do Art. 20.º com o Art. 122.º, que ficam paguando com o presente Art.

Quanto á *compensação* das penas, em crimes ou delictos, pelos premios devidos a serviços prestados antes ou depois dos mesmos crimes ou delictos, *tambem* o principio não é verdadeiro, nos termos absolutos, em que é concebido. Tem o Cod. muitos exemplos authorisados, no Art. 176.º, em favor dos co-réos dos crimes previstos nos Art. 144.º, 145.º, 172.º, e 164.º, no Art. 213.º, e Art. 283.º §. 2.º

Nada ha, diz Pastoret, menos digno de favor que a denuncia, feita por um dos co-réos; mas os exemplos citados demonstram, que, ou o Cod. não foi fiel ao principio, que estabeleceu, ou que, para coherencia com semelhantes declarações em outros logares, e se evitar a menor sombra de antinomia, devia no presente Art. ser modificada a minima generalidade.

Tambem não é absolutamente verdadeiro o principio, quanto á *compensação em parte* das penas, em consideração das acções boas ou serviços prestados á patria anteriormente

te ao crime, posto que sem relação directa com o mesmo crime. O comportamento anterior do condemnado, manifestado por seus serviços, ou acções boas, pôda muitas vezes ter muita correlação com a apreciação do *elemento moral*, que constitue o crime. Esse comportamento pôde demonstrar aos juizes um *menor gráo de perversidade* na pessoa do delinquent, em conformidade com o n.º 19.º do Art. 22.º, precisamente, por uma razão opposta á que faz *considerar maior gráo de perversidade*, na concurrencia de crimes ou nas reincidencias.

Não é por isso inteiramente inutil, e se está praticando, ao Ministerio Publico articular a má conducta anterior, assim como aos réos allegar e provar o contrario.

Se a prova favoravel ao réo conduz os juizes a attenuar a pena, em conformidade com o Art. 80.º, temos na essencia uma compensação na parte da pena, que se remitte. 1

A *compensação* é até certo ponto de justiça: porque tratando-se da apreciação do elemento malefico, o cidadão comparece a dar oultas do seu procedimento com relação ao crime; e não pôde então ser privado de allegar e provar, amplamente, toda a sua defese, em todas aquellas circumstancias, que precederam ou seguiram o crime, para mostrar que a sua perversidade, que a sua *enfermidade moral*, manifestada pelo crime, não é tanta, como esse crime pareceria revelar á primeira vista, se fosse considerado isolada ou abstractamente.

O n.º 11.º do Art. 20.º authorisa expressamente essa defese; e seria injustificavel o procedimento do legislador se punisse com aggravação o facto criminoso, em razão de outros factos anteriores já punidos, como na hypothese das reincidencias, conforme ao n.º 21.º do Art. 19.º, ou ao Art. 85.º e 86.º, e despresasse a contemplação das acções meritorias, com quanto anteriores ou posteriores.

Por ex., um homem com premeditação matou outro homem, mas, antes ou depois do crime, expoz corajosamente a sua vida, para salvar, e effectivamente salvou, das vagas do oceano, ou da voragem do incendio, um velho, uma criança, um principe, uma criança: tudo, contando, ser condemnado á morte pelo assassinato? Não seria semelhante pena uma immoralidade, reprovada pelo sentimento universal?

Quem dirá que esse homem é o maior dos perversos, inacessivel a todo o desejo do bem, a todas as inspirações da virtude ou de actos de heroismo e dedicação a bem da sociedade e da humanidade? E se não pôde isto dizer-se, em taes circumstancias, como é que pôde declarar-se que em materia de penas não ha compensação?

Se o Art. 12.º se accrescentasse, que, contra a disposição da lei penal não é causa justificativa, qualquer genero de compensação, assim como a não é o perdão ou desistencia do offendido, nos casos em que a Justiça tem lugar independentemente da accusação da parte: ficaria verdadeira semelhante declaração; mas assim generica, como aqui se acha, não pôde admitir-se: porque, pela *compensação*, nem de circumstancias attenuantes, se podem reduzir as penas segundo as regras geraes, e o que então resta da pena ordinaria representa o *saldo passivo*, reduzido uma parte do *debito penal*, absorvido, ou compensado.

O que os juizes não podem fazer em taes casos é moderar ou compensar as penas além dos limites prescriptos na lei. Para a compensação ser completa só pôde aproveitar ao delinquente a resolução do Poder Moderador.

O mod. Cod. da Prus., §. 153.^o, também admittie a compensação nas penas, no caso das injurias, correspondidas *in continente*, assim como no §. 188.^o se determina a respeito de offensas e máos tratos corporaes. É menos justificavel semelhante compensação, porque vem de circunstancias estranhas á pessoa do mesmo delinquente; mas não deixa de ser attendivel em casos menos graves, porque, por ex., em uma briga, em que saíram contusos, ou feridos, dois ou mais contendores, se cada um delles tomou por suas mãos o cuidado de se vingar, ou se mesmo a briga degenerou em estado reciproco de defesa, cada um delles recebeu um castigo corporal, e entre ellos ficaram assim saldados as suas contas, restando sómente á sociedade punir a desordem em si mesma, distinguindo o author ou auxiliares della, e o excesso, maior ou menor, de provocação ou de retribuição, com que se houveram.

O Cod. Pen. da China admittie uma especie de compensação nas penas, ou para as diminuir ou attenuar, quando os delictos são commettidos por pessoas *privilegiadas*. O mesmo processo não pôde ser instaurado sem ordem expressa do imperador.

Dá fundamento ao *privilegio*, e, por tanto, á compensação, entre outros motivos: 1.^o, uma longa carreira de serviços; porque prova uma fidelidade inhabalavel: 2.^o, as grandes acções, ou de heroismo e dedicação civica; porque o seu exemplo deve ser honrado e respeitado: 3.^o, uma sabedoria e prudencia não commum, empregada em beneficio

pelo credito merecido: segundo os falsos principios da imputação, que, aliás, não adoptamos, como temos ponderado.

No Supremo Tr. de Just. tem sido, algumas vezes, reconhecida esta doutrina. Em o mez de Maio de 1856ahi se apresentou um processo crime, em que o réo, accusado de crime de pena capital, allegou como defesa a sua conducta anterior, regular e constante, que o júry declarou provada. Fundado nesta circumstancia o juiz de 1.^a instancia desceu na penalidade até ao maximo do degresso temporario. Os juizes da appellação acharam excessiva a redução, e, em conformidade com o Art. 81.^o, elevaram a mesma pena á perpetuidade, excluindo, porém, sempre a pena de morte. Em gráo de revisa foi julgado, que, na applicação da lei ao facto, não havia violação.

do Estado; porque semelhantes homens pôdem ser desgraçados, mas não grandes perversos: 4.^o, *grandes talentos manifestados* na guerra ou na administração do Estado; porque a raridade dessas qualidades obsta a que a sociedade os destrúa: 5.^o, *grande zelo e assiduidade* em desempenho de deveres publicos; porque assim se contempla a distincção de comportamento nessa situação.

São, porém, exceptuados de toda a contemplação os crimes de *traição, revolta, rapto, roubo, homicidio*, ou de *corrupção* com relação a objecto prohibido pelas leis. Em taes casos nenhum privilegio é admissivel.

O mesmo Cod. admittie em favor dos culpados a remissão da pena de morte, e o castigo corporal em lugar della, além da multa, no caso de servirem de amparo a seus pais ou avós, enfermos ou de idade de mais de 70 annos, não tendo outros filhos ou netos maiores de 16 annos, que lhes prestem soccorro!

Ha nestas bizarras disposições alguma cousa de moral, que accusa as leis criminaes da Europa, por attenderem tão pouco ao reflexo da penalidade além da pessoa do delinquente, proclamando, todavia, esse principio, como fez o nosso Cod. no Art. antecedente.

TÍTULO IV.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA EXTINÇÃO DOS CRIMES E PENAS.

CAPÍTULO I.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

ARTIGO 104.^o

Aquelle, que por sua falta ou negligencia, causou a outrem algum damno, é responsavel pela sua reparação.

ARTIGO 105.^o

Aquelle, que fôr offendido por algum crime, tem direito á restituição das cousas, de que por esse crime foi privado, ou á reparação pelo seu valor legalmente verificado, se a restituição não fôr possível: e além disto tem direito á indemnisação de qualquer outro damno e perda que soffreu.

§. unico. Nesta reparação comprehendem-se os lucros cessantes.

A disposição destes Art. é de Direito natural, romano, patrio, universal. Não carece de commentario, nem pôde ser objecto de critica.

Duas cousas são indispensaveis. para que possa ter lugar a responsabilidade pelo damno: 1.^o a sua existencia material: 2.^o facto positivo ou negligencia, de que provenha.

O Cod. Civ. Fr., no Art. 1383.^o, havia dito: « Chacun « est responsable du dommage, qu'il a causé, non seulement « par son fait, mais encore par négligence ou par son im-
« prudence »

Não é este, porém, o sentido, em que se emprega no Art. 15.^o do Cod. Hesp. a expressão, « delicto ó falta » porque significa o mesmo, que o nosso Cod. qualificou — *contrações* — e, por tanto, com relação sempre a um facto punível.¹

O Cod. do Braz. trata largamente nos Art. 21.^o e seg., da reparação do damno, mas debaixo do ponto de vista — *satisfação* — fugindo da qualificação — *responsabilidade civil* — de que se usou neste nosso Cod.

Sem prejudicar em cousa alguma as reparações civis, de que não tratou, cingiu-se á *satisfação*, como consequencia do facto criminoso.

Acertada considerámos esta doutrina. Se, conforme aos principios, que temos estabelecido, o mal do crime se compõe, além do mal moral, do *damno causado*, quer indivi-

¹ O sr. Levi, no seu commentario a este Art., considera o emprego da palavra — *falta* —, como de uma grande impropriedade, porque a culpa ou se toma em sentido lato e comprehende acções e omissões, ou em sentido restricto, comprehendendo só a negligencia: — e que assim, quer tomada no 1.^o, quer no 2.^o sentido, o emprego da mesma palavra a par da de — *negligencia* — é redundante e inutil: judiciosa nos parece esta observação. Mas o defeito provém, a nosso vêr, de se não haver adoptado no Cod., Art. 1.^o e seu §., melhor expressão, isoto a respeito de factos, como de omissões reprehensíveis. A palavra — *faute* —, *falta*, como vem definida no Dicc. Univer. Fr., significa sempre um facto rotatorio e positivo, quer consista in agendo, quer in non agendo, e exclue, por tanto, a negligencia, que é imputável, ainda que involuntaria, quanto ás suas consequencias. Assim desaparece a redundancia. O Art. não fez mais que revalidar em uma só disposição as duas dos Art. 1385.^o e 1383 do Cod. Civ. Fr., em que a palavra — *faute* — se toma como significativa de facto reprehensível, distincto da negligencia e imprudencia, a que, por isso, julgou preciso ampliar a declaração de responsabilidade.

O mesmo Art. não diz — *falta punível* —, e assim parece ter por objecto implicito 1.^o declarar, que, para ter lugar a reparação do damno, não é precisa a existencia de um texto preciso de lei penal, que que imponha ao facto ou omissão aquella responsabilidade; bastando a existencia do que os jurisperitos qualificam quasi delicto: 2.^o que a acção em responsabilidade pelo damno causado pôde accumular-se no processo criminal como accessoria delle, evitando-se por essa forma o rodeio e multiplicitade de demandas provenientes do mesmo facto quando punível.

A nossa lei de processo, Art. 1164.^o, ainda vai mais longe, admitindo a condemnação por perdas e danos, nos casos de absolvição, pelo mesmo juiz e jury da causa crime, contra a parte accusadora.

dual quer social, e se a pena deve ser o remédio contra todo o mal, resultante do facto criminoso, um dos elementos essenciais da penalidade é a reparação. Neste principio é fundado o Art. 369.^o e o Cod. do Braz., Art. 32.^o A pena pessoal, com relação exclusiva ao delinquente, ou á sociedade offendida, póde algumas vezes dispensar-se, mas a reparação nunca, se é possível, em relação ao causador do damno. Em uma sociedade bem organizada, na falta do causador, é dos cofres do Estado, que deveria sair a reparação em todos os casos de offensa individual.

O Art. 105.^o contém, com relação a factos puníveis, a mesma doutrina, que se encontra no Art. 104.^o, de que não é mais que uma applicação.

Todo o author de um damno fica responsavel a compol-o, embora não estivesse na sua intenção; embora o facto causa se reduza a uma negligencia ou imprudencia, como se diz no cit. Art. 1383.^o do Cod. Civ. Fr.; embora, enfim, não exista um texto preciso na lei penal.

O Art. 105.^o desenvolve em casos crimes o mesmo principio, que já havia estabelecido. A redundancia, pois, e inutilidade deste Art. parece-nos evidente. A mesma disposição do §. un. quanto a *lucros cessantes* podia ser dispensada; por que a reparação, para existir, carece de ser completa. O negociante a quem se rouba uma porção de dinheiro ou de valores, sofre damno, não só em relação ao capital roubado, mas á falta de interesses correspondentes, que a subtracção produziu no giro do seu commercio, em quanto que a subtracção de moveis de ouro ou prata, etc., como de valores improductivos, se limita á restituição, indemnisação da deterioração, ou á prestação do equivalente.

Esta doutrina é excellentemente tractada no Cod. do Braz. Art. 21.^o, 22.^o, 23.^o, 24.^o, 25.^o, e 26.^o, nada deixando a desejar. Ao Art. 107.^o voltaremos sobre esta materia.

ARTIGO 106.^o

Todos os co-réos, authores ou cúmplices de qualquer crime, são solidariamente responsaveis pela reparação do damno e perda que desse crime resultou; salvo o recurso contra os outros co-réos que compete pela quota parte áquelle que satisfaz. Art. 24.^o; 25.^o; 26.^o; 88.^o

A fonte proxima desta disposição é o Art. 55.^o do Cod. Pen. Fr., e concorda o Art. 858.^o da Ref. Jud. Cada um dos individuos, que participam de um crime, assume sobre si a responsabilidade integral dos seus resultados materiaes. Todavia, a responsabilidade solidaria não exclue a individual, ou o rateio, quando todos possam compôr o damno: assim se acha estabelecido no Art. 27.^o do Cod. do Braz., e igual regra foi alli estabelecida no crime de importação de escravos, pela lei de 7 de Novembro de 1831, Art. 2.^o Não verdadeira esta obrigação solidaria, com relação á satisfação do damno, quanto é falsa e absurda, a respeito das multas, como pessoas, individuaes e directas.

Concorda mais o Cod. Hesp., Art. 120.^o, e 121.^o, impondo aos tribunaes a obrigação de pronunciar na sentença a quota de indemnisação, sem prejuizo da obrigação integral, a que ficam sujeitos, um por todos e todos por um, — *sont mancomunadamente responsables*. —

O Cod. das Duas Sic., Art. 51.^o, é cópia fiel do Art. 55.^o do Cod. Fr., comprehendendo na responsabilidade solidaria, tanto a reparação, como as multas e custas.

Todavia cumpre notar, que sempre, que a reparação do damno não seja somente uma condição essential, commun a qualquer penalidade, mas constitua elemento unico della, como na hypothese do Art. 369.^o, participando então da natureza de multa, não deveria ser repartida por todos os delinquentes, mas satisfeita duplicada, ou triplicadamen-

te, ou tantas vezes, quantos estes forem, não em proveito do offendido, que só tem direito á composição equivalente ao damno, que sofreu, mas para obras pias.

Se todos os co-réos tem igualdade na culpa, cada um a deve ter na distribuição da pena, qual fica sendo a reparação, quando isoladamente imposta por sentença. Não achámos esta disposição em Cod. algum, mas deriva-se dos princípios, que estabelecemos.

A reparação do damno e perda deve ser requerida pelo offendido.

« La peine serait radicalement insuffisante, si elle n'était accompagnée de la réparation civile; ou plutôt la réparation civile doit faire partie intégrante de la peine; leur réunion seule peut constituer cette satisfaction pleine et entière, qui doit assurer le repos de la société. »¹

A sociedade cumpre um dever, derivado do direito de punir, mandando satisfazer o damno, quer o offendido queira quer não.

A penalidade não deve separar-se do seu *accessorio* — *surcroît de peine* —² — *Pœna est delictorum SATISFAC- TIO.* —³

Póde dizer-se que a falta de requerimento da parte do offendido induz a presumpção de que ou elle se dá por satisfeito, ou renuncia á reparação, ou prefere usar da acção civil. Sem duvida que a realidade destes factos deve permittir a acção da Justiça no processo crime, mas a presumpção derivada desta simples omissão é fraca base de indução, principalmente quando ella não importa, como consequencia necessaria, a desistencia do direito, e assim authorisa o *bis in idem*: — pela possibilidade de se fazer reviver a imputação e prova do mesmo crime, para a acção do damno.

O mod. Cod. da Prus., §. 6.^o, declarou expressamente que « o direito do offendido á reparação do damno é independente da imposição da pena. »

¹ Bonnevillé, Cap. 1.^o pag. 5.^a, com quem concorda Bentham, *Trat. de Leg. Civ. e Pen.*

² Sulpici n.^o 1. ao Art. 35.^o do Cod. Pen.

³ Azo, in summa de poenis.

Mais razoável e mais justa nos parece, porém, a disposição do Cod. d'Áustria Part. 1.^a, Art. 514.^o, « Le tribunal criminel est obligé, par devoir de sa charge, de prononcer... » e no Art. 522.^o « Le tribunal doit éclaircir d'office... »

Os efeitos desta decisão officiosa são constituir direito á reparação do danno, e somente, se isto consiste em mais alguma coisa, que a restituição, ou é o equivalente della, e o tribunal não pode fixar a importancia, ou a parte offendida entende poder provar, que lhe é devida uma somma mais forte, é que tem logar proceder-se em juizo civil, terminada a causa crime, a instancias e por acção civil promovida pela mesma parte ou seus herdeiros: Art. 522.^o, 523.^o, 524.^o e 525.^o

Se um elemento commum e essencial a toda e qualquer pena é a reparação do danno, porque toda a pena, como remedio, deve corresponder ao mal do crime, e no mal complexo do crime se comprehende o mal material, resultante do mesmo crime: a penalidade, não seria completa, se inteiramente se abstrahisse da satisfação do offendido, por tal forma, que, não requerendo elle, os juizes a não pronunciassem.

A reparação, pois, nos processos crimes, que não dependem, de requerimento, nem de accusação, da parte offendida, deve ter sempre logar, ou espontanea da parte do offensor, como é obrigado pela lei moral e positiva, ou officiosa, pela sociedade, ou a diligencias da sociedade. A questão não é só entre dois individuos, offensor e offendido, de que a sociedade é o juiz, é tambem entre dois individuos, pertencentes á grande familia, que, nesta qualidade, tem uma acção e responsabilidade tanto directa como subsidiaria. Por tanto não é ou não deve ser preciso, que o lesado requira.

Em harmonia com o Cod. d'Aust. está o Cod. de Nap., Art. 47.^o:

« Le coupable sera condamné non seulement aux restitutions qui seront dues, mais même à des indemnités. Le juge les déterminera et les liquidera sans pouvoir prononcer, même du consentement de la partie, l'application à une oeuvre quelconque. »

E preciso, diz Bonneville, abstrahir do interesse privado, para contemplar a satisfação sob o ponto do vista do grande e eminente interesse social.

« Le sort de cette expiation, si éminemment repressive et expiatoire, ne peut plus être abandonné à l'insouciance ou à la dénégation des parties lésées. »

A condemnação, pois, á reparação do danno, parte integrante da pena, deve sempre ter logar, não só, quer o offendido requeira quer não, mas ainda quando ao condemnado seja impositivel, não absolutamente, mas pela natureza da pena imposta pela sociedade.

Que importa á esposa, aos filhos, que ficaram privados do esposo, ou pai, por effects do crime, que o assassino seja punido de morte, condemnado a degredo, ou a trabalhos publicos, se a justiça dos homens, lhes impede assim toda a reparação? lhes mata toda a esperanza de satisfação?

Qualquer destas penalidades produz a restituição, ou a indemnisação, com relação aos bens que o criminoso roubou, ou consumiu?

Que incentivo pôde ter o offendido em promover o castigo do delinquent? O da vingança? Fraco interesse, que, em geral, a moral publica repelle, e que o perigo de insuccesso, e de novo mal material, pelo pagamento de custas, perdas e dannos, ainda torna mais esteril.

A disposição, pois, deste Art., longe de ser protectora, é restrictiva da reparação do danno causado pelo crime.

Por isso se está vendo, diz o mesmo Bonneville, em consequencia da lei Fr., impregnada dos mesmos vícios, « que sobre cem causas submettidas aos tribunaes repressivos, ha apenas uma, em materia criminal, e seis em materia correctional, que tenham parte civil: — *tant est dure et défavorable la position que la loi fait aux parties lésées par le crime*! »¹

Outro tanto nos demonstra a nossa experiencia de todos os dias.

Se o delicto, além do mal moral na pessoa de seu author, se compõe do mal social na violação da lei, e material ou mixto na violação do direito privado, a pena deve, pelo menos, conter, sempre que seja possivel, dous elementos parallelos de expiação, um social e outro individual. A re-

¹ Tit. 2.^o Cap. 1.^o — Por isso no Cod. Hesp. Art. 123.^o se consignou que uma lei especial determinaria os casos e a forma em que o Estado hade indemnizar os offendidos pelo crime, quando os particulares nelle carecessem de meios para fazer essa indemnisação. O Cod. vol. III.

paração, denominada civil, é então essencialmente penal, por que faz parte complementar da pena; « *la réparation civile « doit faire partie intégrante de la peine.* »

Esta regra sómente pôde ter limitação: 1.º quando o mal é de natureza tal, que não sofre reparação alguma, ou o culpado se acha em circumstancias taes, que o não pôde reparar a favor, nem do offendido pelo crime, nem de terceiros feridos pelas consequências do mesmo crime; 2.º quando a pena é tal, que o mesmo seu cumprimento impede a reparação; 3.º quando a offensa não é individual directa, mas é feita contra a sociedade.

Na 1.ª hypothese a reparação é dispensada como absolutamente impossível; na 3.ª a sociedade remitte-a, por um sentimento, ou de justiça, ou de generosidade, ou para não ferir pelo confisco os parentes do condemnado: na 2.ª, porém, se o damno social prepondera para a imposição de uma certa quantidade de pena, que inhabilita o condemnado a prestar a reparação, a sociedade a deve de justiça; porque, no interesse da causa publica, despoja o offendido do seu direito.

As leis criminaes, todas ou pela maior parte, impregnadas do espirito de vingança; assumindo um direito, que iminaram nos individuos; esqueceram-se das victimas do crime, para contemplar directa e especialmente, e, com preferencia, a pessoa do criminoso.

Hoje que a *vindicta publica* é geralmente reprovada; que a sociedade, se diz, pune, mas não se vinga; é preciso ser coerente com as verdadeiras noções do crime e da pena. O crime é um mal composto de dous factos; dorça moral que o crime revela na pessoa do agente, e damno que o crime causou na pessoa do paciente. Se a pena é o remédio, a satisfação inteira, ou possível, em relação ao mal, effeito do crime deve ser o primeiro objecto da solicitude do legislador: e o segundo é o de remontar ao mal causa, removendo-o, para que não produza, nem pela repetição dos accessos, nem pelo contagio, effeitos semelhantes, ou peiores pela aggravação da molestia. Este principio, que temos as-

do Brazil para remover do Estado esta obrigação subsidiaria, determinou tambem no Art. 32.º, que o delinquente, fulto de meios, fosse condemnado a trabalhar em prisão pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação, o que cessaria, pagando algum por elle, presutando fiança a tempo razoavel, ou remittindo o offendido.

sentado, e que reproduziremos sem cessar, remove todas as difficuldades no direito, extensão, e limites, de punir.

Além disso, deve advertir-se, que o presente Art., tratando da reparação do damno, causado pelo crime, não tratou da reparação do damno, causado injustamente pelo processo, quando não ha offendido que nelle requeira, ou seja causa da instrução e accusação criminal.

