

THEORIA DO DIREITO PENAL

APPLICADA

AO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

COMPARADO

COM O

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

OFFERECIDA

A

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

POR

F. A. F. DA SILVA FERREIRO

PAG DO REINO, MINISTRO E SECRETARIO D'ESTADO HONORARIO,
CONSELHEIRO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICA.

VOLUME IV.

LISBOA

IMPRESSA NACIONAL

1856

INTRODUÇÃO CRÍTICA E SYNTHETICA

AO 2.º LIVRO

DO

CODIGO PENAL PORTUGUEZ

111

O Livro, que acabámos de analysar e de comparar com os principios e com outras leis criminaes, tanto patrias como estrangeiras, contém a parte dogmatica legislada, a que a razão e a philosophia tem de submeter-se na execução pratica, e que sómente pôde soffrer as modificações que resultarem, ou de disposições especiaes, em que o legislador se desprendeu dos mesmos principios e definições que estabeleceu, ou das disposições constitucionaes, firmadas na Lei fundamental do Estado e seu Acto addicional, que não podendo ser alteradas pelas leis ordinarias, qual é ou quaes são as de umCodigo Pernal, perdem muito da sua força e vigor, em quanto se não estabelecer constitucionalmente a harmonia entre umas e outras Leis, pela conveniente reforma.

Vamos pois agora tratar d'essas disposições especiaes em conformidade ou em contraposição ás *geraes*, como seu desenvolvimento ou excepção, em determinadas e qualificadas hy-

potheses, apreciadas *à priori* pelo legislador, sob o ponto de vista social, por um modo absoluto ou relativo, dependente, para a qualificação do facto e da pena, ou sómente da pena, ou ainda restrictamente sobre a imputabilidade material, algumas vezes independentemente do exame da imputabilidade moral, dos calculos e exames dos juizes de facto ou de direito.

Este 2.º Livro, pois, é o que tem de ser aberto e particularmente consultado pelos cidadãos; 1.º, para se instruírem dos seus deveres sociaes mais imperiosos; 2.º, para que por essa instrução possam, no exercício da sua actividade, afastar-se do mal do crime, tanto pela impressão moral do dever prescripto, como, em consideração dos motivos penaes que devem combater indirectamente, pela ameaça legal, ou a resolução do crime ou os movimentos espontaneos das paixões humanas, se a memoria e a razão não estiver subjugada por ellas.

Para este fim a primeira condição d'este Livro 2.º, em que especialmente consiste a codificação das leis criminaes, deve ter essencialmente as quatro condições que Bentham descreve:

1.ª Que faça bem sentir aos cidadãos, que um principio de moral, ou, pelo menos, de politica ou de interesse geral, não repugnante directamente à recta razão, auctorisa não só a incriminação, mas a penalidade.

Os cidadãos sabem que a *ordem social* não é mais que um meio de desenvolver e de manter n'este mundo a *ordem moral*, como já estabelecemos em outros logares; assim como sentem que não se acham escravos, mas livres na sociedade, com direito a exigir que o exercício da sua actividade não seja entorpecido, mas protegido pelas leis, em tanto quanto for compativel com o bem geral, que resulta da igualdade d'essa protecção a todos e a cada um.

Se os cidadãos tiverem a consciencia da injustiça da lei,

ou no que respeita á incriminação ou no que respeita á penalidade, procurarão não a obediencia, mas os meios de illusão, abstendo-se do mal do crime só materialmente pela intimidação, escarnecendo-a sempre que possam ou imaginem poderem segurar de antemão os meios de impunidade.

Sobretudo, a incriminação perde toda ou a maxima parte da sua força, quando as penalidades são viciosas, como tantas vezes temos ponderado.—A codificação sómente então serve praticamente, ou de tornar tyrannica e cruel a execução rigorosa da lei criminal, praticando a sociedade, voluntariamente e a sangue frio, excessos de defeza, que a razão reprova e que a mesma lei condemna entre individuos, ou de conduzir juizes, jurados e testemunhas á indulgencia para com criminosos, que careciam, como moralmente enfermos e para segurança commun, da indispensavel repressão, cuja falta vae anima-los, pela absoluta impunidade, á perpetração de novos crimes, alem da perniciosa lição do exemplo negativo a outros malleitores.

Posto isto, dizemo-lo com pesar, esta justiça moral complexa no facto e na pena não existe em muitas e muitas disposições d'este Livro 2.º

Uma vez os factos têm todos os caracteres de crimes moraes, como taes considerados sempre em todos os tempos e em todas as nações, e que o serão até á consummação dos seculos; mas cobertos sempre com uma sanção viciosa, já *absolutamente*, já relativamente; peccando ou na sua essencia ou no seu abuso, por espirito de vindicta ou por deficiencia de meios moraes ou materiaes de execução; não preenche assim o nossoCodigo, como, mais ou menos, tantos outros da Europa esta primeira condição essencial, destinada a produzir a efficacia das leis criminaes, condição que se reduz á *necessidade social e moral* das mesmas leis.

2.^a A *integridade* da codificação, isto é, desenvolvendo o pensamento de Bentham, que a instrução não só seja *materia*, mas *moralmente completa*.

Este Livro 2.^o devia conter não só as principaes obrigações legais puníveis, a que os cidadãos devem submeter-se, e portanto conhecer por uma especie de cathecismo, mas achar-se em harmonia com as regras philosophicas e de verdade moral consignadas na Lei fundamental ou adoptadas no 1.^o Livro do Código, não só consideradas abstractamente em cada hypothese, mas em concreto, com relação a todas e a cada uma das outras hypotheses contidas no Código, e tanto sob o ponto de vista da moralidade dos factos expressos ou omissos, como da distribuição ou repartição da penalidade.¹

¹ Achavam-se tão persuadidos d'esta necessidade as legislaturas do Cod. Pen. da China, que, em frente das suas disposições penaes, e antes de mais coisa alguma apresentaram no liv. 1.^o, na 1.^a secção a tabella geral das penalidades, e na 2.^a a dos crimes principaes, caracterizados como de- *traição* — tendo por taes todos os que mais directamente rompem e perturbam os vinculos e deveres do homem no estado social.

Quanto ás penas do primeiro grau, acompanha a tabella a declaração: que ellas (os agoutes) têm por fim:

«...inspirer, au transgresseur de la loi, la honte de ses torts passés, et lui donner un avis salutaire sur sa conduite future.»

Em relação ao *bannimento* ou antes *dextero* ou *degrado*, collocado no terceiro grau, segunda phasade pois dos agoutes do segundo grau, e que tem por minimo um anno até cinco, proporcional as cinco subdivisões dos mesmos agoutes, se declara ali que fica

«...dans la vue de porter le coupable à se repentir et à se corriger.»

Em relação ao *bannimento perpetuo*, declara que este fica depois do maximo de cem agoutes (*coups de bambou*), porque a lei se contenta

«...de séparer de la société, en réparation des plus grandes offenses commises envers elle.»

Em relação finalmente á pena de morte, ultima extremidade penal, declara que os criminosos não devem esperar indulgencia, mas justiça da parte do Imperador:

«On rendra compte à l'Empereur des sentences prononcées contre chacun des coupables, et il doit les ratifier si la loi a été justement appliquée.»

Em summa, a instrução que da codificação deve resultar, para ser efficaz e satisfatoria, deve ser completa em todas as suas partes. Esta perfeição poderá talvez ser reputada pelos legisladores um bello ideal, senão absoluto, relativo ao estado actual da sociedade, mas elle é tão necessario, como os immutaveis principios da justiça em que se funda; e em quanto uma codificação qualquer se não approximar, pelo menos, tanto quanto for humanamente possível, d'esse desiderandum, devem os le-

Quanto aos factos qualificados de *traição*, correspondentes na sua maxima parte á — *felonia* — dos ingleses, não só se qualificam nominalmente com um termo adequado a fazer impressão por si mesmo, mas se define com clareza um que consiste cada classe de crimes, em que se subdivide a classe geral.

Estas classes são:

Rebeldião — *deslealdade* — *deserção* — *parricidio* — *maestere* — *sacrilegio* — *impiedade* — *discórdia* — *insubordinação* — e o — *incesto*.

Estas palavras não têm ali a mesma significação e comprehensão que aos Códigos modernos da Europa civilisada, mas revelam um espirito social e philosophico digno de invejar.

O fim do legislador n'este simples, claro e succinto cathecismo não fica a subentender, pois que, feita a designação e descripção, acrescenta:

«Les crimes, rangés sous ces dix articles étant distingués des autres par leur énormité, les lois les punissent avec la plus grande rigueur, et quand l'offense est capitale, elle n'est jamais pardonnée.»

«Comme ces crimes sont toujours des violations directes des liens qui maintiennent la société, on en place le détail dans la partie introductive du Code, pour apprendre, au peuple, à les craindre et à les éviter.»

Assim extrahiu o legislador da sua mesma codificação um cathecismo penal, curto em dizeres, mas fecundo em idéas claras de instrução, satisfazendo por esta fórma aos dois principios, mais tarde proclamados por Bentham, da *cognoscibilidade* e da *justificabilidade* de um Cod. Cr. — Já notámos em outros lugares, que ha n'esta legislação da China, por entre suas cousas especies extravagantes, despoticas e cruéis, muitas que são dignas de contemplação, e talvez mesmo de imitação, pelos povos civilisados da Europa.

Devemos comtudo notar que a palavra — *traição* — *trahison* — de que se serviu o traductor francez, na sua publicação de 1812, não é exactamente a que corresponde á palavra chinesa, que sobre a designação dos dez attentados maiores, expressos no cathecismo! Mas na essencia procurou elle approximar-se da intenção do legislador.

gisladores resignar-se ás consequências do crime que pretendem reprimir, e a ver paralyzados os effeitos preventivos, que contavam tirar pela instrução de seus preceitos, intimidação e exemplo de execução de suas penalidades.

Ora tambem o Código não satisfaz a esta condição, pois, como vamos ver pela analyse e comparação de suas incriminações, pecca por omissão ou por excesso, contemplado, por um modo complexo, assim nos factos como nas penalidades correspondentes.

3.º Que se reduz a uma questão de *methodo*, que produza a *cognoscibilidade* do Código. Para este fim cumpre não só que se empregue a precisão e clareza de estylo, mas uma collocação tal, que todos os cidadãos, que saibam ler, tenham ou possam ter um conhecimento facil da lei. Quando for indispensavel empregar-se uma palavra, que não é bem conhecida no uso commum, cumpre defini-la, ou lançar mão de uma periphrase que torne palpavel e accessivel a todas as intelligencias o pensamento do legislador.