Mas se é principio incontraverso do direito natural, que todo e qualquer facto de que resulta damno a terceiro, obriga o que é causa desse facto a uma condigna reparação; se é esta uma verdade pratica, de mera intuição, para com os cidadãos entre si, e dos cidadãos para com a sociedade: não hade passar de uma esteril theoria, quando se trata da sociedade para com os cidadãos?

Aonde ficam, nesta horrivel desigualdade, a moral, e a justiça?

Já em 1781 a academia de *Châlons* tinha posto a concurso esta questão, não sobre o principio em si, mas sobre « os meios mais praticaveis e menos dispendiosos de procurar ao cidadão reconhecido innocente, a reparação que lhe é devida por direito natural. »

Em 1852 apparece, porém, o nosso Cod., não só sem resolver esta questão, não só guardando silencio sobre o principio mesmo, mas até applicando para o Estado, sem a attenuação de uma applicação especial, as multas pecuniarias, que se tornariam menos odiosas, ou com menos resabios de confisco, se fossem applicadas não só ás custas, a que o réo não deu causa, como já se acha na legislação do imperio do Brazil, mas tambem a realizar a reparação, de que se trata, bem entendido, entrando sempre o producto em cofre especial, sem dependencia do thesouro publico, não só para se facilitar a reparação, mas tambem para esta ficar garantida, e se não tornar illusoria....

A obscuridade, com que se acha redigido o Art. 118.º sobre a reparação ou satisfação, quanto ás custas, accresce, pois, a grave omissão, sobre o que se deve praticar, quando, não havendo parte que accuse, ou o crime seja de natureza tal, que, houvesse ou não parte accusadora, sempre a intervenção directa do ministerio publico devia ter lugar, a final foi o réo reconhecido e julgado innocente.

Quem lhe hade reparar os damnos, provenientes de uma prisão ou longa detenção, assim como da privação da admi-

nistração dos seus bens? Quem o hade indemnisar da falta do producto do seu trabalho, agencia, industria ou commercio, resultante para elle, e para a sua familia?

Depois de dois annos, de dezoito mezes, ou de um anno, de detenção, é o réo absolvido: abrem-se-lhe as portas da prisão; volta para o seio da sua familia, que tudo vendeu, que tudo liquidou, ou a quem tudo foi penhorado e arrebatado!

O pobre réo é livre, mas vê-se, para si e para os seus, ineiramente privado de recursos; sem meios alguns de satisfazer ás precisões da vida; e assim levado ao maior grão de desesperação. Que quer a sociedade, que este homem faça?

Quer que antes peça esmola, que commetta alguma violencia contra as pessoas ou contra a propriedade dos cidadãos? Assim o exige o dever, a moral, mas é a injustiça da sociedade, o seu abandono, que o provoca ao crime....

Se o Art. 118.^o quer que ninguém pague custas sem ter dado causa a ellas, muito mais que as custas, são os danos desta natureza e a que a sociedade deu causa, e não o réo, absolvido ou julgado innocente.

O Cod. Pen. considera na sociedade o direito a exigir do criminoso uma reparação do mal causado pelo maleficio, verificada tanto na pessoa delle, pela imposição das penas corporaes e outras moraes accessorias, como nos seus proprios bens e propriedade, pelo systema da accumulção ou applicação das multas pecuniarias, em favor do fisco; e não responderá a este direito social a obrigação correlativa de prestar essa reparação, tanto quanto fôr possível, ao innocente?

Os males phisicos, e moraes, resultantes, de uma longa prisão, não podem ser absolutamente reparados; mas a impossibilidade da reparação absoluta é uma rasão de mais, para aggravar a injustiça da sociedade em não reparar, tanto quanto pôde.

Em todo o caso é sempre necessario não perder de vista, que se a sociedade estremece, e se horrorisa, na presença do crime; ella sofre mais abalo quando descobre que tem opprimido, perseguido, e processado um innocente.

Se chegou a punil-o, a boa fé nacional, o crito juridico, não a consolam, não lhe fazem esquecer em tempo algum o mal, que causou, posto que involuntario.

A impressão é mais duradora que a do crime; e re-

sultam do attentado males sociais, materiaes e moraes, de uma natureza não menos perigosa e sensivel. Deplóra o dano, que a si mesma attribue, e conhece por elle o perigo e a possibilidade de outros semelhantes.

Dahi vem que, de ordinario, não eleva os meros indícios á cathégoria de provas, senão quando aproveitam á innocência, e tem assentado, que, na collisão, deve preferir a impunidade.

A lei para ser logica, e prestar homenagem a este sentimento social, deve, primeiro que tudo, ordenar a reparação.

ARTIGO 108.º

O direito de exigir a restituição e a reparação, e bem assim a obrigação de satisfazê-las, passam aos herdeiros.

Quanto á doutrina do presente Art., concordam diversos Cod., como o da Bav. Art. 138.º, e do Pr. Cr. Fr. Art. 2.º O do Braz. guarda silencio a semelhante respeito, contentando-se em consignar o direito de hypotheca, nos Art. 27.º, e 30.º

Sobre a transmissão *passiva* nenhuma duvida pôde haver. É uma consequencia da hypotheca legal, reconhecida no Art. seguinte, como já o foi no Art. 101.º §. 3.º Os bens assim onerados passam aos herdeiros com este seu encargo.

Pela mesma razão se deve considerar a transmissão *activa*, porque a herança se compõe do haver de qualquer fallecido, e nesse haver se comprehendem todas as acções e direitos uteis, como é de Direito corrente.

Todavia, comparado o presente Art. com o antecedente, ha manifesta contradicção entre as duas determinações, tomadas litteralmente.

Ou a disposição do Art. antecedente exclue a transmissão *activa* dos herdeiros do offendido; ou a torna dependente do requerimento deste, conciliados, por esta fórmula, ambos os Art.

Poderá, contudo, entender-se, que é o Art. antecedente que deve modificar-se por este, ampliando-se a palavra *offendido*, aos que o representam, ou seus herdeiros.

Mas então deveria ter-se conservado a redacção da Ref. Jud. Art. 855.º, dizendo-se, como alli se diz:

« A acção de perdas e damnos, provenientes de qual-quer crime, compete aos offendidos e a seus herdeiros. »

Pelo menos ha muita ambiguidade nestas disposições, e é sempre preciso forçar o Art. 107.º na sua letra; por-

que a restricção ou condição, que estabeleça, pugna com os termos absolutos do presente Art.

O mesmo Art. deve ser ampliado, declarando-se, que, na falta de herdeiros, sempre que a reparação fór consequencia de um crime, cuja accusação não dependa de requerimento nem de accusação da parte offendida, o Estado tem direito a exigir a reparação, porque a sociedade é a herdeira daquella, e seria absurdo e immoral que o malfeitor ou seus herdeiros, por falta de individuos interessados, lucrasse, ou os productos do crime, ou á importancia do danno causado, com que os bens ficaram gravados; mas, em tal caso, esta exigencia deve ter lugar sempre com applicação a obras pias.

ARTIGO 102.º

Os bens de meação da mulher, e quaesquer outros que a ella pertençam por qualquer título, não são obrigados á restituição e á reparação do damno resultante do crime do marido.

Se um dos elementos, essencial e commum a toda a penalidade, por facto, de que resultou damno, é a reparação; é consequente, que a mulher, que foi estranha ao crime do marido, não pôde ser obrigada á satisfação pela sua meação, ou quaesquer outros bens pessoais, sem que seja violado o principio, de que as penas não passam da pessoa do delinquente *em caso algum*. Art. 102.º — Carta Const. Art. 145.º §. 19.º

Mesmo abstrahindo da *satisfação*, ou *reparação*, como elemento de penalidade, e considerando-a como *obrigação civil*, ninguém pôde ser obrigado a responder por seus bens, ou a que tem um direito necessario, pelas consequências prejudiciaes de factos, que não praticou. Por tanto, um cônjuge, nem pelo seu dote, nem pela sua meação, é obrigado ao damno causado pelo outro cônjuge.

É, porém, incontrôverso, *a contrario sensu*, do que dispõe o Art., que a meação, ou bens pessoais, do cônjuge delinquente estão *integralmente* affectados á mesma reparação, com hypotheca legal, que começa a sua antiguidade *desde o momento do crime*, como se declara no Art. seguinte, e tão privilegiada se considera essa hypotheca, que prefere á do fisco pela multa, como se determina no §. 3.º do Art. 101.º

Os bens pessoais ou dotaes do delinquente affectados da divida resultante da restituição e reparação, passam aos herdeiros com o seu encargo, segundo a expressa disposição da lei. Os herdeiros necessarios do delinquente, mesmo quanto ás suas *legítimas*, não são exceptuados, e com justa razão;

porque tem elles direito a ser contemplados em dois terços dos bens: mas este direito não passa de uma *esperança* e cuja *realidade* dependa de uma condição essencial, qual a de que exista herança disponivel, ou livre de encargos.

O homem obrigado á *restituição* possui indevidamente o *alheio*, que não pôde fazer cunulo em sua propriedade: e o que contrahiu a obrigação de *reparar* o mal, que causou, *alienou* tanta parte de seus bens, quanta fôr necessaria a indemnizar o lesado. A proporção que esse homem assim grava a sua propriedade, faz murchar a *esperança* de seus filhos, e aniquila para o momento da successão a *realização* daquella.

O prejuizo, que os filhos então soffrem, não vem da disposição da lei penal ou civil, vem do direito natural, em consequencia do facto de seu pai ou mãe, contrahindo obrigação sobre os bens, ou parte dos bens, de que são senhores.

Logo não ha *herança* para os filhos, nem por consequencia *legítima*, que passe livre das *restituições* e *reparações*, que os pais tinham obrigação de satisfazer, desde o momento do crime.

A doutrina, pois, do Art. não sofre objecção alguma, nem pela obrigação, que no Art. antecedente transmite, sem distincção, aos herdeiros do criminoso, nem pela excepção, que reconhece, a favor dos bens pessoais da mulher quanto á reparação.

Mas é digna de critica: 1.º, porque comprehende na excepção da meação a *restituição*. A fazenda, ou objecto alheio, que entrou no monte commum, não pôde restituir-se por metade, mas integralmente, porque a restituição incompleta não é restituição. Se, por tanto, a restituição, não poder verificar-se senão sobre os bens partiveis de um ou do outro dos cônjuges, e se a coisa alheia por qualquer delles se destruiu ou consumiu, deve ter logar a indemnisação pelo seu equivalente; e ambos respondem *in solidum*.

Tambem a nossa Ord. do Liv. 5.º tit. 6.º §. 20.º, queria que ficasse salva do confisco, assim a meação, como o dote da mulher, mas, em todo o caso, antes da separação e divisão de bens, mandava pagar *primeiro o que o criminoso tivesse mal levado*; e o Art. 64.º do Cod. igualmente salvava do *confisco* especial, que ahí estabelece, os casos em que o offendido, ou um terceiro, tivessem direito á *restituição*.

A mulher, pois, quanto á restituição ou seu equivalente, pôde, com justa razão, não ser obrigada pelos seus bens pessoais; mas nunca a título de *meação*, pois que os bens communs vem ao acto da partilha indistinctamente affectados de todos os encargos, e sómente poderia ficar salva a meação, quanto aos bens de raiz propriamente ditos, porque sem facto e consentimento da mulher não podem, em seu prejuizo, ser alienados pelo marido, se ella não foi participante do crime, que elle commetter.

É digna de critica: 2.º, porque se a declaração era necessaria a respeito da meação e bens pessoas da mulher, a mesma razão colhe, vice-versa, a respeito dos mesmos bens do marido. Esta omissão pôde fazer suppôr, que o legislador quiz estabelecer o contrario, e pôde argumentar-se com o disposto no Art. 115.º, mesmo para a *reparação* de qualquer damno, pois que o marido é o *chefe da familia*, e, nessa qualidade, responde por quesequer bens pelos *damnos causados* pelos seus *familiäres*, entre os quese se conta a *mulher*. Assim, porém, um dos elementos penaes da penalidade, a *reparação*, passa além do marido para a mulher, mas não passa além da mulher para o marido, em contradicção com os principios estabelecidos. Poderá, pois, seguir-se já uma, já outra intelligencia. O legislador, por tanto, devia ser mais explicito a semelhante respeito.¹

É digna de critica: 3.º, porque faz uma declaração, ou excepção explicita a favor das mulheres dos delinquentes, quanto á restituição e reparação, que não fez quanto ás *multas*, que podem tambem absorver ou prejudicar a *meação*. Não bastava o dever moral, que tem uma mulher de libertar seu marido, preso, em conformidade com o Art. 101.º §. 4.º, para pagamento da multa, ainda era preciso, no caso de ser nuceira, e não chegarem todos os bens do casal

para pagamento das condemnações pecuniarias, que ella corresse com os mais herdeiros a favor do fisco, pois que tanto a meação, como a herança, não existem, de facto, senão nos bens não affectados da hypotheca, e todos o ficam nos bens possuidos *pro indiviso*.

Se assim se entender vemos confirmada a disposição da cit. Ord. do Liv. 5.º tit. 6.º §. 20.º, que só mandava separar a *meação pagas primeiro todas as devidas*, entre as quaes terá cabimento a que resulta da multa, se houve condemnação transitada em julgado em vida do marido, conforme estabelece o §. 2.º do referido Art. 102.º — O Cod. tambem carecia de ser explicito a semelhante respeito.

¹ Esta materia tem sido gravemente questionada em França; sendo, segundo as melhores opiniões, e em conformidade com o Cod. Civ. Art. 1383.º, e 1384.º, se tem assentado, como regra, que a reparação pôde ser exigivel pelos bens da comunidade, excluidos os bens pessoais, e quer a hypothese se verifique a respeito do marido, quer da mulher, á excepção dos delictos rurais. Era, pois, conveniente fiscal-a tambem aqui, para remover questões futuras: Vid. Toullier, tom. 6.º, tit. 4.º, n.º 257.

C'est donc, diz elle, un point de jurisprudence bien constant, que le Code ne rend pas, en général, le mari responsable civilement des delits de sa femme.

ARTIGO 110.*

A hypotheca por estas obrigações nos bens do criminoso começa no momento, em que foi cometido o crime.

§. unico. A execução e a preferencia regulam-se pelas regras do direito civil. Art. 101.º, §. 3.º

Se é um dever social assegurar a execução de todos os elementos da pena, a hypotheca legal, que assim garante a satisfação, é uma providencia de justiça. Quanto ao tempo donde deve começar a hypotheca tambem é certo que deve ser do momento do crime; porque, sendo desse momento que nasce a obrigação principal da reparação, é perfeitamente logico, que d'ahi parte a hypotheca, que é um accessorio dessa mesma obrigação.

Mas terá effeitos esta hypotheca legal, independentemente de registo? Feito o registo devem os effeitos d'elle retrohir-se ao tempo do delicto? Como hade o official do registo tomal-o sem titulo de condemnacão em causa civil ou crime? O Cod. revogou o Decr. de 6 de Outubro de 1846? O Cod., pois, foi omisso a estes respeito, e se torna impropicia assim a disposição deste Art., quando seja preciso ao offendido concorrer com outros credores que tenham hypotheca posterior, mas anteriormente registada.

Para o legislador tornar efficaz e facil a reparação do damno, entendemos, com Bonneville, ¹ que eram precisas providencias mais protectoras, do que as prescriptas nos Art. do presente tit. Entre estas seria a de que o Estado se encarregasse da execução e cobrança, como de tributos.

Por um lado a cobrança seria mais economica, mais prompta, e mais segura: por outro, a sociedade completaria assim a expiação do crime, promovendo a execução tan-

to da pena, propriamente dita, como da reparação do damno causado, que é um elemento e complemento de toda a penalidade por crime, de que resultou prejuizo determinado, e susceptivel de um valor.

O citado criminalista invoca, para exemplo, e como offerecendo analogia de razões, o disposto em favor dos mestres das escolas primarias, no Art. 14.º da lei de 28 de Junho de 1833, para a cobrança da retribuição, paga pelos chefes de familias abastados, que tiverem discipulos nas mesmas escolas:

« Le retribution mensuelle.... qui sera perçue dans la « même forme et selon les mêmes règles que les contribui- « tions directes. »

Efectivamente a victima do crime não é menos digna do interesse e contemplação social, assim como a reparação, que se lhe deve, não é menos sagrada, porque importa á segurança commun. É, por tanto, justo, que ella tambem alcance com celeridade, sem difficuldades, nem grandes despesas, a composição do damno, que soffre.

Por ultimo, devemos notar, que o Cod. tão sollicito em segurar no Art. 101.º §. 4.º a effectividade do pagamento da multa, em favor do fisco, submettendo, na falta de bens, o condemnado á prisão, nenhuma providencia adoptou, para, na mesma hypothese, se tornar effectiva a reparação do damno.

O Cod. do Braz., todavia, contém no Art. 32.º, a semelhante respeito uma disposição, que muita honra lhe faz.

O condemnado deve ser intimado para dentro de oito dias, que lhe são assignados, satisfazer com a comminação de ser recolhido a prisão e de ahi trabalhar, por tanto tempo quanto for necessario, para ganhar a importancia da sua responsabilidade. Esta prisão cessa pelo pagamento effectivo, ou se o interessado se dá por satisfeito.

Assim parece haver predominado nesta omissão do nosso Cod. o espirito da *vindicta publica*, não curando, senão de um modo secundario da reparação do damno, visto que já notámos em geral, em outro lugar. ⁴

¹ Tit. 2.º, Cap. IV.

⁴ Disc. Prel. pag. xxxi e ao Art. 101.º

ARTIGO 111.º

Aquelle que podia, e devia impedir o damno causado por outrem, é por elle responsavel.

ARTIGO 112.º

Para se applicar a disposição do Art. antecedente, deve em regra provar-se a negligencia, excepto nos casos em que a lei a presume.

ARTIGO 113.º

Os pais, e, depois da morte destes, as mães são responsaveis pelo damno causado por seus filhos menores, que com elles habitam, ainda mesmo que sejam impuberes, se obrarem com discernimento; salva a prova de que lhes foi impossivel impedir esse damno.

ARTIGO 114.º

Salva igualmente a prova da impossibilidade, os mestres de educação, ou de qualquer arte ou mester, respondem pelo damno causado pelos seus discipulos e aprendizes, durante o tempo em que estes estão debaixo da sua inspecção e direcção.

Se alguém foi omisso podendo deixar de o ser, e com malicia, é culpado, e, como tal, não pode deixar de res-

ponder pela parte da pena, que respeita á reparação do damno.

Se foi omisso, não só podendo deixar de o ser, *sem malicia*, mas com violação de deveres especiaes, é igualmente responsavel, porque é author de crime *por negligencia*.

Se podia evitar o crime, *não ha malicia nem preterição voluntaria de dever especial*, mas unicamente violação ou preterição das disposições preventivas de leis e regulamentos, ainda é responsavel, porque a *satisfação* é uma parte essencial da penalidade respectiva *às contravenções*.

Mas se houve possibilidade de impedir o crime e não houve, nem malicia, nem preterição voluntaria do dever especial, nem inobservancia de disposição preventiva de lei, ou regulamento, o negligente, não é responsavel, parece dizer o Art. 111.º: porque em todo o caso, são precisas duas condições, a do *poder* e *dever*.

Mas esta conclusão ficaria antinomia com o Art. 103.º, aonde o negligente, causa do damno, é em todo o caso, declarado responsavel á reparação, e com o Art. subsequente, em que se exige a prova da negligencia, e nenhuma áccera da preterição de dever, geral ou especialmente, decretado.

O Art. 111.º pareceria não dever entender-se dos *deveres* moraes, mas só dos *legislados*; porque, nos termos do Art. 145.º da lei fundamental do Estado, ninguém é obrigado a fazer, ou a suspender o emprego da sua actividade sem uma lei positiva, que assim o determine, ou especial ou geralmente; e o Art. 5.º do Cod. exige a existencia da mesma lei.

Todavia, não é este o direito, em materia civil. O author de um facto ou omissão qualquer, posto que não seja réo nem de simples contravenção, responde pelos danos que causou. A lei não submete a repressão alguma cri-

* O Cod. é omisso, porque, mencionando a hypothese da morte do pai, não mencionou: 1.º o caso de divórcio ou de separação, em que se repartam os filhos entre ambos. A responsabilidade não pôde rabel, com justiça, senão ao conjuge, que tem a seu cargo a direcção e guarda do filho, pelo fundamento intrinseco do Art. 111.º e 117.º

2.º Os de demencia, interdição, contuminação, ou ausencia, em que cessa inteiramente aquelle fundamento.

Os se não de resolver estas questões por argumento de analogia, equiparando-se aos casos de morte, e applicando-se a regra do Art. 114.º, ou a letra do Art. tics antinomia e repugnante aos principios, que fundamentam as mais disposições deste Cap.

Comtudo, estas omissões facilmente se conciliam, já excluindo-se a

animal, correccional, ou policial, o culpado; mas este não deixa de ter commettido uma infracção de deveres moraes, da proposito ou por negligencia, e de ser punido *civilmente*, com a pena civil, qual é nesse caso a *reparação*.

É um *delicto moral civilmente punivel*, por essa unica fórmula, em rasão do *damno occasional*, como são os mais *malefícios occasionaes*, comprehendidos no mesmo Cod., para serem punidos criminal, correccional, ou policialmente, e como nos factos de damno, quando *voluntario*, sobre *propriedade individual*, geralmente incriminados no Art. 184.^o 1

Na proposição, que o Art. 112.^o estabelece ácerca da necessidade da prova da *negligencia*, vai authorizada a prova *exclusiva da possibilidade*; aliás ficaria em contradicção com a restricção feita nos dois Art. subsequentes. Negligencia que exprime o mesmo, que falta de cuidado, de exame ou de applicação, pôde não se dar, e, com tudo, seguir-se o damno, sem que humanamente fosse possível evital-o.

O Art. 112.^o admite, assim como o Art. 114.^o, contra

reponsabilidade dos pais, nos casos da sua ausencia, entendendo-se as palavras, *que com elles habiam*, com relação ao tempo do damno, já recorrendo-se á *prova da impossibilidade* reservada no mesmo Art.

O Cod. reconhece o principio de Direito Natural, ou primitivo, que é absoluto, que não carece da lei positiva, para obrigar os homens. A lei fundamental não destrói a obrigação natural, deixa intacta a sua liberdade, para fazer ou deixar de fazer o que a honestidade exigir em certas circumstancias não previstas. Se o facto ou omissão é um abuso dessa liberdade, a reparação denominada civil, é independente, porque é uma sanção daquelle Direito. Todavia seria conveniente, que o Cod. não empregasse a palavra *dever*, por um modo vago e indeterminado, como já empregou, e assim o notámos ao Art. 2.^o, e que o principio do Direito Natural fosse expressamente consignado, ou em additamento ao Art. 5.^o, em qualquer lugar deste Cap., declarando-se que todos os homens respondem civilmente pelos danos causados, ainda que os factos ou omissões não sejam previstos ou incriminados no Cod., com tanto que esses factos ou omissões, sejam moralmente imputaveis. Assim a comprehensão da palavra — *dever* — não devia — ficar clara.

É este o pensamento do legislador no Art. 116.^o da Ref. Jud. Pôde o jury não declarar o *facto criminoso*, em presença de suas circumstancias, e disposição da lei, mas pôde entender, que o *facto material imputavel* existiu para a *reparação do damno*, se foi pedida um mesmo libello.

Não a *reparação* apparece com todos os caracteres de *verdadeira e unica penalidade*, como se adquire expressamente no mesmo Cod. nos casos do Art. 349.^o São applicações distinctas, que devem, sem perder o seu caracter penal, ser propostas distinctamente ao jury, em conformidade com a lei, e, neste sentido, foi julgado pela Supr. Trib. em accordo do 9 de Maio de 1856, D. do G. 1.^o 137.^o; e que podem, se não foram accumuladas em *processo crime*, ser feitas em *processo civil*, quando se mostra a existencia de acto ou omissão prejudicial, mas não prevista pela lei penal positiva.

a arguição de negligencia, a prova da impossibilidade de se evitar o damno, o que é tirado textualmente do Cod. Hesp. Art. 16.^o, confirmado nesta parte pelo Decr. de reforma de 7 de Junho de 1850. Art. 61.^o, e, por tanto, reconhece que esta prova exclue semelhante imputação, não bastando a prova da negligencia, mas que se mostro que della não de força maior ou diversa causa resultou o damno.