Na introdução á traducção do moderno Código Penal da Prussia dissemos nós:

«Um Código Penal não é um tratado de sciencia, nem pôde ser, de forma alguma, outra cousa mais que uma instrução popular de deveres sociaes legislados, de acção ou de inercia, «a cuja infracção corresponda a comminação ou a designação, «de uma pena, que ligando sem distincção todos os cidadãos, «a todos deve ser accessivel por seu estylo na linguagem mais «commum, e tão clara como a luz da verdade moral e da justiça, que semelhante complexo de leis deve garantir, e sómente em tanto quanto for exigido pelas necessidades e bem estar da sociedade.

«A reflectida leitura do Código da Prussia demonstra facilmente que foi esta a constante solicitude dos seus illustres

«redactores e collaboradores, e esta é, a nosso ver, uma das «maiores bellezas que o tornam recommendavel. A par da «simplicidade, e como sua irmã germana, apparece por toda «a parte, muita concisão sem obscuridade.

«Alem d'esta mui attendivel qualidade, se torna muito «digna de ser notada a uniformidade e harmonia, tanto de doutrina, como de systema. Em geral, sobressae a maior coherencia, assim sobre os factos incriminados e suas penalidades, «como sobre as regras de applicação, omitindo-se aquellas «que o juiz não deve ignorar, e que são mais do dominio da «sciencia do Direito, do' que objecto dos preceitos do legislador.»

Ora, escusado é dizer, que este 2.º Livro participa a este respeito dos mesmos defeitos que já notámos no Livro 1.º, e que iremos apontando em seus respectivos logares.

4.º Consiste em que, a par da codificação e como seu complemento, se confeccione um *commentarie philosophico e politico*, demonstrativo da justiça ou da necessidade em que assentam as disposições do legislador. A *sympathia* e a resignação seguem então esses proccitos, ainda antes de serem obedecidos ou desobedecidos. A critica diminue as suas forças e restringe o campo da analyse, nem acontece que, na ignorancia das razões intrinsecas da lei penal, abrace a nuvem por Juno, ou imagine gigantes para combater ou censurar.

D'estes erros ha de ter muitos este nosso trabalho, hão de ter todos os commentarios que se fizerem. Os juizes e os interpretes hão de expor-se, ou a uma falsa apreciação de motivos, ou reduzir o seu officio a uma pura e material applicação dos termos litteraes da lei, embora assim façam dizer ao legislador mais ou menos do que elle teve na sua intenção. A regra—*scire leges non est eorum verba tenere, sed vim ac potestatem*—se tornará ou impossivel ou summamente difficil,

e toda a interpretação philosophica corre o grande perigo da violação da lei. Os cidadãos analysarão e censurarão, a seu talante e segundo as suas paixões, os seus erros e grau de desenvolvimento da sua razão, as prescripções da lei penal, que muitas vezes assim, injusta ou impoliticamente, reputarão tyrannica, immoral, contradictoria ou inconstitucional e absurda, ficando por tal forma despida a mesma lei da sua força moral, elemento indispensavel do seu respeito e obediencia.

As leis penaes não devem ter nem mesmo a apparencia de pesar com mão de ferro sobre os cidadãos. São ou cumpre que sejam leis de amor e protecção, e não de odio nem de oppressão; de remedio indispensavel, e não de vingança, contra o mal social, complexo resultante do crime.

A maior parte dos Codigos penaes da Europa foi precedida ou acompanhada de extensos relatorios, e especialmente é digno de se notar oCodigo da Baviera, em que cada texto vem acompanhado da respectiva parte de um commentario official.

Ora, com este grande defeito se acha oCodigo Penal Portuguez. Não merece o nome de commentario o relatorio da commissão, de 30 de Setembro de 1852, e muito menos o do Governo, de 10 de Dezembro do mesmo anno.

Para desculpar esta falta, diz-se no primeiro d'esses relatorios:

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

Até hoje não tem apparecido trabalho algum de similhante natureza, e estamos convencidos de que, se a commissão prescindia de o fazer para acompanhar o seu projecto, como

fizeram, fóra do paiz, Scipião Bexon, Haus, Treillard, Faure, e outros muitos, e assim como praticou entre nós Mello Freire, seguindo o seu Ensaio de uma exposição detalhada de motivos, que elle qualificou de *provas em que fundou as doutrinas da sua obra*, foi, não porque entendesse que muitas de suas determinações eram absolutamente de impossivel justificação, mas porque a mesma justificação era de uma impossibilidade relativa.

OCodigo Penal Portuguez se não promptificaria a tempo de poder ser adoptado por um Decreto da Dictadura de 1852, se por cima da precipitação, com que foi concluido e dispensado de toda a revisão, tivesse de esperar pela confecção de uma exposição detalhada, como a commissão descreve, trabalho extensissimo, para que não bastaria um grosso volume e muitos mezes de trabalho e de impressão.