O mesmo Art. 112.^o (mal redigido porque as palavras, em regra, são redundantes) exceptua os casos em que a lei presume a negligencia; mas, se a presumpção não pôde ter maior força que a realidade presumida, a prova da impossibilidade exclue tanto uma como outra.

O que dispõe o Art. 113.^o, que vai, até certo ponto, de accordo com os Art. antecedentes, tem dois grandes defeitos:

1.^o o de exceptuar implicitamente os pais e mais da responsabilidade pelos danos commettidos por seus filhos impuberes, quando estes obraram sem discernimento. Não deveria bastar aos pais a prova da falta de discernimento; cumpria que fossem obrigados a provar que não foram negligentes na guarda e vigilancia que deviam ter, para que prevenissem o damno, e bem assim que tem feito, quanto era possível, por lhes desenvolver as faculdades intellectuales e que, longe de lhes dar máos exemplos, tem tido todo o cuidado na sua educação e instrução moral e religiosa;

2.^o o de tornar extensiva a responsabilidade ás mãis, na falta dos pais.

Sem duvida que aos pais, porque lhes compete o patrio poder e como chefes da familia, pertence responder pelos danos commettidos por seus filhos menores. Mas, que depois da morte dos pais essa responsabilidade passe ás mãis, é injustiça contraria ao Direito.

A rasão, que legitima a responsabilidade nos pais, não se transmite ás mãis, nesta simples qualidade.

Aos pais sómente succedem na authoridade os tutores, por elles nomeados, ou confirmados pelos conselhos de familia, como é expresso no Art. 424.^o e seguintes da Ref. Jud. As mãis, pois, deveriam responder pelos danos causados pelos seus filhos menores, se forem tutoras, confirmada a sua tutela legitima, pouco importando a *co-habitação*; porque é mais preciso que os menores estejam debaixo da sua *inspecção e direcção*, como se exige no Art. seguinte, excepto se, pelos principios geraes, se provar que as mãis

por seus conselhos, máos exemplos, ou participação na má educação de seus filhos, tem com os pais cumplicidade remota nos factos damnosos.

Contudo, as mães podem, quando não forem *tutoras*, recorrer sempre á prova da *impossibilidade* de evitar o damno, como lhes permite este mesmo Art., declinando-o para quem tiver a *tutella* ou teve a direcção dos filhos.

Quanto ao Art. 114.^o, a razão, em que se funda a sua disposição, é a mesma, em que se basea o Art. antecedente. Todos estes responsaveis o são, porque succedem aos pais, ou fazem as suas vezes, e em quanto dirigem a educação. Por esse motivo era essencial a circumstancia da *co-habitação*, que alli se mencionou e aqui não devia ser omitida. Contudo, como aqui se lhes resalva a prova da impossibilidade, e os discipulos externos de um collegio ou officina, fóra das horas da lição ou da aprendizagem, tem pais ou tutores que devem responder, aos mestres resta sempre uma justa defesa, para declinar a sua responsabilidade, sendo, todavia, para notar que o Cod., comprehendendo os pais, e na falta delles as mães, não mencionasse os tutores.

Em todo o caso cumpre não perder de vista, que, nos termos do Art. 104.^o, não basta que a *negligencia* exista e se siga o *damno*, é preciso que seja a causa d'elle, dando-se entre os dois factos as relações de *causa e effeito*, aliás corre-se o grande risco theorico e pratico do sofisma — *cum hoc ergo propter hoc*. — Este foi sem duvida o espirito com que foram dictadas as disposições de todo este Cap.

ARTIGO 115.^o

Os chefes de familia, os amos, e os committentes respondem pelo damno causado pelos seus familiares, criados, e prepostos, nas funcções em que por elles estão empregados, salvo o caso fortuito, que a nenhum dos referidos possa ser imputado, ou a força maior.

ARTIGO 116.^o

Da mesma fórma os estalajadeiros, ou quaesquer pessoas que em sua casa recolhem e agasalham outras por dinheiro, são responsaveis pelo damno causado por qualquer que tiverem recolhido, e agasalhado por mais de 24 horas, se não houverem satisfeito aos regulamentos policiaes.

ARTIGO 117.^o

Em todos os outros casos em que a responsabilidade pelos factos de outro provém de convenção tacita, ou expressa; e bem assim quando o damno, sem intenção criminosa de pessoa alguma, é causado pelas cousas que qualquer tem debaixo da sua guarda, ou por animaes, se observarão as regras de Direito civil.

A disposição do Art. 115.^o justifica-se pelo mesmo principio que a do Art. antecedente. E debaixo da direcção e

inspecção dos responsáveis, e em funções que estes ordenaram ou authorisaram, que foi causado o damno, e, por tanto, devem responder pela reparação.

É necessário, porém, que da parte do offendido se não dê também a negligencia ou imprudencia em acreditar o mandato além dos seus justos e naturaes limites. Assim o criado, que mete em si o dinheiro da compra de generos para abastecimento de uma casa, e que leva esses generos a credito de seu amo, com abuso de confiança, excede os limites das suas funções ordinarias, e não pôde o fornecedor haver, por tanto, do amo a importancia do damno. O credor a si deve imputar não haver previamente exigido a prova da authorisação especial, que, em regra, se não presume. É mesmo responsavel em não se haver certificado da existencia da authorisação, porque podia e devia impedir o crime do referido abuso, recorrendo ao amo ou chefe de familia.

Quanto á disposição do Art. 116.º, justifica-se, não pelos principios consignados neste Cap., mas como elemento de penalidade inherente á violação dos regulamentos de policia. E, por tanto, uma disposição inteiramente deslocada. Os estalajadeiros e outros que dão agasalho por dinheiro devem dar parte á policia com relação a seus hospedes dentro das vinte e quatro horas. A contravenção deve ter uma pena, aggravada com a responsabilidade por perdas e danos causados pelos mesmos hospedes, nos casos em que esses danos se sigam durante a illegal hospedagem. Isto devia ser objecto de disposição especial; porque não tem ligação directa com a negligencia causa do damno, mas com a omissão voluntaria ou involuntaria do dever especial na inobservancia dos regulamentos da policia.¹

O Art. 117.º é remissivo ás regras de direito civil: 1.º, quando a responsabilidade provém de convenção tacita ou expressa; 2.º, quando o damno é causado, sem intenção criminosa de pessoa alguma, por cousas ou animaes que alguém tiver debaixo de sua guarda.

A remissão é acertada na 1.ª hypothese; porque é da competencia exclusiva do Direito Civil, não assim, porém, na 2.ª. Pôde não haver intenção criminosa ou malefica, segun-

do os termos do Art. 3.º, mas haver omissão voluntaria de algum dever, geral ou especialmente decretado, ou de regulamentos preventivos, ou em fim dar-se negligencia, e então a materia carecia de regras, que são, sem duvida, da competencia do Cod. Pen., como se praticou na especie prevista no Art. antecedente.

¹ Confira-se o Art. 368.º, e 369.º

ARTIGO 118.*

Ninguém poderá ser condemnado a pagar as custas, sem ter dado causa a ellas.

Em lugar da regra estabelecida neste Art., entendemos que teria sido melhor que se observasse a legislação actual com algumas modificações, em quanto outras providencias mais justas se não adoptassem, como imperiosamente reclamam a moral, a justiça, e o interesse social.

Em todo o caso é preciso que um dia se evitem escandalos taes, como o acontecido em França, com a desgraçada viuva de marechal Brune, aleivosamente assassinado, a quem se devia uma justiça prompta, exemplar, e gratuita, e que, sendo forçada a vir a juizo reclamar a execução das leis contra os assassinos de seu marido, porque assim o exigiam os deveres de esposa, foi obrigada a adiantar as custas do processo, desde o seu começo.

O pai, o filho, o irmão, etc., estão hoje entre nós no mesmo caso, e tem a lutar entre o mal de opinião, resultante do abandono da queixa, e o mal phisico e pecuniario das despesas a que se sujeitam, sendo partes na causa; por que tem de fazer os competentes preparos para seguimento do processo e de seus recursos.

E quando é que se pôde conhecer e determinar quem é causa das custas? Será pelo facto de absolvição, qualquer que seja o seu fundamento? Será quando este fundamento seja o da falta ou nullidade do corpo de delicto? Será quando o facto não seja qualificado crime? Será tambem quando o processo fór annullado por vicio de summario?

Compreenderá as custas do processo annullado por incompetencia? Ou será sómente nos casos de declaração absolutoria ou condemnatoria no plenario da accusação sobre declaração do jury?

Este Art. tem dado lugar a grandes difficuldades nos juizos criminaes; porque, em lugar de favorecer o livramento

dos réos, ou a sua prompta condemnação, entorpece o regular andamento dos processos. Os escrivães não tem meios de empregar papel e trabalho gratuito, e os agentes do ministerio publico não estão habilitados para indemnisar os escrivães.

Os presos ou as partes interessadas tem então de empregar, *directa* ou *indirectamente*, outros meios mais dispendiosos, (por não serem regulados pela tabella de salarios, nem dependentes do contador do juizo....; para fazer caminhar os seus processos!....

A proposição do Art. — *ninguem poderá ser condemnado em custas sem ter dado causa a ellas* — é, pois, tão confusa, que se não pôde bem fixar o alcance da sua significação.

A causa do processo, e, por tanto, das custas não é o ministerio publico, nem a parte civil, que querellaram contra determinada ou indeterminada pessoa, mas o facto material do crime, e, por tanto, a responsabilidade é daquelle que o commetten.

Sendo assim, decahindo o ministerio publico e a parte civil, por não haver prova sufficiente contra determinada pessoa, nem o réo nem as partes querellantes podem pagar as custas, por que não deram causa a ellas.

Será, porém, a causa das custas não o author do crime, mas o que instaurou ou fez instaurar o processo? Então nem o réo, quando condemnado, pôde ser, por esse principio, obrigado a pagar-as, mas sómente a indemnisar-as, se tiver por onde, como parte do damno, consequencia do crime; e teremos neste caso a parte civil, quer feliz quer

* E note-se que o Art., tratando das custas, em que o réo, ou alguma outra pessoa, parte na causa, pôde ser condemnado, nada nos diz acerca das que não são do processo, mas da expedição e execução do julgado. E, com tudo, é sempre o réo, que, dando causa a ellas pelo commettimento do crime, as deve suportar. Assim as do transporte, guarda, detenção, nutrição, e vestido, durante o cumprimento da pena, estão na mesma razão para deverem ser pagas pelo condemnado, como se acha expresso na lei prussiana de 17 de Julho de 1848 §. 109.^o

O Estado deve, todavia, carregar com estas despesas, como inherentes a um serviço de necessidade publica, sempre que se trate de condemnados, de cujo trabalho dependesse a subsistencia de uma familia, poupando-se-lhes os poucos bens que tiverem deixado, para que, se attente, tanto quanto fór possível, a transmissão dos effeitos naturaes da pena, contra terceiros.

infeliz, quer prudente quer imprudente, com dolo ou boa fé, pagando sempre as custas, salvo o direito a semelhante indemnisação.

A regra do Cod. do Proc. do Braz., Art. 607.^o, injusta, como é, ao menos não condemnava em custas a parte vencedora. Esta era também a regra do Cod. d'Inst. Cr. Fr., Art. 162.^o, 194.^o, 197.^o, 368.^o, 436.^o — mas o Decr. regul. de 18 de Junho de 1811, declarou responsáveis pelas custas os promotores, publicos ou particulares, do processo, salvo o recurso contra os authores do crime.²

Assim a responsabilidade directa carga sobre a causa proxima ou secundaria das custas, e não sobre a primeira e principal causa delles.

Se fosse esta a nossa regra, não haveria maior inconveniencia. As garantias protectoras dos offendidos e da sociedade contra a repressão do crime se tornariam uma verdadeira illusão. O cidadão pacifico, lesado, roubado, de boa fé, mesmo vencedor pagaria as custas. Veria plenamente verificado a seu respeito o bem conhecido rifão dos tempos feudaes — *« Le battu paye l'amende »* — A nossa legislação ficaria muito peor que a franceza; porque a que acabámos de citar tem hoje ao menos a modificação que resulta do Art. 368.^o do Cod. d'Instr., mandando aliviar a parte vencedora, nos negocios submettidos ao Jury; disposição ampliada na Inglaterra a todo e qualquer processo penal, pelo acto VII de G. IV C. 34.^o, que não faz distincção, qualquer que seja a jurisdicção repressiva.

Nem se diga, que a parte vencedora fica o regresso contra o condemnado; porque, ou o condemnado tem, ou não tem por onde pagar.

¹ Este Art. determina, que as custas sejam pagas pelos cofres das municipalidades respectivas, não havendo parte decabida. Em compensação se prescreve no Art. 307.^o do mesmo Cod. que as multas entrem nos cofres daquellas. Esta disposição é digna, nesta parte, de ser imitada. É preciso, é moral e conveniente, eliminar do orçamento da receita do Estado a verba de semelhante proveniencia, para ter estas e outras applicações judiciorias de interesse publico e de rigorosa justiça.

² Mesmo independentemente de condemnação, quanto á parte civil, porque a obriga ao depozito, ou preparo. Dispença, é verdade, desta obrigação a mesma parte, que justificar indigencia, mas pôde achar-se um cidadão no estado de não poder adiantar as custas de um processo ou recurso, sem que a impossibilidade provenha da indigencia, principalmente, quando vive do seu salario indispensavel ás suas necessidades diarias.

Se tem, nem a parte civil deve ser condemnada, nem o Estado ou os seus empregados judicaes devem ser dispensados de as reclamar daquelle directamente; se não tem, o direito salvo não é mais que pura decepção.¹

Mesmo com a ampliação da lei ingleza e do Cod do Proc. do Braz., na restricção á parte decabida, a regra do pagamento das custas, não pôde, com justiça, ser admittida.

Nesta hypothese o pagamento só pôde ser sancionado, como excepção, como freio imposto aos queixosos, calumniadores ou inconsiderados. A sociedade deve tomar, como um serviço a denuncia ou a cooperação do offendido na repressão do crime. Se intervem o ministerio publico, é este a parte principal que decabe, e não aquelle que veio auxiliar a jurisdicção dos tribunaes de repressão. A contingencia ou a incerteza de uma condemnação, embora esperada como provavel, e, portanto, a possibilidade do pagamento das custas, produz outro damno, alem do resultante do crime, qual é, em lugar de attrahir, affastar as denuncias, as accusações privadas, deixando por esta forma o ministerio publico a braços com os meios de defesa do criminoso, e assim destituido dos preciosos auxilios e esclarecimentos que a parte civil lhe podia prestar.

Contra o abuso, que se pôde fazer do direito de querella, que tem os offendidos, se exige no Art. 874.^o da Ref. Jud. a prestação do juramento de calumnia. Se a querella é depois reconhecida falsa, o Cod. é mais que severo, pois que no Art. 244.^o commina contra o querellante, em materia criminal, o degredo, e, em materia correccional, a prisão simples de seis mezes a dois annos e multa. Então é evidente que a condemnação nas custas, a que o querellante deu causa, é justa como parte integrante da satisfação e reparação.

Mas, se não ha prova de calumnia, e o réo é absolvido, embora para este a sentença produza a presumpção da innocencia, também a presumpção, que resulta do juramento, deve dar como certa a boa fé em relação á parte civil. O ministerio publico, que obra por virtude do seu officio, tem sempre essa presumpção a seu favor.

A consequencia a tirar é então unicamente a de deverem

¹ Bonnaville, Cap. 2.^o p. 35.^o — « Le recours que l'on attribue à la partie civile, qu'est-ce autre chose qu'une véritable déception? »

ser pagas as custas pelo Estado, saído ou do thesouro, ou do cofre especial.

Em summa o querellante deveria ser condemnado em custas sómente: 1.º quando querellou por um crime supposto; 2.º quando, sendo verdadeiro o crime, intentou querella contra determinada pessoa, que não foi depois pronunciada; 3.º quando, apesar de pronunciada, foi no plenário da accusação reconhecida innocente; e não sómente absolvida por falta de prova.¹

¹ Em todo o caso os que simplesmente vem a juízo, não como querellantes ou accusadores, mas como participantes, posto que voluntários, não se reputam partes na causa, nem dar causa ao processo.

A participação é sempre clausulada virtualmente — *se o juiz, em vista dos factos do delicto e mais averiguações a que deve proceder, achar que ha motivo para a pronuncia.*

A causa directa e unica do processo, se chega a ser instaurado, vem das diligencias judicias: e embora tenha logar a não pronuncia: a despronuncia, ou a absolvição final, por innocencia reconhecida, ou por falta de prova, não devem ser imputadas a quem, na boa fé, prestou um serviço á Justiça.

Não tendo sido partes na causa, nem convencidos nella da inexactidão das suas declarações, seria realmente grande injustiça a sua condemnação em custas.

Seria, mesmo, gravemente impolitica semelhante condemnação: por que, não erigida em crime a omissão do dever da participação, que só é perceptiva nos termos do Art. 891.º e seg. da Ref. Jud. para os funcionários publicos, em relação a sciencia adquirida no exercicio de suas funções, ficando unicamente *facultativa* para os demais cidadãos, ninguém se animaria a denunciar um criminoso, com receio de não corresponder o resultado á sua informação, e de ter a final de pagar as custas.

Não o entenderia assim certo juiz de direito, condemnando em custas um participante, em despacho de não pronuncia: mas esse despacho foi, nessa parte, annullado por Ac. do Sr. Tr. de J. de 19 de Janeiro de 1858.

Isto, porém, não salva os inconvenientes do presente Art., quanto aos querellantes, que, em boa fé, vieram a juízo, em cumprimento de um dever.

Nem estes, nem os participantes, devem ser responsaveis por custas, se não como fazendo estas parte da pena de reparação, que lhes deve ser imposta nos casos de dolo ou má fé.

Conforme ao Art. 245.º do Cod., não basta que a participação seja supponente, é preciso que seja *calumniosa*: — e pode um denunciado ser despronunciado, ou absolvido, sem haver animo de caluniar da parte de quem denunciou ou participou um crime.

Neste sentido deve ser declarado o Art. 1083.º da Ref. Jud., que commina a reparação civil contra os querellantes.

Pode ser, não a sua malicia, mas a infelicidade do processo, o prejuizo das testemunhas, o favor e incompetencia ou a ignorancia dos jurados, as causas da absolvição, e é soberanamente injusto o tornar os querellantes responsaveis pelas consequências das factes ilicites ou injustas de um terceiro.

O réo deveria pagar custas: 1.º, *por inteiro*, quando a final foi condemnado; 2.º, *por metade*, quando, sendo pronunciado, a final foi absolvido por *falta de prova*. A distincção, porém, entre absolvição negativa e positiva, cumpriria, que fosse, para semelhante effeito, authorizada, como não é, na lei do processo em vigor.

O mesmo réo deveria pagar custas, 3.º, sempre, que tenha logar o processo criminal de ausentes, em razão da condemnacia ainda mesmo no caso de absolvição: assim está

¹ Alguns réos, mesmo quando absolvidos, quer por falta de prova, quer por ser reconhecida a sua innocencia, podem ter dado causa a ser processados por crimes, de que não foram autores, em consequencia de outros factos, de que resultaram indícios, ou suspeitas. Um sem numero de factos ou circumstancias, todos voluntarios e imputaveis, por malicia ou por imprudencia, podem elles ter prestado, e que, parecendo ter correlação com o crime praticado, desculpam, e mesmo justificam, os procedimentos judicias, assim como a boa fé de uma parte offendida.

Não é justo então que o Estado, ou a parte queixosa, a final pague as custas. Pelo contrario, os juizes deveriam, em tais casos, ser authorizados, não obstante a absolvição, a condemnar em custas, e mesmo a fazer ao jury um quesito subsidiario: se o réo, por facto ou omissão que praticou, deu causa ás diligencias e custas do juizo a seu respeito.

Pelo menos, sempre que chegou a haver pronuncia, e o réo ou não recorren della em tempo, ou tendo recorrida não obteve provimento, deve pagar por inteiro as despesas do processo do summario, e por metade ás da accusação; excepto, quanto a estas, quando a forma e termos da absolvição sejam taes, que plenamente demonstrem um *quo pro quo*, ou estabeleçam a innocencia; não tendo dado o menor motivo ao processo.

O jury muitas vezes absolve um criminoso, ou por commiserção, ou por violação de dever de consciencia, ou por defeito de intelligencia, ou por esqueço de elementos probatorios: e as custas, como pena punitiva, ficariam assim servindo de tal ou qual punição, e que deveria inteiramente commetter-se ao prudente arbitrio dos juizes.

Além disso, quando os jurados não foram unanimes em suas declarações, esta circumstancia, junta ás presumpções que fundamentaram a pronuncia, torna muito problematica a innocencia absoluta do accusado; e quando o elemento moral falhar, como no menor de 14 annos, no louco intermitente, ou no ebrio completo, por declaração do mesmo jury, o accusado deve succumbir em relação ás custas, ao pelo menos paritthal-as; por que é sempre author material do facto, e arrastam ellas na ordem dos dâmnos causados sujeitos a reparação, e a impunidade só lhe vem da consideração especial do legislador, depois de uma accusação legitimamente fundada.

O arbitrio concedido aos juizes para condemnar ou não os réos absolvidos, como quanto impugnado por Chauv. e Hel., tem sido reconhecido e julgado em França. — « La cour d'assises qui prononce la absolvição d'un accusé, a la faculté de le condamner aux frais envers l'état, selon les circonstances de la cause. » *Supplément* ao Art. 368.º do Cod. d'Instr. Cr. n.º 8.º

no Art. 478.^o do Cod. d'Instr. Cr. Pr. — 4.^o a respeito dos recursos, que intentar, não recorrendo também o ministério publico, se nelles decahir; assim o aconselha a boa razão, a letra do presente Art., e se acha expresso no §. 108.^o da lei prussiana, sobre Proc. Cr., de 17 de Julho de 1846.

O ministério publico, ou o Estado que representa, deve pagar custas: 1.^a, *por metade*, na 2.^a hypothese antecedente; 2.^a, *por inteiro*, salvo o regresso contra o réo, nos casos da sua insolvença; 3.^a, em relação aos recursos que interpor depois da primeira condemnação final, quando della recorrer por diminuta, ou das sentenças de absolvição; 4.^a, em relação a todos os actos de processo, que foi necessario reformar, por virtude de decisões sobre nullidade tomadas nos tribunaes inferiores ou superiores.

No systema da nossa antiga legislação, Alv. de 25 de Julho de 1760, ao mesmo tempo, que se declarava, que um dos modos de evitar os crimes, consistia nas custas pecuniarias, se ordenava que os réos as pagassem, quer fossem condemnados, *quer absolvidos*, no caso de não terem parte civil!

A Ord. do Liv. 5.^o tit. 118.^o pr. declarava responsavel pelas custas o querellante, ainda que o facto criminoso fosse fóra de duvida, sempre que a final o réo fosse absolvido *por falta de prova*! Nos casos de devassa, se havia sido tirada a requerimento do parte, as custas eram pagas por esta; e se, por officio da Justiça, o escrivão só recebia metade, paga pelo respectivo concelho.

O Decr. de 30 de Junho de 1830, Art. 52.^o, cortou por todas as difficuldades, declarando: 1.^o, que o accusador, quereloso ou denunciante, nos casos de absolvição, pagasse as custas; 2.^o, que nunca as pagassem os réos absolvidos; 3.^o

* «Um dos modos de evitar os delictos consiste nas custas pecuniarias dos processos; porque ha muitos homens, que se animam a delinquir por falta de condemnações competentes para os reportarem» diz este Alv.