O que depois se passou nas Camaras legislativas, e algumas explicações dadas e que nós provocámos na Camara dos Pares, da parte de um collaborador do mesmoCodigo, com quanto seja um magistrado tão distincto por seu elevado merecimento litterario e profundos conhecimentos em jurisprudencia, tanto patria como estrangeira, não suppre a falta de um commentario official.¹

Não suppre, porque essas explicações se restringiram a replicas sobre arguições improvisadas, não amadurecidas como cumpria por um estudo reflectido de gabinete, dado o tempo

¹ Acaba de fallecer este digno magistrado, mais rico de luzes, de probidade, de amor da ordem, de saudades de seus amigos, de soffrimentos pela causa da liberdade, que de bens de fortuna.

Respeitámos tanto a sua memoria, como em sua vida respeitámos assim a sua pessoa, como a sua sempre recta e bem reflectida e fundada opinião na decisão dos negocios de justiça, em que interviemos. Assim podemos este sincero testemunho de justiça ser por elle ouvido, embora a malevolencia o qualificasse de bisonja!

indispensavel; e nem esses debates parlamentares são de importancia, não tendo vindo o mesmo Código á discussão distincta, nem mesmo sobre a sua generalidade, mas sómente envolvido na approvação de todas as determinações de duas Dictaduras successivas, que tivemos a paciencia de calcular, por approximação, em mais e muito mais de seis mil!

Nós reconhecemos com Rossi ¹ que um Código Penal é uma obra complexa, composta de partes muito diversas e de materias que estão muito longe de ser homogeneas; e que o Parlamento deve fazer leis, e não de um só jacto um complexo de leis; todavia nos paizes livres não ha modo algum por que se possa chegar á perfeição da legislação, segundo os principios da philosophia e as necessidades nacionaes, senão pela discussão e approvação em Côrtes, compostas dos homens mais illustrados do paiz, e dos eleitos do povo ou seus representantes.

Reconhecemos com Rossi que ha principios fundamentaes a que deve ficar subordinada toda e qualquer lei criminal, na sua confecção e applicação; e portanto entendemos não só que taes principios devem previa e singularmente ser discutidos e approvados pelo Corpo legislativo, mas tambem que é possível verificar-se a discussão de cada uma das leis especiaes a cada classe de crimes em harmonia com as bases adoptadas; ficando a codificação para depois, sendo esse trabalho commettido a uma commissão especial, harmonisando-se ainda mais as disposições legisladas, tanto entre si, como com as regras fundamentaes estabelecidas.

Assim não seguimos de modo algum a opinião de Rossi, em quanto sómente concede a utilidade, necessidade mesmo, de um Código de Processo Civil ou Criminal, mas não a de um

¹ Traité De Dr. Pén. liv. 4.^o, tit. 5.^o

Código Penal, em que considera mais um trabalho ligeiro e apparatuso, do que um livro a que se dá o nome de Código.

Fazer um Código Penal não consiste unicamente em colligir leis por ordem chronologica, ou em a simples arrumação de materias que possam ter relação directa ou indirecta com o objecto criminal.— Este trabalho deve ser o resultado de duas idéas, igualmente exactas e igualmente caracteristicas.

A primeira exige imperiosamente a coordenação: 1.^o, de todos os principios sobre que repousa a materia; e de todas as consequencias principaes ou directas que resultam d'esses mesmos principios; 2.^o, de todas as disposições legislativas que poderem ser consideradas como desenvolvimento d'esses principios ou como facilitando a sua intelligencia ou applicação.

A segunda, que é restrictiva da primeira, e que por isso mesmo deve mais firmar e fortificar tanto os principios como as consequencias d'elles deduzidas, exige não menos imperiosamente que se contemplem de um modo especial todas as aberrações d'esses principios, corollarios e regras especiaes de applicação, ou para se incluírem por um modo excepcional no Código, ou para d'elle se eliminarem, como objecto a regular, e sómente regulavel, como excentrico e anormal, por leis particulares.

As excepções, para serem conservadas no Código Penal, devem ter dois quesitos essenciaes: 1.^o, que a razão, em que se fundem, seja de tal força que faça cessar completamente a razão ou principio em que a regra se firmou; 2.^o, que as excepções sejam pouco numerosas, para que não absorvam a regra, antes a confirmem, aliás as regras perdem todo o seu prestigio, porque as excepções fazem ver, ou pelo menos suspeitar, a improcedencia ou a debilidade dos fundamentos em que assentou a disposição geral ou commun; pois que o legislador,

dando o primeiro exemplo do quebrantamento dos principios que estabeleceu, parece demonstrar que elles não têm uma importancia moral, mas sómente politica e arbitraria, como dependentes do seu capricho e vontade.

Ora será facil notar-se, que no presente Livro 2.º do Codigo se omitiram disposições que eram indispensaveis, para complemento das n'elle expressadas; se estabeleceram principios que convertem os do Livro 1.º mais em subsidiarios, na falta de disposição directa, do que em fundamentaes e reguladores; se comprehenderam preceitos sobre infracções, que se não compilaram; se tomou de leis especiaes uma ou outra disposição, sem deixar de ser remissivo ás mesmas leis; e que enfim, sem justificado motivo, se multiplicaram determinações e desenvolvimentos excepcionaes, que, ficam pugnando com as regras geraes legisladas, o que, se não constitue a antinomia, propriamente dita, manifesta incoherencia dogmatica, reluctancia e pouca firmeza de principios do legislador, segundo a sciencia ou theoria do direito penal.