Sob este ponto de vista, o pagamento das custas, é uma rigorosa pena pecuniaria, accessoria a toda a penalidade, como a considerou o Cod. Resp. no Art. 24.^o, enumerando nestas o — *resarcimento de gastos occorridos por o juizo* — como o — *pago de costas processaes*. — A mesma contemplação haviam merecido, a par da reparação do damno, as custas judiciais; no Cod. de 1822, Art. 25.^o — Vid. Pacheco, Comm. ao cit. Art. 24.^o n.^o 9.^o e 10.^o

que nesta hypothese, intervindo sómente a acção da Justiça, não houvessem custas. Mas os escrivães não podiam ser contrangidos a trabalhar de graça, sem grave injustiça e comprometimento da causa publica, e por isso o Decr. de 16 de Maio de 1832, no Art. 270.^o, impôz o onus de pagar as custas: 1.^o á parte accusadora ou querellosa; 2.^o, não havendo esta, á fazenda publica.

Isto é, áquelles, que deram *causa proxima e directa* ao processo, salvo o regresso contra o condemnado, se o fosse.

Depois a Nov. Ref. Jud., revogando este Decr., na parte que dispoz contra a fazenda publica, veio conservar o inconveniente, que o de 16 de Maio de 1832 quiz remover, ficando assim em pleno vigor o cit. Art. 52.^o do de 25 de Junho de 1830. Por este modo, se não ha parte querellosa, não ha custas, em casos de absolvição, como é expresso na mesma Ref. Jud. Art. 1257.^o, porque também se não podem exigir do réo — *serão postos em liberdade, sem pagar custas*. —

Não obstante esta disposição, alguns juizes, considerando revogado aquelle Art. 52.^o, tinham continuado, com manifesto erro, a condemnar os réos absolvidos nas custas — *ex-causa* — segundo o systema da velha legislação.

Este erro, porém, não era geralmente recebido; os tribunaes superiores uniformemente o emendavam e corrigiam. Não era, por tanto, grande o inconveniente, que resultava da obscuridade da legislação anterior ao Cod. Pen.

* Vid. Sr. Nazareth. Elem. de Proc. Cr. §. 372.^o, a que se refere o Sr. Levi, Comm. No Decr., com força de lei, de 18 de Fevereiro de 1847, especial para o cônjuge ou parente que vierem a juizo defender ou accusar um anente, podem elles ser obrigados a pagar as custas *ex-causa*, visto que ali são declarados solidariamente responsaveis por ellas, ou deve esta determinação especial cessar, pela disposição generica do presente Art., nos casos de defesa, visto que o cônjuge ou parente defensor, não deu causa nem ao crime nem ao processo?

A responsabilidade solidaria neste caso é uma condição restrictiva do direito de accusar, como odioso entre pessoas conjunctas, assim como a defesa, por se supprir conluido no livramento do réo sem os incommodos da prisão e da punição, e em razão da contumacia de que o defensor é suspeito como cúmplice; e, por tanto, esta disposição do Decr. não se acha derogada pelo Cod., e, todavia, os seus termos geraes podem dar fundamento a diversa interpretação.

Além disso, a Isabella de salarios, confirmada pela Port. de 12 de Março de 1845, com fundamento na authorisação concedida ao Governo

Desgraçadamente este Art., nas poucas linhas, que contém, veio complicar e aggravar o estado da questão. Nos seus termos litteraes ninguem é exceptuado de pagar as custas, uma vez que deu causa a ellas.

Assim uns juizes poderão entender, com relação ao processo, que a parte accusadora, querellante ou denunciante, é causa do processo; outros não considerarão causa o simples denunciante, se não querellou; outros sómente o que seguiu a accusação; outros restringirão a responsabilidade á parte, nos crimes em que sem ella não podesse ter logar a accusação do ministerio publico; outros reputarão causa o mesmo ministerio publico; outros sómente com relação aos actos do processo, e recursos que este promoveu, ou a parte, o réo, e até os juizes.

Era, por tanto, melhor que o Cod. Pen. tivesse guardado o silencio sobre semelhante assumpto, reservando-o para logar mais competente, e aonde podia ser melhor apreciado, qual no da reforma do processo, de que muito se carece, mas que nós aconselharíamos adiar, para que acompanha a de que precisa o Cod. Pen., e assim não participe dos seus vicios e defeitos.

pela C. de Lei de 28 de Novembro de 1840. determinou, no tit. 10.º das disposições gerais — Art. 1.º, que nem o ministerio publico, nem os presos notoriamente pobres, ou qualificados como taes, posto que sejam authors ou recorrentes, podessem ser obrigados ao pagamento de custas.

O Art. concebido em termos vagos e gerais, authorisa, que possa entender-se, á contrario sensu, que tanto o ministerio publico, como os presos pobres, podem ser condemnados em custas, se deram causa a ellas. Será, porém, mais acertado rejeitar semelhante argumento, entendendo-se, que nem o ministerio publico, que vem a juizo, movido pela disposição da lei, pode ser considerado causa do processo, nem entrou na intenção do legislador prejudicar a especial contemplação da pobreza notoria, feita no tit. Art. da tabella de salarios: — mas fica sempre assim demonstrado o inconveniente da regra tão pouco explicita estabelecida no Art.

CAPITULO II.

DA EXTINÇÃO DOS CRIMES E PENAS.

ARTIGO 119.º

Todo o procedimento criminal, e toda a pena, acaba pela morte do criminoso. Art. 22.º a 27.º; 102.º

Concorda com a disposição do Art. o Cod. d'Aust., Art. 201.º e 202.º; e da Bav. Art. 139.º

Quanto aos procedimentos judiciaes era já a doutrina da Ord. do Liv. 5.º tit. 6.º §. 21.º e tit. 82.º §. 3.º e 4.º, menos nos termos desta segunda Ord., quando a lei comminasse o perdimento dos bens *ipso facto*; porque, nesse caso, se devia continuar no processo *para se julgarem os bens por perdidos*.¹

Abolido o confisco pela Carta, passou a mesma disposição, sem a sua restrição, para a Ref. Jud., Art. 1182.º « A accusação nos crimes publicos cessa... pela morte do accusado. »

Quanto á pena, a mesma idéa se contém tanto no Art. 102.º deste Cod. como no §. 19.º do Art. 145.º da Carta, determinando que as penas não passem da pessoa do delinquente.

E, contudo, as penas, em grande parte, podem ir pelo seu reflexo além da pessoa moral dos condemnados; porque lhes é impossivel começar a expiação do crime, sem quebrar ou interromper as relações que existem entre elles

¹ Pelo antigo Direito, e conforme á dita Ord. do Liv. 5.º tit. 6.º §. 21.º, e já desde o Cod. Man. o processo tambem continuava para o effeito de se declarar denada e memoria dos culpados, nos crimes de alta tração, como já notámos no Art. 102.º

e os outros homens, e especialmente quando a par delles existe uma familia, que fica privada da subsistencia, em consequencia da condemnação e do cumprimento das penas.

Debalde dirá e querrá o legislador, que as penas cessam pela morte dos condemnados, ellas se transferirão, ou communicarão, assim antes como depois da morte, muitas vezes, ou em si mesmas ou em seus effeitos, tanto na parte moral ou afflictiva, como na parte material ou de damno inevitavel. A missão da lei é atenuar este inconveniente, quanto humanamente seja possível, fazendo aproximar do principio estabelecido tanto a execução como os effeitos penaes. Se é impraticavel uma fidelidade absoluta ao mesmo principio, pelo menos cumpre guardar a fidelidade relativa. Foi o que não vimos praticado no Cod., como demonstrámos ao Art. 51.º e outros logares.

Pelo Cod., não só as penas, em seus effeitos, podem passar além da pessoa do condemnado, tendo estas cessado, mas ainda antes de começarem a ter existencia!

Um condemnado á morte, que se suicida, ou morre acidentalmente, antes de subir as escadas da forca, deveria, porque o effeito não pôde nascer sem a preexistencia da sua causa, não perder a facção testamentaria, apesar da condemnação. Assim o testamento feito, antes ou depois desta, deveria considerar-se valido.

Mas o nosso Cod. não determinou expressamente coisa alguma a semelhante respeito, como cumpria, a exemplo do Cod. d'Aust. Art. 202.º, vindo, todavia, a ficar concordes, por isso que a qualquer interpretação benigna resistem formalmente os termos do Art. 51.º, attribuindo o effeito, de que se trata, não á pena, mas á sentença de condemnação, desde que passa em julgado!

Accresce que, se a reparação do damno é essencialmente um elemento principal de penalidade, não cessa pela morte do condemnado, porque passa a seus herdeiros; e o mesmo se verifica a respeito das penas pecuniarias, como é expresso nos Art. 108.º e 101.º §. 2.º O mesmo acontece na prohibição aos parentes do supplicado, para que o não enterrem com pompa, segundo o Art. 91.º §. 2.º

Embora se diga, quanto ao Art. 108.º, que a reparação do damno é civil e não penal, e quanto ao Art. 101.º §. 2.º, que a multa é um encargo da herança, e que os herdeiros o não são, se não deduzidos os encargos della; e

quanto ao Art. 91.º §. 2.º, que a prohibição é meramente preventiva e policial; sempre é certo que os nomes não mudam a essencia das cousas, e que, consideradas, no systema do Cod., que não adoptámos, as penas como um mal consequencia legal do crime, todas as obrigações impostas por estes Art. são um mal, que se deriva da mesma causa, e que segue contra terceiros, antes e depois da morte do criminoso.¹

De resto, se o criminoso morre antes de transitar em julgado a sentença, inutil era dizer-se que *toda a pena acaba pela morte*, porque nenhuma pena pôde ter execução sem intimação ao réo; e se se trata de penas corporaes, e elle morre depois da sentença transitada, a mesma inutilidade apparece, porque a execução se torna materialmente impossivel. Ao *confisco* não pôde o Art. referir-se, porque não é pena admittida pelo Cod., nem o pôde ser em vista da Carta.

Restam, por tanto, as *multas*: mas a respeito destas a doutrina não é verdadeira; pois que passam aos herdeiros.

Consideradas as penas como *remedio*, que tem por objecto a *enfermidade moral* criminosa, seria absurdo applicar-se na parte subjectiva a um *cadaver*. Seria possivel imaginar-se, que um cadaver podia ser enforcado? transportado a um degredo? O additamento, pois, do Art. — e *toda a pena* — não tem prestimo algum.

Mas, se esta declaração era util ou necessaria, devia ser mais explicita em relação a custas e á reparação do damno. As expressões — *toda o procedimento criminal, toda a pena* — podem prejudicar tanto esta como aquellas.

¹ A regra não é absolutamente verdadeira em presenca do que dispõe o Art. 91.º §. 2.º em relação aos condemnados á morte; porque se já não tem lugar procedimento algum criminal, tem a applicação de uma pena. Infelizmente, pela prohibição da pompa no enterramento do cadaver, e, effectivamente, pôde ser indispensavel proceder criminalmente depois da morte de um criminoso, quando assim o exigem as necessidades moraes e sociais, como nos casos de *suicidio*, não só para se verificar se o homicida de si mesmo teve cúmplices, nos termos do Art. 354.º, mas para se averiguar, se o acto foi voluntario, ou de alienação mental, pois que o mal social, resultante do crime, se não pôde curar-se na sua causa moral, deve exigir providencias repressivas do contagio e do mau exemplo, e, por tanto, a competente instrução criminal, que, se der um resultado exclusivo da mesma alienação, pôde provocar as demonstrações penaes, que forem moralmente possiveis, taes como a do cit. Art. 91.º §. 2.º, mais toleraveis neste caso excepcional do que sobre os cadaveres dos condemnados á morte: como notaremos ao dito Art. 354.º

As custas são contadas e liquidadas no juízo criminal, como dependência ou acessório do procedimento criminal: e, se houve sumário com pronúncia que transitou em julgado, ou se continuaram actos de processo, á que o réo deu causa, segundo a regra estabelecida no Art. antecedente, os seus herdeiros devem ser nellas condemnados.

Quanto á reparação do damno, que é rigoroso elemento de penalidade, também não cessa pela morte do réo, e a acção é *essencialmente criminal*: porque tem por base o crime praticado, com quanto essa acção seja intentada *civilmente*.

Por ultimo, deve advertir-se, que, sempre que ha *cunplidade*, ou mais co-réos, o procedimento criminal contra o morto, não pôde acabar; porque a averiguação da culpa dos vivos é connexa e inseparavel com a dos fallecidos; cessa contra estes, não *toda o procedimento criminal*, mas só *o da accusação e a pena legal*: e assim se pratica, e so deve praticar; e nem as circumstancias pessoas a um dos participantes do crime podem aproveitar aos complices para os aliviar do processo e da pena.

Acresce que a justiça devida a terceiros pessoas, assim como os interesses da moral, podem repellir a regra de que *tudo o procedimento criminal acaba pela morte do criminoso*.

Sacipião Biron, um dos melhores criminalistas do seu tempo, e que ainda não vimos excedido por nenhum outro, propõe no seu tratado de desenvolvimento e applicação da theoria das leis criminaes, ¹ que a revisão do julgado possa ser requerida pelos conjuges, ascendentes ou descendentes, e irmãos, cunhados ou sobrinhos, do executado á morte, nos casos, em que exista um erro de facto decisivo, ignorado ao tempo da condemnação, como são:

1.º O de um homem, que se julgou assassinado, e que apparece vivo:

2.º O de se descobrir o verdadeiro author do crime:

3.º O da falsidade nos depoimentos das testemunhas:

4.º O de, por documentos, ou por qualquer outro meio, se poder mostrar a injustiça da condemnação:

Além do prejuizo resultante da responsabilidade da re-

paração do damno, que terceiros tem interesse em remover, existe a necessidade que taes pessoas tem de rehabilitar a memoria do seu conjuncto.

Esta revisão não pôde ser feita senão em *processo criminal*, e, por tanto, os termos absolutos da disposição do Art. são inadmissiveis.

Mas, estabelecido ou reconhecido como justo e moral um determinado principio, é preciso ser logico, derivando delle todas as conclusões naturaes e obvias.

Assim a mesma razão procede a respeito de qualquer condemnação a uma das penas maiores, tenham ou não sido cumpridas, em vida do condemnado, e ainda mesmo que o processo criminal não tenha passado de pronúncia.

Em todos estes casos o *procedimento criminal*, para rehabilitação da memoria do condemnado ou pronunciado, deve ter logar, quando requerida por taes pessoas, dadas certas circumstancias, e em qualquer tempo, sem limitação alguma de prazo.

Ainda mais o Dec. com força de lei, de 18 de Fevereiro de 1847, authorisa o *procedimento criminal* contra os *ausentes*, quer dizer, contra os criminosos, cuja verdadeira situação senão conhece, e que podem ter morrido ignorados, no espaço de 10 annos que o Cod. estabelece no Art. 123.º §. 1.º para authorisar qualquer procedimento criminal, ao mesmo passo que o mesmo Decr., no Art. 5.º §. 1.º, authorisa a defesa dos conjuges e parentes dentro do 4.º grão segundo o Direito Canonico em favor dos mesmos ausentes.

É certo, que se a morte constasse em juizo o processo não progrediria, e que, se o Decr. o authorisa, é na suposição de que o criminoso vive: mas não é menos certo que a lei, tomando por verdade uma presumpção fallivel, sujeita virtualmente o procedimento criminal ás eventualidades do erro, e, por tanto, á de poder ter logar uma accusação contra homem morto.

Pôde, pois, então dizer-se que este Art. tem uma excepção assim concebida:

« Excepto nos processos de ausentes, em quanto não constar da morte. »

¹ Tom. 2.º pag. 393. Vid. Comm. ao Art. 120.

ARTIGO 120.º

O acto real de amnistia é aquelle que, por determinação generica, manda que fiquem em esquecimento os factos que enuncia antes praticados; e ácerca delles prohibe a applicação das leis penaes.

§. 1.º O acto de amnistia extingue todo o procedimento criminal, e faz cessar para o futuro a pena já imposta, e os seus effeitos; mas não prejudica a acção civil pelo damno e perda, nem tem effeito retroactivo pelo que pertence aos direitos legitimamente adquiridos por terceiro.

§. 2.º O acto de amnistia applica-se segundo os termos nelle expressamente designados. Todavia, entende-se comprehender os crimes, que constituíram circumstancias aggravantes, e os accessorios, que foram commettidos sómente para preparar, ou facilitar a execução dos crimes que declara, se a pena que áquelles é imposta pela lei não for mais grave. Carta Const. Art. 74.º, §. 8.º

É uma attribuição do poder Moderador o conceder *amnistia*, como se vê do Art. 74.º da Carta §. 8.º, em caso urgente, e quando assim o aconselhem a humanidade e bem do Estado.

A palavra é de origem grega, e significa *esquecimento*, nome dado a uma lei, que Trasibolo, depois da expulsão dos trinta tyrannos de Athenas, tinha promulgado, determinando que seria completamente olvidado tudo quanto se havia praticado.

A definição, pois, que se contém neste Art., era desnecessária; porque não é mais que uma periphrase da pa-

lavra, que, sem dependencia de preceito legislativo, exprime por si mesma tudo quanto o legislador teve em vista significar.

Como definição não é perfeita, por não ser concisa e ter muitos termos redundantes, como são *manda por determinação*, *amnistia* é o *esquecimento* e as ultimas palavras do Art. que já sahem da mesma definição, porque são merely corollario della.

Seria, a nosso ver, mais methodico e mais claro dizer-se em seguida ao Art. antecedente:

1.º Que toda a pena cessa pelo *perdão* absoluto do rei, ou seja concedido por amnistia com applicação a uma certa classe de delinquentes, ou seja por *graça* especial e individual.

2.º Que a *amnistia* extingue tambem todo e qualquer procedimento criminal, instaurado, ou por instaurar: como resulta da palavra *amnistia*, que significa *esquecimento absoluto, perpetuo*.

3.º Que a *graça* a determinados individuos não se concede, senão depois da sentença condemnatoria transitada em julgado.

Quanto aos §§. do Art. observaremos, que a primeira parte do §. 1.º é inteiramente superflua, em vista da definição dada no Art. já redundante em si mesmo. É, pois, redundancia sobre redundancia. E sobre a segunda parte, que temos como inexacta a sua doutrina. Conforme ao Art. 110.º a hypotheca e o direito a exigir a perda e damno retrotrahese ao momento do facto. Mas, se o facto foi amnistiado, o damno assume a natureza de fortuito ou de força maior; porque a causa individual desapareceu pela ficção do Direito eminente.

A reparação do damno, ou satisfação, como temos demonstrado, é uma parte essencial de toda a penalidade: o perdão, por tanto, da pena em forma de amnistia, envolve, comprehendendo, esse elemento penal; e, como legalmente se não podem attribuir effeitos ao que legalmente se deve ter como não existente, é claro que não pôde mais haver questão de direitos adquiridos.

Sómente devem e podem esses direitos ser mantidos, se já são mais que direitos, se são factos consummados, pela effectiva posse ou restituição das cousas, que por esses direitos foram transmitidas; mas é porque, em relação a

factos amnistiados, a amnistia, quando plena e absoluta, não produz, tolhe qualquer acção.

Tratar directa ou indirectamente em juiz dos factos esquecidos, para a acção civil, de restituição, de reparação, ou de aquisição, repugna com o esquecimento dos mesmos factos.

Com esta ultima restricção ficariam inuteis os effectos salutaros da amnistia. Os processos criminosos seriam instauredos pelos factos criminosos, que foram elementos constitutivos do crime amnistiado, circumstancias aggravantes delicto, ou accessorios sómente para preparar ou facilitar a sua execução.

Assim, por exemplo, os réos amnistiados pelo crime de rebelião ou de conjuração, nos termos dos Art. 171.^o e 172.^o do Cod., e que tiverem de responder pelos crimes accessorios que tenham pena maior, sofrerão essa pena sem utilizar em cousa alguma a amnistia, porque sem ella a sua condição era a mesma. Sempre nos termos do Art. 84.^o não lhes poderia ser applicada senão a pena mais grave. Esta restricção poderá fazel-a o Poder Moderador, se o tiver por conveniente, mas o Cod. não, sem violação do §. 8.^o do Art. 74.^o da Carta.

Para se facilitar a revolta de um corpo militar, um dos soldados matou ou feriu o seu commandante; um caudilho invadiu e roubou uma recebedoria; outro lançou o fogo a um edificio habitado, em que pereceram algumas pessoas. Estes crimes accessorios foram meios de execução do crime da revolta.

A revolta tomou grande incremento. É força maior ceder ás circumstancias; transigir com o crime, em que uma grande parte da sociedade tomou parte.

A sociedade então não tem, nem pôde ter, o direito de punir: .

1.^o Porque se puniria a si mesma; 2.^o porque a impunidade lhe é mais necessaria, nesse estado anormal, do que a repressão; em circumstancias ordinarias. Nestas o direito de punir applica o remedio da lei commun ao mal do crime, naquella cessa o direito de punir, para só e restrictamente atalhar os effectos do mesmo crime. É o bem do Estado, diz a Carta; como é, pois, que o Cod. pôde de antemão avaliar até onde podem ir as providencias indispensaveis á salvação publica?

Não ha, por tanto, verdade politica nem juridica neste §., a não ser na regra que estabeleça — « O acto de amnistia applica-se segundo os termos nelle expressamente designados. »

Accresce que ha uma verdadeira antinomia entre a primeira e a segunda regra estabelecida em termos absolutos no §. 2.^o

Se o acto de amnistia se applica segundo os termos nelle expressamente designados, conforme á primeira regra, segue-se que, se os termos da amnistia forem o esquecimento do facto criminoso, por ex. de uma rebelião, comprehendidos quaesquer crimes *accessorios*, puniveis ou não em si mesmos, com *penas mais grates*, e para todos e quaesquer effectos judiciaes, quer *criminaes* quer *civis*, ha de ser cumprida, em contradicção com o disposto tanto na segunda parte do §. antecedente, como na segunda parte do presente §. 1.^o

Se a amnistia é um acto politico, *extraordinario*, que se regula por si mesmo independentemente das leis ordi-

1. Se, nos termos da definição dada no Art. a amnistia importa a *esquecimento absoluto*, como podem esses factos não ser esquecidos, para que tenham lugar semelhantes acções?

A amnistia é um acto que sai dos limites do *Direito estrito*; um acto de *alta politica*, cujo fim é a *pacificação*, o esquecimento, o perdão. O facto não é facto, o processo deixou de ser processo, a sentença deixou de ter existencia legal; como pôde, pois, em contradicção com esse acto, com a sua natureza e fim, restringir-se o alcance da amnistia á *extinção do processo*, *penas e seus effectos*? E o ser e não ser sobre a existencia do facto, que a amnistia mergulhou para sempre no rio Lethe; é um completo *contrasenso* na theoria do *Direito de alta politica*.

Debalde antes ou depois de uma guerra civil, pertenderá a Monarcha pacificar os animos para salvação do Estado: os odios continuarão pela infinita deducção de processos para indemnisação de danos causados e com outros pretextos.

O chefe de partido e seus cumpridores que, para sustentar a sua gente nesse estado de guerra, se tiverem utilizado dos generos, dos gados, ou dos dinheiros d'alguem, terão de reparar os danos causados.

Isto não pôde ser. Vid. o exemplo constante do Decr. de 26 de Abril de 1847 e dos portarias de 28 de Agosto e de 29 de Setembro do mesmo anno.

A amnistia pôde ser mais ou menos ampla. Tudo depende dos termos em que for concebido o acto do Poder Moderador.

Mas o Cod. Pen. não pôde ordenar limites a esse acto, sem violação da mesma Carta. O mais que se pôde fazer é que todos os cidadãos contribuam, como em *acta prostra*, para indemnisação dos males causados pelos factos, objecto de amnistia, se o acto de amnistia não resalve expressamente semelhantes direitos.

narias, não é sujeito a preceitos legislativos, nem o póde ser, porque o seu alcance, maior ou menor, depende das circumstancias. O esquecimento, será mais ou menos completo, conforme o exigirem as imperiosas necessidades da salvação do Estado. Se o bem social exigir que a amnistia seja tal, que levante um muro de bronze a quaesquer crimes accessórios e reparações civis, seria absurdo sacrificar esse bem ás prescripções restrictivas do Cod. Pen., e ainda mais, em casos de urgencia, como nos da guerra civil, tornar o Poder Moderador dependente de uma providencia legislativa, para a dispensa das mesmas prescripções.

Mesmo fóra desses casos o absurdo permaneceria: porque a independencia dos Poderes estabelecida na Carta ficaria offendida. O Poder Moderador não tem em taes casos outra restricção mais, que a da audiencia prévia do Conselho d'Estado.

ARTIGO 121.º

O perdão concedido pelo rei a qualquer criminoso condemnado por sentença, faz cessar para o futuro o procedimento e a pena mesmo pecuniaria, ainda não paga; mas não restitue os direitos politicos de que a condemnação privou o criminoso, se disso se não fizer expressa declaração, nem prejudica a acção civil pelo damno e perda, nem os direitos legitimamente adquiridos por terceiro. Art. 129.º §. 1.º

Assim, quanto á regra final do Art., se achava determinado no §. un. do Art. 1201.º da Ref. Ind.

« A resolução do Poder Real nunca poderá offender as « acções civis de perdas e damnos. »

O perdão do rei, não por acto politico, mas por graça especial e em favor de determinada pessoa, tem effeitos mais restrictos do que a amnistia. O perdão não livra da culpa, mas da pena legal; não faz desaparecer nem o facto, nem a sua criminalidade; pelo contrario sustenta esta e aquella, como objecto do perdão.

É por tanto claro, que não póde prejudicar, em caso algum, o direito do prejudicado á reparação do damno. O bem do Estado mal póde conceber-se' então que exija o sacrificio dos direitos de terceiro. Seria fazer com que o perdão de um individuo revertesse em espoliação e pena contra outro.

Além disso o fundamento do perdão deve ser sempre, ou um arrependimento bem sincero e bem provado a favor do condemnado, ou o conhecimento extraordinario de circumstancias attenuantes, que façam permittir, diminuir ou substituir, a pena imposta por sentença.

Ora, no primeiro caso, a reparação do damno é a primeira e essencial demonstração da sinceridade do arrependimento, e é indigno da clemencia do principe aquelle que

solicita o perdão sem restituir o alheio, ou compôr o dano a que deu causa: no segundo caso, como sempre subsiste a culpa, e conforme ao Art. 123.º §. 4.º a obrigação de reparar nasce do momento do crime, sempre fica, apesar do perdão, tanto quanto basta para legítimar o direito á reparação do dano.

Mas ainda assim pôde haver, posto que em caso rarissimo, fundamento que faça prender, como na amnistia, o interesse individual ao bem do Estado, e que justifique um acto do Poder Moderador que remitta ao condemnado o complemento da pena, que consiste na satisfação, e, nessa hypothese, se torna insubsistente a restrição do Art., e sómente resta ao governo a obrigação de propôr ao poder legislativo depois, não a confirmação de semelhante perdão, mas a authorisação, para pelo thesouro se prestar a indemnisação do direito da parte civil, expropriada pelo perdão.

Quanto á restrição sobre a não restituição dos direitos políticos, o §. se acha em contradicção com o Art. 129.º nos seus §§. 1.º, 2.º e 3.º O Cod. Pen. concede ahí ao lapso de 15 annos de privação de taes direitos, aquillo mesmo, que recusa ao Poder Moderador: e permite a rehabilitação, como effeito do perdão, para a mesma restituição.

Se a perda dos direitos políticos, ou como pena principal, ou como accessoria, ou como effeito, nasce da mesma origem, qual a condemnação imposta por sentença, quando fôr removida pelo perdão, em termos absolutos e geraes, fica cessando natural, constitucional, e logicamente todas as suas consequências legais, e, por tanto a — *expressa declaração* — que o Cod. Pen. impõe ao Poder Moderador é, além de exorbitante, desnecessaria.

A Carta, no Art. 74.º §. 7.º, designa, como attribuição deste Poder, « *perdoar e moderar as penas impostas aos reos condemnados por sentença.* » Ora é obvio, que o perdão da pena importa o da condemnação, e que o da condemnação importa o de todos os seus effeitos.

O Cod. Pen. parece confundir dois actos, que a Carta distinguio — o de *perdoar* e o de *moderar* — Se o perdão da pena se entende com reserva virtual da perda dos direitos políticos, quando disse se não *fizer declaração expressa em contrario*, segue-se que o rei não perdôa então, mas sómente *modera*: porque deixa subsistente uma parte expressa ou virtual da condemnação.

Voltando á restrição, relativa aos direitos da parte civil, é certo que em toda a parte do mundo civilisado se entende que o perdão do rei não prejudica o direito á reparação do dano, e que mesmo semelhante ressalva costuma vir inserta nos diplomas de graça. Mas esta pratica precisa ser ampliada.

O Cod. do Braz. no Art. 32.º, como já notámos em outro lugar, determina:

« *Em todo o caso*, não tendo o condemnado meios para a satisfação dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação.

« Esta condemnação cessará logo que o delinquente, ou quem por elle, satisfizer, ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito. »

Esta moralissima disposição nos sugere a idéa de que, em lugar da referida ressalva no perdão do rei, deveria ter antes lugar exigir-se do condemnado, como *condição essencial*, ou a previa reparação do dano, ou a prestação da referida fiança, ou a declaração do offendido ou seus herdeiros de que se dão por pagos ou satisfeitos, ou a sujeição a trabalho pelo tempo necessario á aquisição dos meios indispensaveis.

Segundo as leis da Sardinha de 1770, Liv. 4.º tit. 35.º Art. 5.º, que são uma reprodução em parte do famoso Cod. de Victor Amadeo, o monumento penal o mais notavel do seculo XVIII, o perdão real não tinha execução sem que a satisfação se achasse preheuchida. « *Reintegrata che sia la parte offesa delle spese, et danni.* »

O antigo Direito francez consagrava o mesmo principio. No *costume* de Mons, Cap. 26.º, é expressa a condição preliminar: « *sera tenu de préalablement satisfaire à partie lezée de son intérêt et dépens.* »

As antigas *letras reaes de absolvição*, que os reis davam em Rheims, por occasião da cerimonia da sua sagração, continham a mesma condição, como irritante. « *Satisfaction se faicte a la partie civile, si faicte n'est.* »

Era uma imitação do exemplo dado pela Igreja nesses

† Bonneville, tit. 4.º Cap. 1.º

tempos, que não aliviava das suas excommunições, em quanto o danno não era satisfeito — « nisi resipuerit et ad satisfactionem venerit. »¹

Seria digna ainda hoje de ser conservada na legislação. O soberano, augusto depositario da clemencia do paiz, pareceria então dizer:

« J'ai eu pitié du coupable repentant; mais je m'intéresse plus encore à l'honnête homme qui a été victime du crime; aussi n'ai-je consenti à l'octroi de la grâce, qu'à la condition expresse de la réparation du dommage civil. »²

Assim o direito real de graça que muitos publicistas tem imprudentemente impugnado, mereceria as respeitosas sympathias dos povos, conciliando os direitos sagrados da victima com a justa clemencia devida ao arrependimento.³

Por ultimo, notaremos aqui o gravissimo inconveniente, que resulta dos *termos geraes* do presente Art., não só comprehendendo *qualquer criminoso condemnado por sentença*, mas, sem excepção nem ressalva alguma, os *direitos legitimamente adquiridos por terceiro*. Segue-se desses termos, que, pela combinação dos Art. 52.º e 53.º, os herdeiros a quem a lei transmitiu a propriedade e posse civil com os effeitos da natural nos bens de um condemnado á morte, desde que a sentença transitou em julgado, não podem ser despojados dos seus direitos, assim legitimamente adquiridos, pelo superveniente perdão da pena, como ponderámos em outro logar.⁴

Pelo menos é muito duvidoso este ponto de Direito; porque, se, por uma parte, se pôde dizer que as condemnações á pena de morte não podem ter logar, nem por consequencia os seus *effeitos*, sem que baixe Resolução do Poder Moderador, por outra, com mais juridico fundamento, se pôde responder que o perdão é *da pena*, e não dos *effeitos* que vem da *condenação*, independentemente da *execução*, como é, n'este caso, a transmissão da propriedade e posse.

Só pôde redarguir-se contra os termos geraes do pre-

sente Art., tendo-se como contraria á Carta, á determinação absoluta do Poder Moderador, aquella transmissão, considerada assim, não como effeito consummado da condemnação, mas sómente *condicional* e dependente da mesma determinação para se tornar definitiva e invulneravel. Mas é esta uma distincção, a que resistem os termos geraes do Art. 51.º, attribuindo os effeitos do Art. 52.º á sentença, e não á execução da pena.

¹ Fortis. excomm. apud script. rer. gallic. et franc., tom. iv, pag. 612.

² Bonnesville, cit.

³ Ecclesia, Filangieri, Baroux, etc.

⁴ Vol. II. do Art. 52, pag. 226.

ARTIGO 122.^o

O perdão, ou desistência do offendido extingue o processo criminal nos casos em que não ha lugar a Justiça sem accusação de parte. Art. 359.^o; 399.^o; 400.^o §. un.; 401.^o §. un.; 416.^o; 417.^o; 439.^o §. 1.^o, 2.^o, 3.^o

Este Art. contém, *à contrario sensu*, uma regra, que converte em excepção a regra expressa.

A regra é a que, entre outros, se acha no Cod. da Toscana de 1786, Art. 3.^o, e 5.^o

« Em todos os delictos se poderá e deverá proceder *ex officio*; quer a parte consinta quer não. A desistência ou o perdão da parte não será attendida, nem para interromper o progresso da causa, nem para modificar a condemnação. »

A excepção é analoga no mesmo Cod. á que se acha no presente Art.

Os casos, em que pôde ter lugar a sua applicação, eram todos os que vem especificados no Art. 854.^o da Ref. Jud. O Cod. sómente conservou alguns desses casos.

Com a doutrina do Art. concordam o Art. 861.^o, e 866.^o e §. 2.^o da mesma Ref. nas palavras: — « a querella, ou a accusação cessa, logo que as partes desistam ou perdoem. »

Nos casos, de que se trata, a acção da Justiça não é mais que uma satisfação dada á parte offendida; os tribunaes, os juizes, não são outra coisa mais do que instrumentos legal da *vindicta privada*.

O poder moderador não compete ao Rei, mas ás partes offendidas. A vontade, e só a vontade, do offendido dá vida ao processo. Cessa, por tanto, a competencia e jurisdicção dos juizes para progredir.

Esta legislação, porém, é altamente absurda e anti-social, como foi a *vindicta privada* nos tempos barbaros das nações modernas, e como é a *vindicta publica*, que lhe succedeu.

O perdão ou desistência da parte offendida prova a sua virtude, generosidade, mas não demonstra, nem o arrependimento, nem a extincção da enfermidade moral, causa productiva do maleficio, nem, por consequencia, que tem cessado a necessidade e o direito social de applicar contra essa enfermidade os remedios adequados repressivos, tanto reparadores, como preventivos de reproducção e contagio.

O direito de punir é um direito commum, é um direito de todos, que não deve nem pôde ficar á mercê de um individuo, posto que particularmente offendido.

Além disso, o perdão e a desistência não aproveita, desde que o crime foi definitivamente sentenciado: o Art. não pôde entender-se de outro modo; porque seria uma tal disposição directamente offensiva da soberania do rei. Mas, se o processo criminal, e por tanto o crime e a pena, não tem se não uma existencia *condicional*, qual a vontade do offendido, a manifestação dessa vontade deveria immediatamente fazer cessar o cumprimento da mesma pena.

A palavra *processo* tanto significa o que é *feito*, como o *pendente*, e se o extincto é como se nunca tivesse existido, não ha *sentença sem processo* assim como não ha *pena sem sentença*. Extincto o processo desaparecem, ou deviam desaparecer, todas as suas consequencias. O Art. não o diz assim, é restricto aos processos pendentes.

Não o podia dizer, mas fica então a attribuição do Poder Moderador em manifesta contradicção com o principio, que, nos crimes exceptuados, authorisa o poder arbitrario das partes offendidas.

Costuma-se defender a disposição do Art., dizendo-se.

¹ O perdão, quando não é concedido pelas partes a titulo oneroso, é uma acção nobre, verdadeiramente christã, digna de todo o elogio; mas semelhante esforço sempre levavel a um particular, que é livre de apreciar o risco pessoal, que lhe pode acarretar a sua generosidade, não pôde ser exarcido pelo rei em nome da lei, nem por esse particular em prejuizo da mesma lei.

Tanto o rei, como as partes offendidas, perdoadas, ou desistindo de uma accusação, cedem aos haplissos beneficios do seu coraço, mas nem sempre praticam um acto de *justiça*, nem uma *virtude moral*, sob o ponto de vista social. *Castigar os que erram é uma obra de misericórdia*. A punição, pois, despidida de toda a idéa de vingança, é as mais das vezes um beneficio para o mesmo delinquentes. A impunidade, ou o perdão, sómente se justifica quando, por motivos especiaes, ou o castigo é inutil, ou a severidade é contraproducente, como mal maior que o maleficio.

que, as excepções se reduzem aos crimes particulares, e, pela maior parte, a casos leves, e que em taes casos é melhor a impunidade, que multiplicar a necessidade da repressão: e que punir, quando o offendido não perdoo, é preferivel a que elle tome vingança por suas mãos; e que, n'outros casos especiaes com quanto graves, razões de interesse publico, ou de conveniencia do proprio offendido, exigem que assim se proceda.

Mas, quanto aos casos denominados leves, a argumentação facilmente se destroe. A impunidade nunca deve ser tolerada em uma sociedade bem organizada; nem a justiça absoluta, nem a justiça social, a podem permittir, em caso algum. Contra o crime de provocação, e o crime de *vindicta privada*, a sociedade, que a todos promette e garante protecção, deve empregar sempre os meios policiaes e de repressão, que forem necessarios; a vontade privada não deve ser anteposta ao bem geral, excepto nos casos de concorrerem duas circumstancias: 1.^a de que se dê um facto, de moralidade e reparação da parte do offensor, que neutralise e destrúa completamente o mal resultante do crime; 2.^a de ser maior que este mal a não prestação desse facto, para se dar logar á punição do mesmo delinquente. Mas então, com o desaparecimento dos effeitos moraes e materiaes do crime, cessa o direito social da repressão.

Apontamos os exemplos do Art. 400.^o §. un., e Art. 401.^o §. un. do Cod., que dizem mais, que o presente Art.: pois que o *perdão virtual* ou *expresso* não só extingue o processo criminal, mas *toda a pena*, embora imposta por sentença com transitio em julgado.

Esta nossa doutrina vemos em parte confirmada e authorisada no mod. Cod. da Prus., §. 50.^o e 51.^o, admit-

Em regra, a clemencia dos reis é n'ellos, em relação á administração politica, uma falsa virtude, tal como a generosidade de um homem que renhesse um deposito para o distribuir em esmolas. Este deposito coullado aos particulares, para em certos casos o distribuir: a seu arbitrio, como se reis fossem, tem os mesmos perigos.

O perdão das offensas desarma muitos vezes um inimigo, mas outras muitas confunde e humilha o homem orgulhoso, para quem a generosidade é a peor das vinganças, provocação de novos crimes.

Sendo, pois, essencial á justiça do perdão a sua opporltunidade, o exercicio desta virtude moral, convertida em faculdade politica, nunca em uma sociedade bem organizada deve depender da exclusiva vontade dos particulares offendidos, qualquer que seja o crime.

findo sómente a existencia de casos em que a pena não pôde ser imposta senão a instancias de pessoa particular, restos de vindicta privada, mas não lhe permite o direito de desistir, depois de começada a instrução judicial.

Por esta disposição tambem se mostra, que a do nosso Art., apresentada como uma consequencia logica do direito privado de accusar, é inexacta; porque pôde esse *direito* existir independentemente do direito do *perdoar* ou *desistir*; assim como este existir sem que prejudique nem paralise o andamento do processo criminal e a imposição das penas com a promoção dos termos do processo pelo ministerio publico: salvos os casos excepcionaes, supra indicados, ou outros especiaes, tambem resalvados no dito Cod. da Prus., que confirmam uma regra precisamente contraria á que se estabelece no presente Art.

Ninguém pôde dar senão o que tem, nem mais do que tem: o offendido só pôde desistir da *reparação*, para os que a considerem meramente civil, e de interpor os recursos legais, contra sentenças absolutórias, em toda ou parte das penas legais.

Estas considerações se aggravam quando se tenha presente o Art. 118.^o e o que ali ponderámos.

A parte civil, de quem depende a promoção dos termos do processo, tem de fazer os competentes preparos, adiantamentos, e despesas, que são effectivamente um obstaculo ao exercicio do direito de queixa e accusação, que a lei lhe concede.

O homem vingativo, caprichoso, ou justamente apaixonado e resentido, se for rico, não promoverá simplesmente os termos do processo, *perseguirá*, com a sua influencia e meios, o criminoso, ou que tal reputa posto que innocente, sem descançar em quanto o não vir processado e severamente condemnado. Juizes, jurados, testemunhas, escriptvões, todos procurará dobrar e vencer contra o culpado. Os subornos, os perjuros, serão frequentes. Esse homem não querrá receber affronta sobre affronta, ficando tido a final, como temerario, ou calumniador.

Mas o homem pobre, ou hade gemer sob o peso da injuria ou offensa, ou hade recorrer a meios de vindicta privada, ou hade mercadejar com o offensor a sua impunidade.

Este inconveniente é, pois, em seus resultados, como o VOL. III. 17

que vem á liberdade de commercio, dos *direitos prohibi-
tivos* sobre a importação de certas mercadorias. Os ricos se
consomem posto que augmentadas em preço: mas os po-
bres, ou não podem alcançal-as senão por contrabando, ou
hão-de prescindir dellas.

Quando veremos nós eliminar da legislação criminal se-
melhantes absurdos? ... Em quanto assim não acontecer, o
princípio de justiça e de moral, consignado na lei fundamen-
tal do Estado, sobre a igualdade da lei, quer proteja, quer
castigue, acha-se offendido.

O direito de queixa ou accusação, ao passo que é um
privilegio dos ricos, é pura fantasmagoria para os pobres. Se
a lei lhes abre a porta do sanctuario da Justiça, logo lh'a
fecha, se não pagam o direito de entrada.

A prescripção nos crimes e nas penas tem lo-
gar nos termos, e com os effeitos declarados nos §§.
seguintes.

§. 1.^o Todo o procedimento judicial-criminal
contra determinada pessoa se prescreve passados dez
annos depois dia, em que foi commettido o crime;
ou, se algum acto judicial teve logar a respeito desse
crime, depois do dia deste acto.

§. 2.^o Todo o processo criminal, a que se não
deu seguimento, fica extincto, passados dez annos de-
pois do dia em que teve logar o ultimo acto.

§. 3.^o Nos crimes de policia correccional o tem-
po destas prescripções é de cinco annos; e nas con-
travenções é de um anno.

§. 4.^o A acção civil resultante do crime pres-
creve-se pelo mesmo espaço de tempo, se foi cumu-
lada com a acção criminal.

A legislação anterior ao Cod. foi neste Art. e seus §§.
alterada, por um modo, que, a muitos respeito, não pôde,
a nosso ver, justificar-se. Essa legislação era a constante dos
Art. 1208.^o, a 1211.^o da Ref. Jud., introduzida desde o
Derr. n.^o 24, de 16 de Maio de 1832, e que havia adopta-
do o Cod. de 1837.¹

¹ As razões que justificam a prescripção dos procedimentos cri-
minaes, são mais fortes, que as que fundamentam a das penas.

Rogron diz a este respeito:

« Le législateur a eu égard aux agitations qu'éprouve sans cesse
« un coupable, à la difficulté de recueillir des preuves après un cer-
« tain temps, à l'incertitude qu'elles offriraient alors à l'esprit des ju-
« ges; il a pensé que le but des peines est manqué après une longue

As antigas devassas espezias assim como as querellas davam-se pela antiga legislação dentro de anno e dia.

Esta disposição havia passado para o Art. 1208.^o da Ref. Jud., quanto aos crimes particulares, mas, quanto aos publicos, nem as partes offendidas, nem o ministerio publico, podiam querellar passados tres annos depois do crime. Dada a querella, a accusação, nos crimes publicos se prescrevia passados dez annos, a contar do mesmo crime, ou da pronuncia, ou de algum acto, que interrompesse a prescripção.

Havia assim sido imitada a disposição do Cod. Pen. Fr. de 1791, em quanto determinava que os procedimentos criminaes — *poursuites* — deviam ser instaurados dentro de tres annos e seguidos dentro de seis. O Cod. Bremaire, ann. 4.^o continha quasi a mesma determinação.

Esta legislação era formulada no sentido, tanto de promover a mais prompta repressão dos crimes, como no de garantir a protecção devida á innocencia, segurança, e defesa dos cidadãos. Obrigava o ministerio publico a ser vigilante na perseguição dos crimes, e impedia que se perdessem ou difficultassem as provas ou vestígios dos factos, como hade acontecer necessariamente, admittida uma querella passados tres, seis, ou dez annos.

Este Art., porém, no §. 1.^o, alterou completamente esta legislação: admitindo, sem distincção, da querella ou da

« impunité: et qu'il est préférable de laisser sans punition quelques crimes et quelques délits dont les auteurs se débattent à la vigilance des magistrats, que de s'exposer à compromettre l'innocence sur des apparences trompeuses, ou de se montrer trop severe, en ne tenant aucun compte au coupable du supplice prolongé que son imagination lui présente continuellement. »

E, por isso, que os prazos para esta são mais curtos, que para aquella. Prescripto o processo, prescripção fica necessariamente a pena.

Mas, se se trata da pena imposta, cessa uma parte daquelle razão, porque é prava e certa, legalmente, a culpabilidade do réo, e só ha a ter em consideração a longa expiação, pelos remorsos e ansiedade, durante um mais longo intervallo de tempo.

O mod. Cod. de Prus. é mais providente a esse respeito, determinando no §. 5.^o, que o crime ou delicto, cuja pena dependa de promoção de pessoa particular, deve ficar impune, se a acção não fór por falta desta, intentada dentro de tres mezes, a contar da notícia do facto e do seu author. Depois, como, nos termos do §. 51.^o, o progresso da acção não depende mais da parte offendida, os inconvenientes ficam completamente removidos.

accusação, o prazo de 10 annos: uma vez que seja contra *peçoas determinadas*.

Fez mais, conservando que qualquer acto judicial interrompe a prescripção: porque assim pôde o ministerio publico deixar correr 9 annos e 11 mezes, intentar então a sua querella, e parar com a instrucção de nove em nove annos, e por este modo deixar sujeita uma determinada pessoa a detenção perpetua sem sentença condemnatoria: — illudida completamente a prescripção dos dez annos: — felizmente que esta supposição, materialmente possível, seria impossivel moralmente, por que não teriamos magistrados, que se prestassem a semelhante abuso.

Se, pois, a prescripção da querella nos crimes publicos devia ser abolida, por ser diminuto o prazo de tres annos, a do summario ou instrucção do processo era indispensavel. Todo o summario por querella dada contra determinada pessoa, que não fosse concluido, estando o réo preso, dentro de tres mezes, e não estando preso, dentro de anno e dia, devia ser declarada nulla, e prescripto o crime contra essa pessoa, salvos os impedimentos legalmente justificados.

Este inconveniente acaba, em parte, de ser removido pela nov. lei de 18 de Julho de 1855, estabelecendo no Art. 10.^o §. 1.^o, e sem distincção de querellas dadas contra determinadas ou indeterminadas pessoas, nem de estar ou não o réo preso, que os summarios, salvos os impedimentos justificados, sejam concluidos dentro de trinta dias: mas a inobservancia deste preceito produz, não a nullidade do mesmo summario, mas a suspensão do juiz ou agente do ministerio publico, além da responsabilidade por perdas e damnos, conforme ao disposto no Art. 19.^o, aonde positivamente se declara também que o acto judicial concluido fora de tempo fica valido.

Fez mais, ainda, por que não distinguia, como a Ref. distinguia, a prescripção nos crimes particulares, em que a querella, dada dentro de anno e dia, não podia ter seguimento, se não fosse provada dentro de vinte dias: cit. Ref. Art. 1208.^o a 1210.^o! O presente Art., uma vez, que se trata de querella ou accusação contra determinadas pessoas, é *absolute* não admite distincção — *toda o procedimento judicial-criminal*.