Resta-nos advertir, quanto á legislação criminal estrangeira que comparámos e a que nos referimos n'esta segunda parte do nosso trabalho, que não fizemos minuciosas averiguações sobre a legislação penal da Russia.

Basta-nos saber em globo, que esse paiz em materias de civilisação moral está muito áquem das mais nações da Europa, e mesmo da Allemanha, para que possa servir-nos de guia ou de modelo.

Sem remontar a tempos mais distantes que os de Pedro Grande, sabemos que durante o seu reinado e successivamente a desmoralisação dos juizes tem sido grande, e que os supplicios, as atrocidades de castigo não têm feito mais que augmentar o seu progresso.

Todavia a codificação das leis, em numero infinito, não

tem sido esquecida. Pedro Grande redigiu elle mesmo um Codigo militar, maritimo e commercial.

Mas exerceu muitas vezes a vingança pessoal e sem misericordia sobre os conjurados, condemnando até á morte seu mesmo filho *Aleixo*, unico successor do Throno.

A delação ou revelação é ali um dever legislado e conforme aos costumes russos; d'onde vem que os cumplices são muitas vezes punidos mais severamente, que os auctores do crime; porque, pela omissão da denuncia, crime grave, se constituiram culpados do crime principal, preferindo a sua consummação.

Pedro Grande pensava que, de ordinario, os crimes mais graves, e com especialidade os attentatorios da segurança do monarcha ou do Estado, não teriam existencia, se não fosse a cumplicidade.

Tambem, pondo de parte os crimes de lesa-majestade, Pedro Grande havia tomado como regra de punir, não a maior gravidade dos maleficios, mas o serem mais communs.—A violação do deposito e dos contratos, os peculatos, o suborno das testemunhas, o juramento falso, as bancarotas fraudulentas, mereceram a sua especial contemplação.

N'esta materia conservou os tres vícios radicaes da legislação russa: a delação, a tortura e o castigo de todos os parentes, segundo o costume asiatico, sem distincção de sexo nem de idade, nos crimes mais graves.—Contentou-se em restringir a delação e a tortura a certos e determinados casos.

Catharina II concebeu o grande pensamento da codificação das leis; creou uma commissão para coordenar um novo Codigo que abrangesse todos os ramos de legislação, e firmou ella mesma em Moscow, aos 30 de Julho de 1767, as muito notaveis instrucções ou bases da reforma que desejava.

Essa commissão porém não pôde concluir os seus traba-

lhos; e foi necessario que Alexandre I lhe dêsse novo impulso, restabelecendo-a, abolindo porém desde logo a tortura e o confisco dos bens hereditarios.

Mas nenhum resultado tinha produzido tambem esta commissão até ao anno de 1826, o que moveu Nicolau I a dissolvê-la e a encarregar da codificação uma secção da sua chancellaria privada, dirigida por Miguel Speranski, e o mesmo Imperador reservou á sua especial inspecção os trabalhos d'este jurisperito, o mais activo e instruido de entre os russos da sua profissão.

Speranski, no espaço de treze annos, de 1826 a 1839, data da sua morte, publicou a primeira collecção de leis, não menos de 45 vol. in 4.º, e presidiu á confecção de um digesto destinado a apresentar a concordancia d'ellas; trabalho immenso, pois se tratava de coordenar por ordem de materias todos os innumeraveis ukases dos soberanos russos.

Era um grande passo para a codificação, mas em relação á materia penal ficou tudo no mesmo estado, até que mais tarde o mesmo Imperador Nicolau fez publicar em 1845 um Código Penal completo, acompanhado de um regulamento circumstanciado e minucioso sobre a deportação para a Siberia, o mais notavel dos estabelecimentos penitenciarios d'este genero.—Já sob a administração de Speranski, em 1822, havia sido promulgada essa lei regulamentar, a que já nos referimos.

Não ha duvida, dizem os conhecedores da legislação russa, que este Código importou uma verdadeira, ainda que imperfeita reforma: 1.º, porque a penalidade ali é menos barbara; 2.º, porque os preceitos ou prohibições do legislador são menos confusos.

Ao menos tem elle a vantagem de tornar possível a todos os subditos o conhecimento de *disposições essenciaes*, e n'esta

parte é uma prova de exemplo, assim como os Codigos da China e o da Prussia, da importancia que deve ter o requisito da *cognoscibilidade*.

Na Russia este requisito era essencial, mesmo para os magistrados que têm de applicar as leis, por isso que, desde um ukase de Pedro Grande, de 1822, «lhes foi prohibido *sob pena de morte interpretar as leis ou determinações soberanas, as quaes deveriam ser em tudo e sempre literalmente seguidas.*»

CODIGO PENAL.

LIVRO SEGUNDO

DOS CRIMES EM ESPECIAL.

TITULO I.

**DOS CRIMES CONTRA A RELIGIÃO DO REINO E DOS COMMETTIDOS
POR ABUSO DE FUNÇÕES RELIGIOSAS.**

CAPITULO I.

DOS CRIMES CONTRA A RELIGIÃO DO REINO.