Assim, por ex., nos casos de adultério, se ambos os adulteros forem vivos; pôde o marido querellar e accusar pas-

sados nove annos, ou interromper a prescrição, para mais prolongar esse prazo.¹

Depois, por uma notavel omissão, fazendo-se no §. 1.º implicitamente a distincção entre procedimento judicial-criminal contra determinadas ou indeterminadas pessoas, nada nos diz a respeito deste.

Assim teremos de supprir, quanto ás querellas dadas contra pessoas incertas, esta omissão pelo que dispõe a Ref. Jud., conservado então o prazo de tres annos. Dada, porém, a querella contra pessoas incertas dentro de tres annos, pôde a instrução dormir dez, ou tantos, quantos decorrerem desde o ultimo acto; ressurgindo sempre este ultimo prazo com todos os abusos de que é susceptível: ... salva a repressão do desleixo do juiz ou agente do ministerio publico, nos termos da cit. lei de 18 de Julho de 1855.

Mutatis mutandis, as mesmas reflexões colhem a respeito de procedimento por crimes de policia correccional, e nas contravenções: reduzido o prazo d'aquelles a 5 annos, e nestas a um anno, como está no Art. 640.º do Cod. de Instr. Cr. Fr.

E quaes são os crimes de policia correccional? Serão os que se julgam pela jurisdicção, que tem esse nome, ou os que tem penas, a que o Cod. chamou *correcçionaes*? São seguramente estes, como se deprehende do Art. seguinte: mas nesse caso apparece uma impropriedade juridica nos termos, que não salvou o Deor. da mesma data, por isso que não attribuiu á *policia correccional* todos os crimes, que tem penas a que o Art. 30.º do Cod. chamou *correcçionaes*, e que hoje, sustentada a Ref. Jud., se reduzem nos de muito menos gravidade.

E se as penas, que corresponderem pela lei ao crime, forem das que pelo Cod., Art. 31.º são qualificadas, nem maiores, nem *correcçionaes*, mas *especiales* para empregados

¹ Assim nos termos absolutos e genericos do Art. e seus §§., ficando comprehendidos os casos crimes, de que trata o Art. antecedente, dependentes da accusação da parte offendida, se aggravam os officios legaes, authorizados, do *tribunal privado*.

² Supponhamos que uma pessoa injuriada deia passar, no solo el dia, e ao que se le insulta, cinco, aquella semana, e aquél mez, e muitos, e muitas vezes, e que depois de annos viene reclamando la reparación de su honra. A quién no ha de aparecer esto insoportable e injusta la condena que en su razon se arguye? Paredeno, Com. ao Cod. Illeg.

publicos, quando ou dentro de que prazo se prescrevem os respectivos processos? O Cod. não contem regra especial, e, por tanto, na falta della, segue-se, que taes processos entram na regra geral do Art. -- *tudo o procedimento*.

Assim teremos, que, em quanto um processo por crime, a que correspondem tres annos de prisão correccional se prescreverá por cinco annos, outro processo por crime de um funcionario, a que sómente corresponde a suspensão de alguns mezes, ou mesmo a censura, carece da prescrição de dez annos!

Parece-nos, pois, evidente a imperfeição e deficiencia das determinações do presente Art., aliás importante por sua materia e continuada applicação pratica, e que no Cod. vem muito deslocada e incompetentemente.

A prescrição, ou se pode considerar *em relação ao processo*, de que trata este Art. e seus §§., e então devia reservar-se, melhor e mais pausadamente considerada, para nova lei ou Cod. de processo criminal: ou *em relação á pena*, de que trata o Art. seguinte, e então algum cabimento aqui podia ter, se bem que, com mais propriedade, podia ainda ser determinada e regulada na mesma lei ou Cod. de processo: ou *em relação ao delicto*, o que produzia a prescrição tanto do processo como das penas, e equivaleria a declarar-se no Cod., que as suas disposições não são applicaveis aos crimes prescriptos, assim como o não são aos crimes amnistiados ou perdoados.¹

Mesmo quanto á prescrição dos delictos, era a lei do processo logar mais adequado, como bem se praticou no imperio do Brazil, conforme á lei de 3 de Dezembro de 1841, e Reg. de 31 de Janeiro de 1842.

No reino das duas Sicilias foi tambem, imitando-se o Cod. Fr. de Instr. Crim., no Cod. de processo, que se tratou de prescrição em maioria crime, assim quanto á pena, como quanto ao processo, como se vê dos Art. 613.º e seguintes.

¹ Assim vemos neste Art. confrontada com o antecedente, e com o subsequente e seus §§., admitir-se no Cod. a tripla divisão de crimes propriamente ditos, de crimes de policia correccional ou delictos, e de contravenções, que o Cod. confundiu, tanto nas disposições geraes, como nas especiaes. E, pois, o mesmo Cod. que reconhece a utilidade pratica desta divisão, quanto á prescrição tanto do processo, como das penas. Vid. Comm. ao Art. 1.º

O Cod. Pen. Resp. tratou no Art. 126.^o da prescrição da pena, mas não dispoz coisa alguma quanto á prescrição do processo ou das acções criminaes.

O Cod. d'Austr., Art. 201.^o, 206.^o e seg., também não tratou, senão da prescrição do delicto e da pena, admittiudo uma só e abandonando a prescrição do processo.

O Cod. da Bav. repelliu nos Art. 139.^o e 140.^o toda e qualquer prescrição, em regra, e sómente a admittiu das as condições; ou de ser ignorada pela Justiça a pessoa culpada do crime; ou de não ter havido nem processo, nem sentença, por culpa dos magistrados; e, se além disso, a partir da data do crime, o culpado tiver tido um comportamento irreprehensível e não interrompido durante dois annos, quanto aos crimes puníveis com prisão simples ou menor pena; durante cinco annos, quanto aos puníveis com prisão em casa de trabalho; durante dez annos, quanto aos puníveis com prisão em casa de força não excedente a 12 annos; e durante vinte annos, em todos os crimes de penas mais graves inclusive a de morte.

Finalmente o mod. Cod. da Prus., seguindo rumo diverso, admittiu, nos §. 46.^o até 50, a prescrição, passado um certo lapso do tempo, mas concordou com os antecedentes no pensamento de a restringir aos crimes; por tal forma que os procedimentos judiciaes e as penas sómente são declaradas extinctas, em consequencia da prescrição dos mesmos crimes; como é expresso no cit. §. 45.^o

Qualquer destes dois ultimos Cod. nos parece conter disposições muito mais acertadas do que o presente Art. e o seguinte, e dariam, por uma boa combinação, melhores provisões sobre a materia.

Por ultimo, e com relação especial ao disposto no §. 4.^o, não nos parece acertada a sua disposição. Considerada a *reparação* pelo Cod., como *responsabilidade civil*, tanto no Cap. antecedente, como neste §., com quanto em outro tempo se-

¹ Os romanos admittião a prescrição nos crimes. Era de um anno quanto ás injurias; de cinco quanto ao adulterio; de vinte para todos os mais crimes: só não podia prescrever o parricidio. Na França era ella antigamente de vinte annos. Dada uma queixa sobre duello, a pena desse crime era imprescriptivel, segundo o Art. 35.^o do Edit. de Agosto de 1676. Pastoret Lois Cr.

guissemos a mesma doutrina, ¹ quer se cumule quer se não cumule com a acção criminal, não deve prescrever, senão segundo as regras prescriptas em Direito para a prescrição das mais acções.

Póde assumir, como realmente assume, a natureza de *elemento penal*, durante a accumulção, mas, destruida esta pela prescrição, fica-lhe a primitiva natureza de civil, que nada tem com a accusação, para ser exigível, porque nasce immediatamente do facto. A boa logica assim o exige, por isso que o Art. 110.^o declara que a *hypotheca* nos bens do condemnado começa no momento, em que foi committido o crime: a presumpção do desleixo e abandono, fundamento de toda a prescrição, nunca, mas especialmente em materia de reparação, deve ter logar senão, pelo menos, segundo as regras geraes de Dir. Civ.

Authorisamos esta nossa opinão com o Cod. da Prus., §. 6.^o, estabelecendo como regra geral:

«O direito do offendido á reparação do damno é *independente* da imposição da pena.»

E ainda melhor com o Cod. da Bav., cit. Art. 140.^o, declarando que qualquer prescrição não prejudica a reparação.

«Sans prejudice du droit de la partie lésée à une *reparation civile*.»

O mesmo principio é consignado no Cod. d'Austr., Art. 35.^o reservando á parte a faculdade de melhor fazer valer o seu direito no *juizo civil*, se entende que o criminal lhe não fez inteira justiça.

O Cod. d'Instr. Cr. Fr., Art. 637.^o, seguindo um principio contrario ao Cod. da Prus., e com quanto permitisse, no Art. 3.^o, a accumulção ou separação das duas acções, tornou dependente, em ambos os casos, a reparação de sorte que tivesse o processo criminal, de modo que não é possível legal a acção crime civilmente intentada, e, por tanto, era logico determinar, como determinou, que a prescrição de uma importava a prescrição da outra.

«Le législateur n'a pas voulu autoriser, *dans un in-*

¹ Como collaboradores que fomos do projecto sobre que foi levantada a Ref. Jud. de 1837, e a nov. de 1841, Art. 1212.^o, de que foi extrahida a disposição deste §.

« *térêt privé*, les recherches qu'il ne croyait pas devoir per-
« *mettre dans un intérêt public.* » diz Sulpici ao cit. Art. »

Mas, se esta razão colhesse, o presente §. devia ir mais longe, prohibindo a acção civil, sempre que o crime, delicto, ou contravenção, se achassem prescriptos, o que não fez. Assim é melhor aos offendidos abandonar a accusação, ou, mesmo seguindo-a, não accumular petitorio sobre perdas e danos, porque lhes fica o immenso espaço de 30 annos, nos termos do Art. 1212.º, para renovarem os debates da causa, e para desistir da accusação intentada, quando a vejam mal figurada, ou não possam continuar as despesas inevitaveis do processo, acrescendo, que a reparação, proveniente de facto não incriminado, fica mais favorecida.

Por tanto, a legislação actual, é defeituosa e injusta a semelhante respeito, e ou se hade seguir logicamente o principio da dependencia, ou da independencia, da acção criminal. Este nos parece ser o que offerece na pratica menores inconvenientes, até porque, no systema de julgamento por jurados, incompetentes em materia civil, podem os offendidos a cada passo ser infelizes por que as provas da criminalidade não sejam bastantes, sendo sufficientes para effeitos civis, quando apreciadas pelos juizes de direito, segundo as regras de Direito civil.

Estes juizes tem regras fixas, a que devem cingir-se na apreciação dessas provas, e restam os recursos para o tribunal superior, em quanto que ellas dão, em caso de absolvição pelo jury, um resultado inexoravel, pois que os jurados nenhuma regras tem além das impressões que os debates da causa produzem nas suas consciencias. O interesse da causa publica, que manda cerrar os olhos sobre o *tédictum* do jury, não deve ser exercido pelo legislador com o sacrificio dos direitos de propriedade dos cidadãos, e propriedade é delles o direito de reparação. que não vem da lei positiva, mas se deriva do Direito natural.

ARTIGO 124.º

As penas perpetuas, impostas por sentença passada em julgado, não se prescrevem em tempo algum; mas, passados vinte annos, a pena de morte será substituida por qualquer das penas corporaes perpetuas. As penas maiores temporarias prescrevem-se passados vinte annos depois do dia, em que a sentença passou em julgado; e as penas correccionaes passados dez annos.

§. 1.º Nas contravenções o tempo é de dois annos.

§. 2.º A prescripção da pena não se estende aos effeitos da condemnação, relativos aos direitos politicos.

§. 3.º O condemnado, que prescreve a sua pena pela prescripção de vinte annos, não póde residir na comarca, em que residir o offendido, ou a sua viuva, ou seus descendentes, ou ascendentes; e o Governo poderá assignar-lhe o lugar do seu domicilio.

Tratou-se no Art. antecedente da prescripção, quanto aos processos; agora neste Art. se trata da prescripção quanto ás penas; omitida, ou prejudicada, por estas prescripções, a dos crimes ou delictos.

O Cod. Fr. de Instr. Cr., Art. 635.º admittiu a prescripção das penas resultantes da condemnação e fixou o prazo de vinte annos. A Novis. Ref. Jud. no Art. 1214.º havia adoptado esta disposição.

O Cod. Hesp. foi ainda menos severo, pois, como se vê do Art. 126.º, não aceitou os 20 annos, senão contra a pena de morte e a de ferros perpetua — *cadena perpetua* — e estabeleceu 15 para todas as mais penas afflictivas.

Este nosso Art., mais severo que o Cod. Hesp., Fr., e Ref. Jud., aboliu a prescrição nas penas perpetuas.¹

O mestre dos Jurisconsultos portuguezes, no seu Eus. de Cod. Crim. tit. 61.^o §. 1.^o havia escripto — « Os crimes « publicos e sociaes, por maiores que sejam, se prescrevem « por vinte annos continuos, contados do dia, em que se « commetteram, e os particulares e Moraes, dentro do an- « no e dia. »

A este respeito, diz'elle, nas provas deste tit. — « pos- « to que por Direito romano sejam necessários vinte annos « para os crimes publicos, e para os outros, e os carnaes « cinco, pareceu-me antes nestes a prescrição de anno e « dia, por ser mais analogo á razão, e ás nossas leis e cos- « tumes. »

Todavia, o Cod. do Braz. havia estabelecido no Art. 65.^o que « as penas impostas por sentença não prescreve- « riam em tempo algum » o que é conforme á regra estabe- « lecida no Cod. da Bav., Art. 139.^o, cit. ao Art. antecedente, e ultimamente no Cod. da Prus. §. 49.^o « Não será ad- « missivel prescrição alguma contra penalidades legalmen- « te pronunciadas. »²

¹ As ponderosas razões, que justificam a legislação oposta a este Art., podem ver-se em Rogr. comment. ao Cod. de Instr. Cr., e em Pacheco comment. ao Cod. Hesp. Art. 126.^o

Bogron diz:

« Le législateur a pensé, comme déjà nous l'avons remarqué, que, « dans ce laps de temps, les remords et de continuelles appréhensions « ont fait subir au condamné un supplice non moins cruel que celui dont « la justice l'avait frappé. »

Pacheco, entre outras considerações, diz:

« La consideration de que los efectos del delicto se extinguen con « el tiempo y de que tambien por él puede perder el castigo su justifi- « cación, y mas todavia su utilidad, condujeron á nuestros antepasados á « admitir los principios de esa teoria, mas á menos deservuelta des- « pues, y con mas ó menos perfeccion seguida e llevada á cabo en los « diferentes estados de Europa. »

Tudo se reduz ao bello principio consignado, em 1767, pela impera- triz Catharina, no Art. 137.^o das bases para o Cod. da Russia:

« Toutes les punitions deviennent injustes, dès qu'elles ne sont pas « nécessaires; car par là ce garant de la sûreté publique perd tous ses « prix. »

Ora todas as punições cessam de ser necessarias, e são, por tanto, injustas, quando são intempestivas e inopportunas.

² Este Cod., porém, admite a prescrição do crime, se não che- gar a haver condemnção, ou não foi interrompida por alguma acto ju- dicial criminal, e o prazo é de 20, 20, e 10 annos; de 5 quando a pena é de prisão simples excidente a 3 mezes; e de 4 nos de menos gra- vidade.

A concordancia desta primeira parte do Art., exclusiva da prescrição nas penas perpetuas, encontra-se no Cod. das Duas Sic. Art. 613.^o, com a differença: 1.^o que alli se com- prehende na exclusão a pena de ferros do 4.^o e 3.^o grão: 2.^o que aqui passados os vinte annos se troca a pena de morte por qualquer das penas perpetuas

Por tanto, nos termos do presente Art. um condemna- do á morte, apesar das privações e incommodos de 19 an- nos de homisio ou de emigração, talvez mendigando e vi- vendo de esmolas, se cabir em poder da Justiça portugueza, hade ser enforcado, o que não aconteceria nas mesmas cir- cumstancias a um hespanhol, ou a um francez, no seu paiz.

Por muito favor e humanidade, passados vinte annos, lhe será substituida essa pena por uma das corporaes per- petuas!

Nesta disposição se fez um *simile* do Art. 210.^o P. 1.^o do Cod. Pen. d'Aust., com a differença: 1.^o de que este Cod. é explicito em declarar que os 20 annos se contem, não da data da sentença passada em julgado, mas do commet- timento do crime; 2.^o de que exclue da substituição, em conformidade com o Art. 431.^o, as penas perpetuas, impon- do a de 10 a 20 annos de prisão dura; tendo o legislador em contemplação o prazo decorrido, sem commettimento de novos crimes, nos termos do Art. 208.^o a que se refere.

De resto, vê-se que o nosso Art., não admitindo a pres- crição do crime, mas a do processo, idea bebida na legis- lação patria, considerou, conforme ao Cod. Hesp. a materia nas mesmas quatro hypotheses, que ali são contempladas:

1.^a De morte ou trabalhos publicos perpetuos. O nos- so Art. ampliou a todas as penas perpetuas, e excluiu a prescrição, tolerando somente a substituição da pena de morte, e encostando-se ao Cod. d'Aust., mas não dispensan- do a perpetuidade.

2.^a Penas afflictivas ou maiores. O nosso Art. ampliou o prazo a 20 que alli é de 15 annos.

3.^a Penas correctionaes. O nosso Art. adoptou os 10 annos do Cod. Hesp.

4.^a Penas mais leves. O nosso Art. reduziu a 2 annos o prazo que alli é de 5.

Adoptou nesta 4.^a hypothese, modificando, a disposição do Art. 639.^o do Cod. de Instr. Cr. Fr., mas note-se, que a adopção do Cod. Hesp. na 3.^a hypothese não tem o mes-

mo alcance; porque na expressão *penas leves*, se comprehende a prisão quando for o *arresto menor de um a quinze dias*, que entre nós basta ser de tres dias para se dizer *correcional*, e, por tanto, sujeita á prescripção de 10 annos.

Assim *penas leves*, como são todas as de prisão de 3 a 15 dias, se não prescrevem entre nós, como na Hespanha, pelo lapso de 5 annos. A prescripção dos dois annos é restricta, nos termos do §. 1.º do presente Art., ás contravenções qualificadas no Art. 3.º, do que resulta manifesta antinomia com o disposto no Art. 489.º, porque ali se considera a possibilidade de serem as contravenções punidas com a prisão até um mez.

Quanto á disposição do §. 2.º deste Art., fica em manifesta contradicção com o Art. 129.º §. 1.º A prescripção da pena é um dos meios de obter a rehabilitação, e esta se diz nesse §., restitue ao condemnado *todos os direitos*, que pela condemnacão perdeu.

Logo como se diz aqui que a prescripção não se estende aos *direitos politicos*? Para destruir esta especie de antinomia é necessario restringir um por outro §. Mas qual dos §§. hade ser modificado pela interpretação? O que se aproxima da Carta, ou o que se afasta d'ella? *

Estas questões podiam ser prevenidas no Cod. Pen., que devia ser harmonico, claro, e preciso em todas as suas disposições.

Quanto á disposição do §. 3.º adoptou-se litteralmente a disposição do Art. 645.º do Cod. de Inst. Cr. Fr. que alli é restricta aos condemnados a alguma das *penas criminaes*, o que é traduzido aqui pela prescripção de vinte annos, que significa a existencia de crime, a que foram impostas penas analogas, ou não qualificadas *correcionaes*.

Assim se ampliou uma disposição, que o Art. 1214.º da Ref. Jud. havia tambem adoptado, mas limitada aos casos de prescripção da pena de morte.

Maior severidade, pois, ainda neste ponto que a da legislação patria anterior. É esta uma providencia preventiva, mas

* A Carta determina no Art. 9.º §. 2.º, que se suspende o exercicio dos direitos politicos, por virtude da sentença condemnatoria, a prisão ou degrado, *em quanto durarem os seus effeitos*. Se, pois, os effeitos da sentença, que resultariam do cumprimento da pena, se perdessem pela prescripção, a suspensão dos direitos politicos é um effeito sem causa.

tambem é restrictiva da liberdade do homem, que sofreu dez, vinte annos de privações, de honra, e de provas de boa conducta posterior ao crime.

Por ultimo, cumpre-nos observar, que a adopção das duas prescripções, em materia crime, uma contra o processo, e outra diversa contra a condemnacão, faz apparecer entre esta e o Art. antecedente dois grandes defeitos, um da redacção, outro de doutrina.

De *redacção*, porque, dizendo-se no Art. antecedente, que *todo o procedimento judicial criminal contra determinada pessoa se prescreve passados dez annos*, e, sendo inquestionavelmente, em vista do Art. 1197.º e seguintes da Ref. Jud., um *procedimento judicial criminal a execução das sentenças*, e tudo o que respeita a qualquer *ponto contencioso*, que *ocorra na mesma execução*, segundo o Art. 100.º do Cod., e, com especialidade, todos os mandados de *captura contra o réo condemnado*, como é que pôde ter logar a execução sempre em uns casos, e vinte annos em outros casos?

De *doutrina*, porque é incoherente que o author de um crime possa: sem perigo para a sociedade, prescrever a pena de seu crime, mesmo a de morte, se em *dez annos* não foi processado, e não o possa prescrever, ou em *tempo algum*, ou somente *vinte annos* depois, se foi condemnado.

Para evitar esta incoherencia com razão nas leis do Proc. Cr. do Braz. se tratou da prescripção dos *delictos*, e não da do *processo*, nem da *pena*.

Foi tambem para evitar esta incoherencia, que o Cod. d'Aust., P. 1.ª Art. 210.º, determinando, que para os delictos de pena de morte não haveria prescripção alguma, nem de instrucção nem de pena, contemplou ambas as prescripções na mesma linha de igualdade, ordenando excepcionalmente, que, passados vinte annos a contar do crime, se poderia substituir a pena de morte por 10 a 20 annos de prisão dura, e não por uma das *penas perpetuas*, como de termina o nosso Art.

ARTIGO 125.*

Nenhuma prescrição corre em quanto o criminoso retem qualquer objecto por effeito do crime.

§. unico. A prescrição não corre em quanto não passa em julgado a sentença no juizo civil, nos casos em que desta depende a instrução do processo criminal.

Ou se admitte, ou se não admitte, a prescrição nos crimes. Se se admitte, authorisa-a por um lado, e destrui-a por outro, é uma incoherencia de systema e de doutrina. É o que acontece, ou resulta, em consequencia do presente Art.

Exceptuados os crimes de penas de morte ou perpetuas, em que não tem logar a prescrição, conforme o disposto no Art. 124.º, terminos inutilisadas todas as mais prescrições, sempre que os delictos forem contra a propriedade, ou mixtos, em que, por effeito delles, o seu author retenha algum objecto.

Assim nos crimes contra pessoas, em que os effeitos do crime consistam na lesão, na mutilação, ou na deformidade, e, por tanto, não sahem do offendido, mas nelle ficam, temporaria ou permanentemente, nada impede a prescrição de seguir o seu curso legal; em quanto que nos do furto, roubo, e outros analogos, mesmo de menor gravidade penal, ella fica impedida em quanto durar a retenção do objecto alheio.

Ainda mais, o que retem em si esse objecto, e assim não destrui a possibilidade da restituição, nem uma das provas mais importantes dos vestigios do crime, é tratado com maior severidade do que aquelle, que consummou o damno, e destruiu esses vestigios, alienando, dissipando, ou consummindo o objecto, que substituiu ou que usurpou!

Não podemos, por tanto, conformar-nos com esta dou-

trina, que aliás não deve confundir-se com a que respeita à retenção de objectos, que não são effeito do crime, mas a continuação, ou permanencia do mesmo crime. Então o ultimo é o primeiro acto donde se conta a prescrição, especie mui distincta, que foi contemplada no Art. 1209.º da Ref. Jud. Esta especie foi aqui omitida, sem razão sufficiente, já que no Cod. se tratou da materia, tanto em relação ao processo, como á execução das condemnações.

Se o fundamento adoptado pelo Cod. para authorisar a prescrição em materia criminal, fosse exclusivamente o seguido por alguns criminalistas, qual o da presumpção do melhoramento do culpado, teria o legislador tirado outras consequencias desse principio.