ARTIGO 130.º

Aquelle que faltar ao respeito á Religião do Reino, Catholica, Apostolica, Romana, será condemnado na pena de prisão correccional desde um até tres annos; e na multa, conforme a sua renda, de tres mezes até tres annos, em cada um dos casos seguintes:

Art. 30.º n. 1.º e 40.º, 38.º, 41.º, 56.º, 58.º, 60.º, 83.º, 101.º

A classificação dos crimes, as incriminações em si mesmas, a distribuição das penalidades, e outras disposições accessórias, que se encontram n'este livro, offerecerão margem a novas reflexões, nunca abstrahindo das disposições geraes contidas no 1.º liv., nem de outras correlativas, em razão dos factos ou das penas, omittas ou expressas, n'esta mesma parte especial.

Em vista d'essas disposições pois, desde já notâmos um grande defeito e incoherencia:

Não tendo o Cod. adoptado, como podia, a palavra, muito portugueza e muito juridica, por se achar na anterior legislação—*maleficio*—para designar *em geral* o facto punivel; tendo tomado as palavras—*crime* ou *delicto*—não para designar duas infracções distinctas, mas como exprimindo a mesma idéa; e distinguindo todavia os *crimes* ou *delictos* das *contravenções*, como se vê dos art. 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, não contém para ellas um 3.º liv., como o Cod. Hesp., Fr., mod. da Prussia, e outros, confundindo-as, n'este liv. 2.º, e por um modo escasso, incompleto e remissivo.

A epigrapha do Livro promette tratar sómente dos *crimes em especial*, e comtudo por similhante confusão não se conformou o seu contexto aos termos da promessa; tratando simultaneamente das *contravenções*, quando aliás era conveniente que distinctamente fossem arrumadas, segundo a sua maior gravidade e importancia penal, as diversas incriminações. E se não é defeito a confusão da materia; se havia difficuldades na sua separação; se não tinha grande extensão para constituir um 3.º liv., a epigrapha d'este 2.º liv. devia corresponder ao seu contexto, acrescentando-se á palavra = *crimes* = a palavra = *contravenções*. =

Assim se demonstra mais e mais a precipitação, falta de tempo e de revisão, com que o Governo e o Parlamento andaram na adopção de um Cod., que, estando incompleto pouco antes da sua promulgação, foi como que acabado á pressa, para que podesse ser comprehendido nas leis da Dictadura de 1852.

Passando á materia do tit. 1.º d'este liv., para bem precisarmos as nossas idéas, cumpre-nos examinar previamente quaes são os direitos do legislador sobre pontos religiosos, em relação á criminalidade civil ou politica.

A Carta Const. da Monarchia estabelecem no art. 6.º:

«A religião catholica, apostolica, romana, continuará a ser a religião do reino. Todas as outras religiões serão permitidas aos estrangeiros com seu culto domestico ou particular, em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de templo.»

No art. 145.º § 5.º

«Ninguém pôde ser perseguido por motivo de religião,

«uma vez que respeite a do Estado e não offenda a moral publica.»

Mostra-se d'estas disposições, que a Carta quiz conciliar as necessidades imperiosas da opinião dos portuguezes, que constitue a moral publica, fundada na sua religião, com os principios da liberdade de consciencia, um dos mais preciosos direitos da humanidade.

A Igreja existe no Estado, e não o Estado na Igreja.—Mas, ou seja considerada corpo mystico e sagrado, ou corpo politico e pedra angular em que assenta o edificio social, se a Carta quer que os direitos do legislador não sejam exercidos sobre a consciencia do cidadão, não admite ao mesmo tempo que alguém falte ao respeito devido á religião do Estado, nem preste um culto publico que lhe seja contrario, excepto aos individuos estrangeiros, em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de templo.

Evitar e reprimir pois o escandalo, a offensa, a injuria, feita á Igreja lusitana, que se compõe, como associação de fieis, de todos os cidadãos portuguezes, e por consequencia á Nação, é hoje o unico fim do legislador em um Cod. Pen.; e tudo o que for alem d'este objecto é um excesso, contrario aos principios e repugnante com a Carta.

Livre o cidadão na sua crença, é livre tambem de a manifestar por palavra ou por escripto, constante que na expressão da sua fé não offenda nem as leis do Estado, nem a moral, lei commun das sociedades civilizadas.

A Carta no cit. art. 145.º § 3.º expressamente consignou o direito da communicação do pensamento, por qualquer meio de publicação, sem distinguir pensamentos religiosos, politicos, moraes ou industriaes, e só com a restricção de responsabilidade pelos abusos que se commettessem.

«O legislador, como diz Filangieri, Sciencia da Leg. liv. 5.º, «cap. 1.º, deve ter a coragem de parecer supersticioso aos olhos dos impios, e de parecer impio aos olhos dos fanaticos.» Os impios e os fanaticos confundem-se na intolerancia.—Os impios não lhe perdoarão a promulgação de leis protectores da religião do Estado, os fanaticos tambem lhe não perdoarão que elle a não proteja e faça praticar, como elles a querem e entendem.

A religião christã, quando considerada na pureza do seu evangelho, da sua doutrina, não admite, não transige, de modo algum, nem com a heresia, nem com os erros contrários ao seu dogma, á sua moral: mas para com as pessoas é a mais tolerante de todas as religiões.

Todavia o legislador tem a considerar, que qualquer que seja o fundamento a que recorra, para a menor ou maior protecção ás tres liberdades, de consciencia, de communicação e de associação, assim como, especialmente a Igreja como corpo politico, nem sempre lhe é dado encontrar um principio philosophico, que na pratica seja tão absoluto, como na pureza da sua origem.

É obrigado quasi sempre a modificar as suas disposições, cedendo a uma força irresistivel, á *opinião publica*, que sobre elle pesa, como a atmosphera, por uma acção tão subtil, que mal a póde muitas vezes reconhecer.

Por isso cumpre attender á impressão que a manifestação de idéas ou de factos, contrários á religião, póde produzir no animo dos cidadãos, para assim conhecer até aonde póde ir a restricção da liberdade individual em materias religiosas.

O fim da sociedade, ultimo e supremo, é o da sua existencia e perfeição; e sem ordem e tranquillidade publica não póde alcançar-se esse fim.

Não basta que um facto seja moralmente licito, para que desde logo seja, em termos amplissimos, permitido pela lei positiva; assim como não basta que esse facto seja um crime, moral ou religioso, para que o legislador desde logo se decida a reprimi-lo, mais ou menos severamente: é essencialmente preciso que não resulte ou possa resultar do mesmo facto perturbação alguma na sociedade, na primeira hypothese; e na segunda, que o escandalo, o alarma seja infallivel, seja indubitavel.

Considerador pois a Igreja, em relação sómente politica, o legislador póde e deve punir aquelles cidadãos que a injuriarem, que lhe *faltarem ao respeito*, segundo a expressão da Carta.

A injuria, a offensa, resultante da falta de respeito á Igreja,

é um ataque dirigido a todos os cidadãos; e portanto a mais grave de todas as injurias, por ser feita á sociedade, e n'aquelle das suas instituições que ella mais preza, que constitue a parte mais essencial da sua existencia moral e social.

Os individuos não podem querer para si um direito que negam, que desconhecem nos mais cidadãos que também são livres na sua crença, e têm como elles direito a ser respeitados; e sem a tolerancia reciproca a paz é impossivel.

A tolerancia religiosa, que é um dever rigoroso da sociedade para com os individuos, é também um dever dos individuos para com a sociedade; e a tolerancia religiosa produz o dever do respeito reciproco.

Este respeito é muito maior quando se trata da religião do Estado. A offensa é gravissima em razão do maior numero de pessoas offendidas. Injuriar a religião é injuriar milhões de individuos.

Não póde abstrahir-se a religião da Igreja, e esta dos fieis que a constituem. O respeito pois a uma crença religiosa é um dever mais forte dos individuos para com a sociedade, do que da sociedade para com os individuos.

Demais, o homem é indesculpavel, se levado de uma fadiga presumptuosa tiver por indestructivel a sua convicção; porque é incapaz de conhecer a verdade; e de condemnar os erros alheios aquelle que não conhece a sua fallibilidade. Embora ceda aos impulsos da sua razão e da sua consciencia; deve contudo desconfiar de si mesmo, e attender a que não sendo o acerto um exclusivo de quemquer que seja, e podendo todos os homens ser dotados da mesma intelligencia e moralidade, não é provavel que só elle não seja cego entre os mais. Esta consideração aggrava a imputação, porque revela na infracção o orgulho ou a temeridade do delinquente.

Mas a par d'estas circumstancias aggravantes em razão do facto, do agente e da pessoa moral offendida, se apresentam ao espirito do legislador outras de prudencia e de politica, que embotam ou suspendem a espada da justiça penal.

«O fanatismo (diz um distincto escriptor) é para a superstição o que o delirio é para a febre, e o que a raiva é para a colera.»

«O primeiro fanático, dizia Henrique IV, que não temer a perder a vida, é senhor da minha.»

«O fanatismo, diz outro escriptor, apaga a luz da razão, chegando ao excesso de canonisar como virtudes as perseguições, os assassinios e as mortandades.»

Os entusiastas pois por motivos religiosos cuidam obedecer á voz do céu, julgam-se inspirados, são constrangidos por uma força irresistível, acham-se n'um estado muito próximo da demencia.

As correções, as perseguições, longe de os cohibirem, mais os irritam; e a história de todos os tempos tem mostrado que as penalidades e os castigos augmentam sempre em taes casos o numero dos proselytos.

Depois, é desconsiderar a religião, não só ter como insufficientes as suas censuras ou penalidades canonicas, mas os meios de persuasão e da instrução, com que, em todos os tempos, os ministros do evangelho têm sabido pregar a verdade e combater o erro.

Por todas estas considerações sómente deve o legislador incriminar os factos offensivos da religião do reino, quando absolutamente seja indispensavel, em razão do escandalo e da perturbação que esses factos podem produzir na ordem publica e politica; e sempre com a devida prudencia na escolha das penalidades, para que não degenerem na perseguição que a Carta reprová, nem se tornem appeteciveis dos entusiastas como martyrio meritorio e glorioso, e que assim, longe de evitar o crime, lhe augmentem a sua gravidade e propagação.

Resulta do que temos ponderado, que a materia da primeira parte d'este titulo *— Dos crimes contra a religião do Estado —* seria mais competentemente tratada debaixo da epigraphe do tit. 2.º, formando a primeira secção do cap. 3.º: *— Crimes contra a segurança interior do Estado. —*

Quanto á segunda parte da epigraphe do tit., tambem nos parece deslocada, como adiante diremos.