Teria exigido, como o Cod. da Bav., Art. 139.º, como condição essencial a prova de boa e não interrompida conducta durante o tempo da prescrição; ou de não haver o culpado commettido algum outro delicto, como prescreve o Art. 127.º do Cod. Hesp., o Cod. das Duas Sic. Art. 618.º, e o Cod. d'Aust. Art. 208.º n.º 4.º

Mas tendo-se omitido esta restricção, derivada do mesmo principio, com muito mais concludencia, do que esta, é isto uma grave imperfeição, e indisculpavel incoherencia; porque rejeita-se a prova provada, que resulta de um facto positivo, qual o das reincidencias, e admite-se uma que assenta em presumpção contraria ao fundamento da prescrição, que, além de offerrecer os inconvenientes ponderados, é fallivel, porque é combatida por outra que a destroe. É uma pretensão infundada querer-se inferir da retenção do objecto a persistencia no crime: deve antes suppor-se a retenção, para se evitar a propria denuncia, e não fornecer armas contra si mesmo, dando pelo proprio facto causa a procedimento criminal, que interrompa a prescrição.

A disposição do Artigo só pôde ter effeitos salutaros a favor dos criminosos ignorados da Justiça, pondo-os de sobre aviso para, ou dissipar quanto antes os objectos effeitos do crime, ou os encobrir cautelosamente, ou procurar quem lhos encubra, até que os anniquilem ou dissipem.

Assim se difficulta, por este lado, tanto a acção da Justiça, como a satisfação do offendido, que, antes de tudo, consiste na restituição.

Quanto á disposição do §. un., dá-se a sua hypothese nos casos de quebra fraudolenta ou culposa, em que, nos

termos do Cod. Comm. Art. 1151.^o, a acção criminal tem lugar, depois da qualificação da quebra no fóro commercial: nos de alcance de uma responsavel, em que só, depois de liquidação e julgamento no tribunal de contas, segundo o Regulamento de 27 de Fevereiro de 1850, é que se remette ao Poder judiciario o criminoso, para o respectivo processo e imposição de pena; nos de falsidade e nullidade de um testamento, em que depois de julgada no fóro civil, se procede contra o tabellião, e testemunhas, etc.

A determinação é fundada, porque contra a acção da Justiça, nem ha arguição de omissão, nem lhe pôde correr tempo, na presença de um impedimento legal. Ha, porém, uma imperfeição de redacção, porque sendo commum a disposição do Art., tanto á prescripção do processo, como á da condemnación, a determinação do seu §. é, pela mesma natureza da hypothese, restricta ao processo.

A prescripção nos crimes não carece de ser allegada pelo réo.

Depois de repellida a prescripção dos tres annos, quanto ás querellas, em todas as penas perpetuas, de fixado o prazo de vinte para as maiores temporarias: de aggravado o tempo de outras: e inutilizada nos casos do Art. antecedente: vem este Art. consignar um principio humanitario, para garantir a prescripção assim cerceada.

Resulta do mesmo principio que é dever dos juizes e do Ministerio Publico attender a prescripção, ainda que não seja deduzida pelo réo.

Entra, pois, nas regras das nullidades e competencia que todos os tribunaes, incluindo o Supremo de Justiça, são obrigados a tomar em consideração, posto que apontadas não sejam nas respectivas minutas e mesmo na falta destas, como é expresso na U. de Lei de 19 de Dezembro de 1843.

Era já o preceito da legislação anterior, como se vê do Art. 1207 da Ref. Jud.¹

Mas, se o ministerio publico, transitada em julgado a sentença, ou se ainda o réo allegar depois a prescripção para que não sofra a pena imposta, será admissivel essa materia?

Pôde dizer-se que o Art. não restringiu ao processo o

¹ Este Art. declara que a prescripção pôde ser allegada em todo o estado da causa, e ainda perante as Relações, a que será officiosamente julgada pelos juizes, ainda que não seja allegada pelas partes. A accusação e affectada do vicio de incompetencia e de nullidade, quando á posterior á prescripção legal, como se cahiue dos Art. 1183.^o e 1184.^o da mesma Ref. A mesma doutrina se estabelecerá em presença de muitos logares da Ord., como no Liv. 4.^o tit. 96.^o §. 2.^o; 5.^o tit. 9.^o §. 4.^o; tit. 22.^o §. 2.^o; e 30.^o §. 3.^o; a Ord., porém, referia-se quanto ao tempo, ao Direito romano, segundo o qual, como bem adverte Melha Freire, Inst. Jur. Cr. tit. 23.^o §. 2.^o, era de vinte annos, excepto quando a mesma Ord. encurtava, em casos especiaes, esse prazo.

que dispõe, e é, por tanto, extensivo á pena. A allegação postuma da prescrição é um incidente contencioso, que então se suscita na execução, que tem de ser considerado e resolvido pelos juizes, nos termos do Art. 100.^o do Cod.; e, se a razão da disposição é a que costuma dar-se, de que sendo a prescrição um meio de defesa, os réos não a podem renunciar, este principio deve ter todas as suas legítimas consequências.

Nem esta conclusão repugna ao preceito do — *non bis in idem* — consignado na Carta, prohibindo que possa fazer-se reviver um processo findo, pois que nenhum processo se deve considerar findo, quando nelle a prescrição ainda não foi tratada nem conhecida; e, com quanto se presume que os juizes a decidiram negativa e virtualmente em vista da lei, toda a presumpção deve ceder á verdade em contrario, na presença dos imprescriptíveis direitos da defesa.

Todavia, esta intelligencia pôde ser contestada, e accusa, consequentemente, a falta de clareza do Art.

O Art. 1207.^o da Ref. Jud. evidentemente restringia a allegação da prescrição do processo á pendencia delle. Se o réo não a tinha allegado, não podia allegar-a depois, assim como qualquer outra materia dirimente da condemnação. O principio, de que o réo não pôde prejudicar a sua defesa, em termos absolutos é inexacto; por isso que tambem os recursos legais são meios de defesa, e em muitos crimes, em que o Ministério Publico não é obrigado a recorrer, a omissão dos mesmos recursos, que importa uma renuncia de defesa, verifica a mesma renuncia, fazendo transitar a condemnação em julgado.

Com tudo, é certo: 1.^o que a lei, não concedendo aos tribunaes, como virtualmente se conclue do presente Art., jurisdicção para tomar conhecimento dos crimes prescriptos, e não podendo os réos, por seu consentimento, tacito ou expresso, ou pela sua omissão de defesa, nem dar a jurisdicção, que só se deriva da lei, nem submeter-se a uma pena, ¹ que já não corresponde ao crime esquecido, mas que

¹ « L'accusé ne peut y renoncer, fût il certain d'obtenir un acquittement; car, pour qu'un tribunal puisse absoudre, il faut qu'il puisse se condamner. » *Martin, Repert. de Jur. Cr. t.^o prescr.* Sendo assim, é obvio, que a prescrição é uma questão prejudicial contenciosa, que deveria obstar á pena, antes, na pendencia, e depois do processo crime.

só lhe pôde resultar da propria negligencia, ou da inadvertencia dos juizes, a condemnação é radicalmente nulla, e, por tanto, seria este um dos casos, em que poderia ter lugar a revisão extraordinaria dos processos.

2.^o Que esta revisão, por tal fundamento, ainda que geralmente não devesse ser admittida, deveria sel-o sempre contra as condemnações á pena de morte, e outras perpetuas, e mesmo maiores temporarias, admittidas e não repellidas das prescrições as penas perpetuas: porque, por um lado, existe uma execução criminal *legalmente injusta*, e, por outro, existe uma condemnação *fortemente suspecta*.

O tempo, destruindo as recordações do passado, das suas circumstancias dirimentes ou attenuantes, e, tirando assim aos réos toda ou parte da sua defesa, que pôde depender de testemunhas ausentes, fallecidas, ou esquecidas, mal tolera a perseguição social, cuja necessidade desaparece inteiramente, quando não concorrem crime ou crimes posteriores ao prescripto. Mesmo considerada a punição do crime, como *vindicta publica*, a sociedade não deve ser menos generosa que os individuos, cujo espirito de *vingança* o tempo destroe, como se expoz perante o corpo legislativo de França por occasião do projecto do Cod. de Instr. Cr.

Em uma palavra, todo o réo preso, degradado, ou em estado de sofrimento e expiação penitenciaria, por crime que se ache prescripto, tem direito, assim como o innocente, a deduzir em qualquer tempo materia nova, assim como a sociedade a obrigação correlativa de o attendere; porque nem esta pôde ser moralmente dispensada de prestar protecção, reparação, e segurança, a todos os seus membros, cerrando os olhos á evidencia contra uma sentença de condemnação, nem os condemnados podem, segundo a moral, suicidar-se pela morte directa ou indirecta.

Acrescentaremos, mesmo, que o principio, que estabelece o presente Art., é tão sagrado e inviolavel, que o meio da revisão, ou de embargos de materia nova contra as sentenças condemnatorias, pode e deve ser requerido *ex officio* pelo Ministério Publico, ou por este promovido a requerimento de qualquer parente, ou pessoa do povo, ainda que nisso não tenha um interesse directo e pessoal, pois lhe basta, para o authorisar, o interesse commum, e o da moralidade publica.

ARTIGO 127.º

A acção civil por damno e perda, separada do processo criminal; e bem assim toda a restituição, ou reparação civil, mandada fazer por sentença criminal passada em julgado, prescreve-se segundo as regras de Direito civil.

Este Art. contém a regra e a excepção, que analisámos ao Art. 123.º §. 4.º

Já estava assim declarado, só com diversa redacção no Art. 1216.º da Nov. Ref. Jud., nas palavras:

« As restituições e reparações civis, ordenadas nas sentenças criminaes, prescrevem pelo mesmo tempo, e segundo os mesmos princípios que as obrigações civis. »

E quanto a excepção, no Art. 1212.º da mesma Ref., nas palavras:

« A acção de perdas e danos se fór accumulada com a accusação criminal prescreve pelo mesmo espaço, que a está; fóra deste caso, prescreve pelo espaço de trinta annos. »

Era, por tanto, esta declaração do Art. não só desnecessaria, em vista da Ref. Jud., mas redundante, em vista do est. §. 4.º do Art. 123.º

ARTIGO 128.º

As prescripções especiaes decretadas nas leis actualmente em vigor para certos crimes continuarão a ter logar ainda que esses crimes sejam commettidos depois da publicação do presente Cod.

Com a declaração, puramente remissiva ás leis especiaes, que tratam das prescripções, dá o Cod. por terminado tudo quanto havia a legislar sobre a materia. Não a reputámos todavia esgotada.

Era justo e conveniente declarar-se:

1.º Que a prescripção não teria logar quando o criminoso, durante o prazo della, tivesse commettido algum outro crime, ou se constituísse no estado de reincidencia. Assim está em varios Cod., como no das Duas Sic., Hesp., e da Bav. já citados.

2.º Que a prescripção, tanto nestes casos, como nos do Art. 1209.º da Ref. Jud., se deve contar do ultimo crime ou da ultima acção, com relação sempre ao crime mais grave.

3.º Se a prescripção do processo, nos casos, em que depende da queixa ou accusação da pessoa offendida, se prescreve, segundo as regras do Art. 123.º, ou se ficam em vigor as especiaes contidas na Ref. Jud.? O mesmo Cod. da Prus., §. 50.º, é explicito em declarar que a punição do crime, e, por tanto, do processo criminal, não póde ter logar, se a parte não querrellar no prefixo e curto prazo de tres mezes.

4.º Se, competindo o direito de querrellar ou de accusar a mais de um offendido, ou pessoa legalmente authorizada, a omissão de um prejudica o direito dos outros? O mesmo Cod. da Prus., §. 51.º, resolve a questão negativamente.

5.º Se o tempo da prescripção, contra os offendidos

com relação ao processo, começa da data do crime, ou da notícia d'elle, ou do conhecimento do seu perpetrador?

É preciso que se tenha notícia tanto de uma, como de outra cousa, decreta o mesmo Cod., §. 50.^o

6.^o Se as penas impostas por sentença em processo de ausentes, não porque simplesmente se ignore a sua residência, mas porque se evadiram, para garantir a impunidade, preservem ou não, nos termos do Art. 124.^o? Pela generalidade de mesmo Art. se decide a questão afirmativamente, mas o contrario se acha no Cod. d'Aust., se o criminoso fugiu para paiz estrangeiro: Art. 208.^o n.^o 3.^o

7.^o Se nos crimes de escravatura, em que pelo Decr. de 10 de Dezembro de 1836, Art. 20.^o e 21.^o a acção pública é perpetua, vigoram ou não os termos geraes do Art. 123.^o, ou se toda a prescripção, continúa a ficar excluída, nos termos do mesmo Decr.?

O Cod. estabeleceu no Art. 123.^o §. 1.^o, que toda o procedimento criminal contra determinada pessoa se preservava por dez annos, a contar da data do crime, e no presente Art. só resalvou as leis especiaes admissivas da prescripção, e não as exclusivas della.

8.^o Se, quanto á prescripção, assim de novo processo, como de pena, tem ella lugar, quando o réo, nem foi julgado innocente, nem condemnado, mas absolvido por falta de prova? Beccaria sustenta a necessidade da prescripção, apesar da sentença da absolvição: Pastoret inclina-se á opinião contraria, em harmonia com a legislação franceza, e a maxima do — *non bis in idem*. — A segurança dos cidadãos, e por tanto, o interesse social, podem que ninguém seja mais

¹ No Decr. de 27 de Dezembro de 1832, Art. 15.^o, se acha removida esta questão; por que ali se declara, que pelo crime de tráfico, ou de consentir que alguém trafique em commercio de escravos, a prescripção não correrá em tempo algum, como já se achava determinado no dito Decr. de 10 de Dezembro de 1836, Art. 21.^o

Mas aquella Decr. de 27 de Dezembro, que assim remedia nesta parte a lacuna do Cod., e que teve por objecto especial estabelecer e regular a a instrução e julgamento dos syndicancias dos Governadores e mais empregados do Ultramar, pode ser revogado, e ficar subsistindo o Cod., em cujo edificio se não pôde tocar com a mesma facilidade. Isto é tanto mais provavel, que semelhante Decr. é um dos que menos boara a Dictadura, que lhe deu existencia: de que ninguém quer ser o author; e cuja revogação, pelos namoros absurdos, de que se acha recheado, é mais que provavel tenha lugar muito cedo: e, por este modo, com elle cahirá a declaração fugitivamente feita no seu Art. 15.^o em presença da imperfeição e deficiência do presente Art. do Cod.

de uma vez incommodado em razão do mesmo crime. Quem uma vez foi absolvido, embora por falta de prova, é reputado innocente, sem que se admitta prova alguma em contrario.

9.^o Se a criminalidade da acção, para os effeitos da prescripção quanto ao processo, se determina pela sentença que intervem, ou se pela qualificação que lhe attribuiu a accusação? O tribunal de Cassação de Paris tem constantemente julgado, que é por aquella e não por esta, que devo determinar-se.

Quanto á prescripção da pena, certo é que assim se deve julgar, por isso que o Art. 124.^o se refere á sentença; mas, quanto á do procedimento criminal, deve supprir-se a omissão do Cod., entendendo-se que na mesma sentença, em que um réo, em lugar de crime, é culpado de delicto de policia correccional, ou, em lugar deste, o é de contra-venção, se deve, attenta a natureza e circumstancias essenciais do facto com quanto provado, pronunciar a absolvição pelo fundamento da prescripção: aliás dependeria do arbitrio do accusador, para purgar o lapso do tempo, dar maiores dimensões ao acto de accusação, fazendo degenerar um delicto em crime, ou uma contra-venção em delicto, e assim sofismar as menores prescripções marcadas no §. 3.^o do Art. 123.^o

Isto, porém, se entende em relação á qualificação do facto, com abstracção das suas circumstancias attenuantes e da modificação da pena, que ellas produzirem. Os elementos constitutivos do crime definidos na lei e reconhecidos na sentença podem exigir maior prescripção, que a de um, ou de cinco annos, mas as circumstancias attenuantes ou dirimentes da imputação podem ser taes que attenuem ou mesmo extingam a pena, sem que por isso seja concludente a absolvição pelo fundamento da prescripção, nos termos do cit. §. 3.^o

Por ultimo, devemos advertir, que este Cap. tambem é omisso em declarar, como devem ser contadas as prescripções do processo, ou da pena, depois da promulgação do Cod. O Cod. d'Instr. Cr. Fr. tambem foi omisso a semelhante respeito o que deu occasião a encontradas decisões no tribunal de Cassação. Ao principio julgou-se alli, que a prescripção devia ser regulada pela lei em vigor ao tempo da perpetração do crime; depois, que esta lei devia conci-

liar-se com a que regulasse durante o tempo da prescrição; mas ultimamente, foi assentado, como jurisprudencia constante, que se devia sempre applicar aos culpados a legislação, que lhes fosse mais favoravel, por analogia da regra que, sobre applicação de penas, estabeleceu o Decr. de 23 de Julho de 1810 Art. 6.º

Para se supprir a omissão do Cod., a mesma jurisprudencia é admissivel entre nós por argumento do que tambem se determina sobre penas no Art. 70.º do mesmo Cod. Assim o Cod., menos favoravel aos réos que a Ref. Jud., tanto pelo que respeita á prescrição do processo como das penas, não lhes é applicavel com relação a crimes anteriores, nem o podia ser contra o principio da não retroactividade da lei, consignado na Carta, Art. 145.º §. 2.º e 10.º Tem, pois, a respeito das penas perpetuas, impostas por sentença antes do Cod., de não ser observado, em quanto não decorrer o espaço de vinte annos, estabelecido no Art. 1213.º da mesma Ref.: o que faz apparecer na administração da justiça criminal uma *injustiça relativa*, que é evidente e inevitavel: *dura lex, sed lex*.

Por argumento das palavras finaes do Art. se deduz, que fóra dos casos exceptionaes, a que se refere, as prescrições; que o Cod. estabelece, sómente são applicaveis aos crimes commettidos depois da promulgação d'elle.

De resto, quanto á declaração, que é objecto do Art., encontra-se a concordancia, ou antes fonte proxima no Art. 622.º do Cod. de Proc. das Duas Sicilias:

« Les dispositions du présent titre ne dérogent pas aux « lois particulières, relatives à la prescription des actions « résultant de certains délits, ou de certaines contraven- « tions. »

Esta redacção, porém, é mais ampla; porque assíu ressalva, não só as prescrições estabelecidas, mas as disposições exclusivas dellas, por leis especiaes, tanto absolutamente, como relativamente ao tempo ou dia, de que devem começar a correr; como a respeito dos crimes commettidos pelos funcionarios, de que tratou o Decr. de 27 de Dezembro de 1852, determinou o mesmo Decr. no Art. 15.º, para que esse ponto de partida seja o momento, em que deixem de exercer os seus cargos.

ARTIGO 129.º

O condemnado a pena temporaria, que tenha por effeito a perda dos direitos politicos, não pôde recobral-os pelo cumprimento da pena, sem que obtenha a rehabilitação.

§. 1.º A rehabilitação é o acto que restitue ao condemnado, que cumpriu a pena temporaria, ou a quem esta foi simplesmente perdoada, ou que a prescreveu, todos os direitos que pela condemnação perdêra.

§. 2.º A rehabilitação é concedida pelo governo passados tres annos depois do cumprimento, ou perdão, ou prescrição da pena temporaria, precedendo as necessarias informações das authoridades administrativas.

§. 3.º Quando a pena da perda dos direitos politicos fôr imposta como pena principal, pôde tambem passados quinze annos ter lugar a rehabilitação, nos termos do §. antecedente.

§. 4.º O disposto no §. antecedente applica-se aos casos da incapacidade para servir um emprego, ou qualquer emprego,

Este Art. com seus §§. é um arremedo do Art. 649.º e seguinte do Cod. d'Instr. Cr. Fr., com algumas seguintes alterações:

1.ª Aquí torna-se necessaria a rehabilitação, em toda e qualquer pena, que tenha por effeito a perda dos direitos politicos: pelo Cod. Fr. torna-se necessaria em toda e qualquer pena *afflictiva ou infamante*.

2.^a Aqui é seu effeito a recuperação dos *direitos políticos*: segundo o Cod. Fr. é, em geral, de todas as *incapacidades legais*.

3.^a Aqui é ao governo, *exclusivamente*, que pertence concedel-a: segundo o Cod. Fr., é perante as autoridades judicarias que se instaura o processo informatorio e probatorio, até consulta final, pertencendo ao governo expedir decreto em que vá inserta e que publique a deliberação do tribunal.

4.^a Aqui enuncia-se, *vagamente*, que devem proceder as necessarias informações das autoridades administrativas, sem se designar quaes ellas sejam, nem o objecto sobre que as informações devem recahir: o Cod. Fr., porém, é muito claro e explicito a semelhantes respeito.

5.^a Aqui admitte-se a *rehabilitação*, passados tres annos depois do cumprimento da pena, do perdão, ou prescrição: o Cod. Fr. não conhece a *rehabilitação* em consequencia do perdão, ou da prescrição; e exige o intervalo de cinco annos, depois de completo o cumprimento da pena, tendo o *rehabilitando* residido todo esse tempo no mesmo conselho.

6.^a Aqui também a *rehabilitação* se faz precisa, quando a perda dos direitos politicos foi imposta como *pena principal*, que só se pôde pedir, passados quinze annos de privação desses direitos: o Cod. Fr. não conhece esta hypothese.

7.^a Aqui não se exceptuam os condemnados *reincidentes*: pelo Cod. Fr. são elles excluidos de beneficio da *rehabilitação*.

A estas alterações accrescem os defeitos seguintes:

1.^o Da obscura redacção entre o §. inicial do Art. e o §. 1.^o: n'aquelle suppõe-se os *direitos politicos* perdidos, como effeito da pena, e neste se consideram *todos os direitos*, como perdidos pela condemnacão.

2.^a Da sua *desharmonia* com o tit. 12.^o do Liv. 3.^o, P. 12.^o do Cod. de Comm. Devia resalvar os condemnados por quebra fraudolenta, cuja *rehabilitação* para effeitos de commercio, é inteiramente vedada, Art. 1264.^o O Alv. de 13 de Novembro de 1756, §. 23.^o, mandava reputar esses negociantes *como civilmente mortos*.^{*}

* E nesta excepção concordam os Cod. de Comm. Fr., Hesp., Belg., e outros. Vid. Pardes. n.^o 1305.^o, 1306.^o, e 1315.^o

3.^a Da sua *desharmonia* com o Art. 124.^o §. 3.^o Conforme a este §. o que prescreve a sua pena pela prescrição de 20 annos não recupera o direito de residir aonde lhe convier; logo, como é que a prescrição dá direito á *rehabilitação*, isto é, faz recuperar *todos os direitos* perdidos pela condemnacão?

Só poderão conciliar-se estes Art., dizendo-se que a *rehabilitação*, ou a homologação da *prescrição*, faz cessar a disposição do Art. 124.^o §. 3.^o

4.^o A mesma *desharmonia* apparece pela comparação com o Art. 121.^o Ahi se diz positivamente que o perdão do rei não restitue os direitos politicos, se disso se não fizer expressa menção. Logo, na hypothese affirmativa do perdão opera-se a restituição dos direitos politicos por virtude do mesmo perdão sem dependencia da *rehabilitação*, e na hypothese negativa é repellido sempre a restituição desses direitos, e consequentemente não tem lugar a *rehabilitação*. Mas o Art. 129.^o diz que esta tem lugar nos casos de perdão, com dependencia della, e não dos termos deste. Como poderão conciliar-se estas duas disposições?

Lamentamos também, e muito, já que o Cod. tratou da materia de *rehabilitações*, que não considerasse os casos de revisão extraordinaria dos julgados em harmonia com o Art. 443.^o, 444.^o, 445.^o, e 447.^o do Cod. Fr. d'Instr. Cr., como, por exemplo, quando depois de condemnacão por homicidio se descobrem novas provas, que mostram ser viva a pessoa que se acreditava assassinada: ou quando, depois de uma condemnacão qualquer, as testemunhos que juraram contra o réo, são julgadas falsas e perjuras; nestes e outros casos semelhantes a subsistencia das sentenças seria uma iniquidade.

A *rehabilitação*, pois, dos réos pela revisão das sentenças, com quanto passadas em julgado, é da mais rigorosa justiça.

A mesma iniquidade se deve considerar em relação á irrevogavel subsistencia de sentenças proferidas contra os réos em tempos calamitosos, em que predominam as paixões politicas, a usurpação, ou o estado de guerra, civil ou externa.

Sirva de exemplo, entre outros, o caso de *rehabilitação* do marquez de Alorna, D. Pedro de Almeida, por sentença de revisão, sobre embargos de 17 de Agosto de 1823.

Servam mais de exemplo, e não distante, as reabilitações, que tiveram logar por virtude do Decr. da Regencia da Ilha Terceira de 28 de Novembro de 1834, ficando assim no Art. 1.º « *rehabilitado o nome e boa fama das pessoas* » sentenciadas, bem como a memoria daquelles que foram « executados. »

Seria muito conveniente determinar-se, que nestes casos se estabelecesse, em regra o direito á *rehabilitação*. « A la suite de revolutions, on devrait admettre, sur la demande des familles, la revision des procès, et, suivant l'exigence des cas, prononcer la réhabilitation des condamnés. »

Diz Dupin, nas suas observações sobre a Leg. Cr. Fr.

As amnistias são, sim, um remedio para estes casos, mas são uma necessidade, e raras vezes se agradecem: envolvem o perdão de crimes, que nunca deveriam ser perdoados: não destroem, por mais que se diga, a noção moral, que os factos produziram: tem o inconveniente de serem um remedio, sempre violento e extraordinario, em que é preciso fazer dobrar os direitos da justiça, ao das conveniencias sociais: e, finalmente, importam esquecimento absoluto, a impunidade completa, sem o que seriam sem objecto.

O direito, porém, á revisão dos processos, em taes circumstancias, não offereceria nenhum destes inconvenientes: seria um remedio ordinario, patente a todos para a *rehabilitação*, não só civil, mas moral; que poderia ser attendido, ou desattendido, como fosse de justiça, por modo que, sem se favorecer a impunidade de certos crimes imperdoaveis, se reconhecesse solemnemente o imperio d'aquellas circumstancias, como exclusivo, ou attenuante, de imputação ou culpa.

Fôra, mesmo, desta situação, e sempre, deveria ter-se como certo, que a restituição, que nos casos civis se concede a favor da menoridade ou da demencia, se deve ainda, com mais justa razão, conceder a favor da innocencia.

No Cod. Cr. da Austr. P. 1.ª Art. 475.º se acha assim amplamente providenciado, e esse Cod. promulgado em 1803, e em execução desde 1815, é, nesta parte eminentemente digno de louvor, e de ser imitado pelos povos do mundo civilizado.

E apesar de taes razões e exemplos, o nosso Cod. Pen.

regenerador da nossa velha e draconica Ord. do Liv. 5.º, guardou silencio sobre estes pontos !

Postas estas observações, se nos offerece a notar:

1.º Que, tendo-se presentes os Art. 59.º, e 61.º, e o que ali ponderámos, se a *vigilância especial de policia*, segue o condemnado depois do cumprimento da pena, esta, posto que já em si defeitosa e exorbitante, é mais que sufficiente, a garantir a sociedade, contra as reincidencias e perpetração de novos crimes, do modo menos offensivo aos direitos individuaes do cidadão, qual não pôde deixar de ser considerado o condemnado, que, satisfazendo ás penas da lei, volta ao gremio social, de que é membro. A suspensão desses direitos por tres annos, até ao momento, em que pôde ser concedida a *rehabilitação*, é, pois, uma violencia e uma injustiça.

2.º Que, mesmo admittida a necessidade e a justiça da concessão da *rehabilitação*, não deve pertencer ao governo, nem mesmo, com previo exame e consulta do Poder Judiciario, como está no Cod. Fr., a decisão de semelhante objecto, mas sim e precisamente ao mesmo Poder. Esse estado de transição entre a pena e a *rehabilitação*, é uma questão de facto e de apreciação contenciosa, fundada sobre provas directas ou indirectas, de que depende prolongar, não a duração de uma pena pelo prudente uso da administração penitenciaria¹, mas uma parte dos effeitos da execução penal, e consequentemente é um ponto incidental connexo com a mesma execução, de cujo conhecimento os tribunaes judiciais não podem ser despojados, sem manifesta repugnancia e incoherencia com os termos geraes, em que, em contrario, se acha redigido o Art. 100.º do presente Cod.

3.º Que este inconveniente se agrava desde, que semelhante decisão fica exclusiva e *facultativamente* concedida ao governo; porque aos réos, que cumpriram a sua pena, e aos quaes a *rehabilitação* fôr recusada, não fica recurso algum, contra o arbitrio ou denegação de justiça.

4.º Que, sendo a *rehabilitação*, ou *restituição* á plena fruição dos direitos perdidos pela condemnação, um rigoroso effeito da pena imposta e cumprida, deveria não ficar dependente, nem do governo, nem do Poder Judiciario,

¹ Vid. Disc. Prel. pag. xxiv e xxv.

excepto para se verificar e homologar o facto material do cumprimento da mesma pena, em harmonia com o prescripto ao Art. 67.^o

5.^o Que a suspensão, ou interdição, de direitos de cidadão, quaesquer que elles sejam, que permanecce por tres annos, depois do cumprimento da pena, e pelo mais tempo, que decorre até á concessão da reabilitação, é uma offensa directa, ou, pelo menos, virtual, do Art. 9.^o da Carta, em quanto não admitte semelhante suspensão, senão durante os effeitos, naturaes e intrinsecos, das penas de prisão ou de degredo.

« Tirada a causa, como deixar subsistentes os seus effeitos? Expiada a culpa pelo cumprimento da pena, como « prolongar o soffrimento além do termo marcado? »¹

6.^o Finalmente, que a reabilitação não vem, nem deve vir, como effeito immediato, nem da lei, nem dos tribunaes, nem do governo, mas só e unicamente do facto do cumprimento da pena, assim como o cumprimento de toda a pena deve significar, que a culpa resultante da pena se acha completamente reparada e expiada: e consequentemente esse cumprimento, por uma presumpção legal, se deve interpretar como prova de que a enfermidade criminosa se acha curada, e, por tanto, o enfermo se deve considerar restituído ao estado de saúde, contra o qual não ha legitimos outros meios de prevenção, que os de segurança e de policia geral.

Por ultimo, não podemos deixar de aproveitar esta occasião para addicionar o que temos ponderado em diversos logares, contra a pena de morte e mais penalidades exterminadoras dos criminosos, que são antes meios de vingança, e destruição, que remedio contra o mal resultante dos crimes.

Em França aconteceu proximoamente um facto, que veio engrossar outros semelhantes de que nos tem dado conta os annaes judicarios.

Na noite de 15 para 16 de Novembro de 1847, verificou-se um incendio em uma casa habitada, e entre os despojos do fogo se reconheceu o cadaver do seu proprietario

Gay, velho septuagenario. Os peritos declararam que elle se achava morto, não por effeito do incendio, mas do assassinato.

Lespanho, author da morte e do incendio, fez encaminhar as suspeitas sobre *Lesnier* filho. Diversos indícios e provas fizeram acreditar-o assim, e, consequentemente, foi este condemnado pelo tribunal de la Gironde em 9 de Julho de 1848 e entrou nas galés de Rocheford em 27 de Janeiro de 1849.

Lesnier pai tambem havia sido suspeitado, como participante destes crimes, mas, tendo escapado a ser envolvido, com muito tino e perseverança aproveitou os annos que decorreram, para recolher todos os elementos de justificação e provas da innocencia de seu filho.

A providencia coroou os seus esforços. A mulher do criminoso deixou escapar algumas palavras, que trahiram o segredo, e que demonstravam o soborno de testemunhas. *Lesnier* pai fez instaurar então o competente processo, durante o qual, o mais vivo interesse, como é natural, se manifestou em toda a cidade de Bordeos.

Os jurados responderam negativamente quanto ao assassinato de Gay e ao incendio; mas affirmativamente quanto aos ferimentos de que havia resultado a morte, assim como sobre o soborno de testemunhas, admittida, porém, a declaração de circumstancias atenuantes; e, em consequencia, *Lespanho* e dois de seus cumplices foram, cada um, condemnados a 20 annos de trabalhos forçados.

Restava agora ao tribunal supremo cassar ambos os julgados, de Julho de 1848 e de Março de 1855, como *inconciliaveis*, e remeter os réos perante uma nova *Cour d'assises* a fim de rever o feito e fixar definitivamente a sorte dos réos, nos termos do Art. 443.^o do Cod. de Instr. Cr.

Por fortuna *Lesnier* filho não havia sido condemnado á morte, nos termos do Cod., porque tambem a declaração de circumstancias atenuantes feita pelo jury lhe valeu. Entre nós, vista a accumulção dos crimes, e em presenca do n.^o 4.^o do Art. 351.^o do Cod., a innocencia teria sido sacrificada na forca, sem reparação possivel!

Na situação de qualquer condemnado, como *Lesnier* filho, muito embaraçosa deveria ser a posição dos nossos tribunaes. Descoberto o novo e verdadeiro criminoso, podia ter logar pelo mesmo crime uma segunda querela e accusação,

¹ Disse, com razão, o nosso estimavel collega, o sr. Mello e Carraão, no discurso proferido em cortes, sessão de 8 de Abril de 1853.

porque lhe não obstava o Art. 883.º da Ref. Jud., não havendo *identidade* de pessoas: e, em presença do Cod. Art. 123.º §. 1.º, nenhum procedimento criminal se prescreve a favor de *determinada pessoa*, se não passados dez annos depois de commettido o crime.

Isto quanto aos crimes de homicídio e incendio; pois quanto ao soborno das testemunhas, crime diverso e independente daquelles, nenhuma duvida haveria; mas a respeito dos ditos crimes já julgados, *Lespanhe* poderia impedir a nova condemnação, allegando a sua ineptidão e inconcludencia, em quanto o primeiro processo não fosse annullado e rescindido, nos termos do mesmo Art. 883.º da Ref., e em conformidade com o Decr. de 19 de Dezembro de 1832, Art. 5.º, ampliado pelo Art. 17.º da lei de 19 de Dezembro de 1843, que aliás não comprehendeu os casos de soborno de testemunhas.

A superveniencia de provas, de innocencia de um e de culpabilidade de outro, é uma questão incidental, contenciosa, que influe directamente na execução da pena imposta ao primeiro condemnado, e como tal deve ser decedida pelos juizes, na conformidade do Cod. Art. 100.º Mas como, quando, e porque meios, se deve rescindir um processo, e instaurar o segundo?

A nossa legislação é obscura a semelhante respeito; e o Cod., já que transcendeu os limites da sua competencia penal, entrando pelos do processo, devia preencher esta lacuna; pois que a Ref. Jud. é omissa, e a nossa Ord. Liv. 5.º, tit. 130.º, admitindo contra um réo absolvido, segundo processo, nos casos de contiuo e falsa prova, esqueceu-se de providenciar a respeito de um réo não accusado em prejuizo da innocencia de outro réo condemnado!

Esperemos, que a reforma de processo criminal venha providenciar sobre semelhante hypothese, remediando, quanto seja possível, o erro judiciario.

Mas até então devem ser considerados tão sagrados os direitos da innocencia, que os tribunaes, verificada a hypothese de dois processos criminaes contra determinadas mas diversas pessoas, e com duas condemnações inconciliaveis, devam no espirito da legislação do reino, providenciar para que se suspenda na execução de qualquer pena; e a revisão extraordinaria de ambos os processos, ordenada pelo Supremo Tribunal de Justiça, em secções reunidas, seria um

meio razoavel, sem embargo de qualquer lapso de tempo, a que obsta o *erro judiciario*, julgado virtualmente pelo mesmo facto da existencia das ditas condemnações, uma das quaes accusa necessariamente a falsidade da outra. A força da cousa julgada não pôde ser exagerada até ao absurdo do — *simul esse et non esse*.

As sentenças podem fazer do preto branco, e do branco preto em materia civil; podem mesmo assim estabelecer-o em materia criminal, em casos de absolvição de um réo: mas este principio seria atroz e immoral, quando sustentado com o sacrificio da innocencia.

Accrescem, tanto contra a pena de morte directa, ou morte natural na força, como contra a morte indirecta, ou trabalhos publicos, as seguintes ponderações:

Em confirmação das considerações, que já produzimos, diremos, que um dos argumentos mais terriveis contra a pena de morte é a possibilidade da condemnação de um innocente. Semelhante penalidade, eterna e irreparavel, se mostra então em toda a hediondez de suas feições, pois que tem de ser applicada por homens, frageis e falliveis, por sua mesma natureza.

Não pôde deixar de ser qualificada então uma anomalia monstruosa, que revolta a razão humana e anniquilla a justiça social, porque a converte em iniquidade, e a condemna como impotente a reparar o crime moral do homicidio voluntario, que essa mesma justiça, por erro, commetteu.

As instituições humanas tem hoje tornado cada vez mais raros estes exemplos de *qui pro quo*, que antes eram muito frequentes: mas o que ellas ainda não tem feito, nem podem fazer, é *tornal-os impossiveis*, e para obviar a esse inconveniente, e porque o assassinato de um só innocente sobre mil condemnados á morte faz estremecer mais a humanidade que a impunidade de mil criminosos, é preciso prevenir esse escandalo social pela abolição da pena de morte.

Tanto mais, porque a sociedade, se não applaude sempre, resigna-se especialmente, a toda a penalidade, que respeite a vida do homem, com quanto criminoso.

A questão é de segurança e de repressão, e não da pe-

na de morte, que só exprime a idéa de vingança ou do terror social, e nunca a da justiça moral.

A mesma consideração conduz á abolição da pena de morte indirecta, ou dos trabalhos publicos, segundo o Art. 34.^o; porque hade a morte natural seguir-se prematura, mais tarde ou mais cedo, como provocada pela execução da penalidade, mas talvez antes da descoberta do verdadeiro criminoso, e, por tanto, depois de haver produzido males igualmente irreparáveis.

Nas penas reparadoras e penitenciarias não se dá a mesma razão; porque, 1.^o são justificadas pela segurança social na presença de uma condemnação, que, se não estabelece uma *certaina moral absoluta* de culpabilidade, a estabelece legal; 2.^o porque as penas, de si mesmas, tendem a demonstrar a ausencia da enfermidade criminosa, pelos actos de comportamento do criminoso durante o regimen disciplinar, e o innocente aceita mais facilmente o soffrimento immerecido, quando nutre a esperança de que, ainda que um dia se não descubra a sua innocencia, a sua reabilitação, já certa na sua consciencia, será conquistada pela sua resignação contra a injustiça e erro dos homens.

O desafortunado *Lesnier* filho soffreu com heroica resignação sete annos de trabalho em galés, no tempo mais precioso da sua vida, mas para isso teve duas causas; a 1.^a foi a benignidade do commissario da marinha de Rocheford, empregando-o, durante o dia, em trabalhos de escripturação; a 2.^a a lembrança de que existia *Lesnier*, seu pai, que lhe embargava o suicidio, a que a desesperação o arrastava: « sans cette idéé il aurait trouvé moyen de se donner la mort, » dizia o infeliz ao procurador imperial de Brest.

Nada, se refere, pôde fazer descrever ao vivo as agonias e torturas moraes, que experimentou nesses sete annos. Tinha algum alívio, quando se via empregado a escrever; mas as noites e domingos, em que não escrevia, o martyrio crescia ao maior grão de intensidade por se ver misturado e confundido com os mais *forçados* dos galés.

Possam estas reflexões fazer sobre os legisladores a mesma impressão, que sentimos, e, por ellas, abster-se um dia de decretar a pena de morte, procurando sancionar a conveniente reforma do Direito criminal, em harmonia com as

necessidades da moral, da justiça, e da humanidade, que são as verdadeiras necessidades sociaes!

A sociedade, enferma pela multiplicidade dos crimes, sophisna como o medico no apogeo do seu empirismo e dos males que quer remediar. Consolidando as qualidades de enferma e de perita, raciocina — *cum hoc ergo propter hoc* — e ora se volta para o lado direito ora para o esquerdo, esperando achar alívio na mudança. Acha-se mal com a pena de morte, decreta a abolição da pena de morte; acha-se peor durante a abolição da penalidade, procura restabelecê-la. Uma vez conclúe, que a pena de morte ou é inu-

¹ Nota-se em França uma tendencia, que conduz á abolição da pena de morte: 1.^o pela acção das leis, que permittiu aos jurados acompanhar o seu *verdict* de uma declaração, vaga e indeterminada, de circunstancias attenuantes, que obriga os juizes a descer na escala da penalidade; 2.^o pela diminuição de casos, a que os tribunaes, de accordo com o jury, e por uma interpretação meos rigorosa das mesmas leis, impõe a pena de morte; 3.^o pela acção do poder da graça na commutação de quasi um terço das condemnações; 4.^o pela restrição da pena a casos da maior gravidade.

Em 1853 sómente 39 réos foram condemnados, isto é, aproximadamente um por cada milhão de habitantes: a commutação teve logar em favor de 12, e, por tanto, a supposta necessidade da pena desceu a menos de 3 condemnados por cada 4 milhões de habitantes; e nos 37 executados só apparecem os crimes de assassinato, acompanhado de roubo, estupro, e outros crimes graves: 7 parvencidos; 1 entrançamento, e 1 homicidio precedido de roubo.

Em França é tambem demonstrado, que a causa moral dos crimes é complexa; porque não está só no agente, mas fora d'elle. Participa da causa geral negativa — falta de prevenção — pela deficiência da instrução.

Podem haver homens organisados de modo, ou com tal temperamento, que a propensão máfica predomine qualquer cultura do espirito: mas não é d'elle, como aberrações da natureza, que vem enlão a intensidade do crime, que flagella a sociedade. Sobre 20,643 condemnados, que deram entrada nas prisões centrais de França em 1853, 10,874 eram analphabéticos: 6,812 sabiam apenas lêr: 2,389 já sabiam escrever: e sómente 568 tinham uma instrução superior á primaria. Assim as probabilidades, ou antes certeza, a favor do crime, apparecem, crescem, ou diminuem na proporção do grão de instrução e educação.

Na presença desta observação a sociedade deve ter remorso, tanto dos proprios crimes, que pune, como de punir sem corrigir, e antes mais embrutece e desmoralisa, os criminosos. Ao seu desleixo, erros ou impotencia, deve depois, em grande parte, attribuir, assim os crimes, como a sua continuação e reincidencias!

Dos ditos 10,874 analphabéticos reclusos em 1853, tinham nesse mesmo anno aprendido a lêr 1,172; a lêr e a escrever 1,316; e a lêr, escrever e contar 812; isto é, linha-se, por este modo, em poucos mezes produzindo uma progressão de resultados moraes contra o crime e reincidencias, em mais de um terço dos condemnados! E assim tambem que se evita a necessidade das penas atrozes, da pena de morte!

til ou prejudicial; outras vezes, que é indispensavel, que é necessaria. Não remonta ás causas verdadeiras da enfermidade, é raiz do mal, para a cortar ou tornar menos productiva, trata unicamente de a combater e destruir nos seus effeitos, ou de a tornar impotente nesses seus effeitos immediatos, que são causa proxima do crime.

Até quando durará no mundo que se diz civilisado este sophisma desgraçado, este circulo vicioso? Não sabemos, mas confiamos firmemente nos progressos da razão humana e da civilisação.

Resta-nos concluir estas ponderações, notando que o presente Art., com quanto labore nos defeitos e omissões apontadas, contém a outros respeito melhor doutrina que o Art. 610.º do Cod. d'Instr. Cr. Fr.

O Cod. Pen. Fr. de 1810, pronunciando muito poucas incapacidades, como effeitos que sobreviessem ao cumprimento das penas correccionaes, e por outro lado sendo prodigo em pronunciar penas afflictivas ou infamantes, mal podia fazer sentir a necessidade de admitir a rehabilitação em materia correccional.

Mas, admittida a doutrina das circumstancias attenuantes em materia criminal, e estabelecido um grande numero de incapacidades em materia correccional por outras leis especiaes, foi indispensavel ampliar a rehabilitação aos condemnados em pena correccional, porque resultava do contrario uma grande anomalia, qual era que de dous condemnados, um a pena correccional e outro a uma pena afflictiva e infamante, a sorte do segundo fosse mais favoravel que a do primeiro.

De dois réos, por ex. do mesmo crime, um condemnado a galés temporarias e outro, em razão da sua idade, a prisão simples poderia o primeiro gosar da rehabilitação, em quanto que o segundo, no silencio da lei e conforme á jurisprudencia seguida pelos tribunaes, ficaria sujeito a uma interdição perpetua.

Esta anomalia veio destruir a lei de 3 de Julho de 1852, admittendo a rehabilitação tanto em materia criminal como correccional.

O presente Art., porém, previu esta difficuldade, admittendo, sem distincção, a rehabilitação, sempre que se dê a necessidade della, por causa da perda dos direitos politicos,

a qual considera subsistir depois do cumprimento da pena, do perdão, ou da prescripção.

Todavia ainda nesta parte este melhoramento não é completo: 1.º porque o Art. não comprehende na sua lettra os casos em que as penas temporarias, maiores ou correccionaes, tenham por effeito, não a perda dos *direitos politicos*, mas a *de algum direito politico*: 2.º porque tambem fica omisso quando a necessidade da rehabilitação nasce não da perda dos direitos, ou de algum direito politico, mas da perda de alguma capacidade civil.

Assim, se a rehabilitação é um objecto de graça, com a qual se não deve confundir, o réo de menor crime, ou condemnado em menor penalidade, fica de peor condição que o que foi julgado com maior severidade, e se é um objecto de *justiça*, como deve ser considerada, a mesma denegação de justiça apparece nessa mesma desigualdade.

Em vista de taes difficuldades e anomalias, é mais racional prejudicar completa e radicalmente os processos de rehabilitação, fazendo-se com que, pelo cumprimento total da penalidade, considerada nas tres phases, que indicámos, os condemnados possam voltar, sem probabilidade de reincidencias ou de novos crimes, para o gremio social.

A constituição do Estado, a boa logica, e os bem entendidos interesses sociaes, assim o exigem, e, para esse effeito, cumpre reformar o nosso tão vicioso systema penitenciario, se de systema merece o nome.

E tanto mais, que o processo de que se occupa o §. 2.º do presente Art., é mais theatral e poetico que real. Não será facil aos réos, que tenham cunprido a sua pena, ou que a tenham extincta pela prisão ou prescripção, virem requerer a rehabilitação para recuperar direitos politicos.

Por ora não conhecemos exemplo algum, nem esperamos conhecê-lo. Se a maior parte dos crimes provém da ignorancia e falta de instrucção, esta se dá nas classes inferiores da sociedade, que não podem querer a restituição de direitos politicos, ou insignificantes, ou que não tinham antes da condemnação; e mesmo, quanto aos réos que tem uma instrucção superior á de lêr e escrever, a perda dos direitos politicos, leva consigo a compensação correlativa do alivio nos seus encargos, que, em geral, mais se pressa, que os mesmos direitos.

E preciso considerar os direitos politicos, como elles

valem de facto, e não como elles poderiam ou deveriam valer.

Não é tão grande o amor da liberdade ou a dedicação civica entre os homens, salvas as muitas excepções em que o crime pouco recrute, que elles deem por bem empregado o seu tempo, actividade e meios, no exercicio de direitos politicos. Os incommodos não compensam as vantagens.

A rehabilitação é um puro romanismo. Tanto nas leis do Digesto, como nas do Cod. se encontra o tit. — *de sententiam passis et reitutis*. — Mas os direitos de soberania ou de cidade, que tocavam a um cidadão romano, tinham outro alcance e maior importancia, que os direitos politicos sob um governo constitucional do tempo moderno, distribuidos entre alguns cidadãos por tal forma, que mais servem a distinguir diversos grãos de jerarchia ou de actividade social, que de democracia no Estado, e mais em utilidade geral, que individual, nos negocios publicos.

THEORIA

DO

DIREITO PENAL.