Não foi a gravidade do crime que fez collocar no Cod., em primeiro lugar, os crimes contra a religião, pois que as penalidades adoptadas não correspondem a essa collocação; mas sim por uma especie de respeito do legislador á mesma religião.

Imitou-se o liv. 3.º da Ord. do Reino, que começa no tit. 1.º pelos *— hereges e apostatas —* e continua no tit. 3.º pelos *— feitiçeiros —* etc., passando depois ao tit. 6.º a tratar do crime *— De lesa-majestade. —*

Assim o praticou tambem Mello Freire no seu Ensaio do Cod. Cr., como se vê dos art. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º, como tambem o A. do Cod. de 1837, tit. 7.º cap. un. O tit. inscreve-se *— dos maleficios contra a Dicidade! —* Como se as leis civis tivessem por objecto vingal-la!

O Cod. Hesp. seguiu o mesmo systema; assim como o Cod. das Duas Sicilias, da Sardenha e outros.

Mas outro foi o caminho que seguiu o Cod. da Austria, collocando os crimes turbativos da religião em oitavo lugar, como se vê dos art. 51.º e 107.º e seguintes, assim como o Cod. do Brazil, que passou a considerar as offensas da religião sómente como crimes *policiaes*, como se vê da part. 4.ª, art. 276.º e seguintes.

O da Baviera considerou estes maleficios sob o ponto de vista da *perturbação da paz publica do Estado*, e para elles reservou como crimes o art. 336.º, e como *delictos* o art. 424.º, ultimos dos titulos correspondentes a similhante epigraphe.

O Cod. da Prussia e todos os modernos da Alemanha seguiram o mesmo caminho, não dando a prioridade de collocação aos crimes religiosos, mas os consideraram debaixo do seu unico ponto de vista social, como crimes contra a ordem ou contra a moral publica.

Ha sem duvida uma grande incoherencia em se collocar como os primeiros, e portanto os mais importantes dos crimes, os que se commettem contra a religião do Estado, e desde logo, nas incriminações especiaes, fazer-se conhecer que a maxima penalidade, nos casos mais graves, se reduz a uma pena maior, do terceiro ou ultimo grau, *temporaria e sem aggravação*, sendo meramente *correctionaes* em todos os mais casos.

Quando estes crimes eram considerados tão graves, que até a Ord. retirava aos condemnados a morte a faculdade de dispor da terça parte dos bens para obras pias; quando eram punidos por um tribunal especial, como o da extincta Inqui-

sição, terrível pela sua severidade, pelo seu mysterio, pelo seu permanente perigo contra a segurança ou innocencia dos cidadãos; quando taes crimes eram punidos de morte, como por Justiniano na Novella 77.^a «*Præcipimus ultimis subdere supplicis*»; quando S. Luiz mandava furar ou a lingua ou o beijo superior dos blasphemos, obrigando o Papa Clemente IV a reprovar-lhe semelhante rigor; quando Luiz XIV ainda ia mais longe na devota crueldade, assim como entre nós D. Diniz, era logico contemplar, antes de todos, como o maior dos malefícios sociaes, a blasphemia, o sacrilegio, a profanação, a heresia, a apostasia, o sortilegio.

Mas eliminadas as maiores penalidades humanas da repressão de semelhantes crimes; como e ainda mais que dos crimes políticos, em que os religiosos podiam muito bem ser contados, a prioridade e distincção não pôde ter cabimento algum.

Tem-se dito; para attenuar esta consideração, que o Cod. foi benigno, em contemplação das penas canonicas a que a Igreja submete os criminosos; mas esta razão é um sophisma.

A Igreja pune com taes penas todos os peccados; e se a lei penal não deve incriminar senão os crimes moraes; se a Igreja submete ao tribunal da sua penitencia todos esses crimes como peccados; se mesmo os factos moralmente licitos, quando civilmente incriminados, se convertem em peccados, por se considerarem taes pela Igreja todos os de desobediencia ás leis da terra, quando directamente não atacam as do céu; o legislador devia no assassinato, no roubo e outros crimes graves ser menos severo em attenção á accumulção das penas canonicas pelo peccado.

O legislador não deve considerar a religião como instituição divina, mas de facto como instituição humana ou que existe entre os homens, como necessidade moral para sua conservação e perfeição.—A crença ou a fé não se impõe; é a consciencia, é uma força sobrehumana que a inspira e a retira.

Não são as leis humanas as que suppreem a deficiencia das leis divinas, mas estas as que suppreem a inefficacia d'aquellas. Aonde a religião impera, as leis penaes são letra morta, porque o crime não é possível.—É por esta consideração que as

leis humanas punem, não os crimes religiosos, mas contra a religião do Estado; não como repressão condigna d'esses factos, mas como *protecção, como defesa de uma instituição essencialmente preventiva dos crimes sociaes.*

Passando a considerar especialmente a materia do art. 1.^o do cap. 1.^o, vê-se que se adoptou aqui a expressão da Carta, com a qual devia estar em harmonia a epigraphie do presente cap.

A Carta desconhece os crimes *por motivo de religião*; não os desconhece porém por *falta de respeito á do Estado.*

Consistem portanto os crimes d'esta ordem na *falta de respeito*.—Esta irreverencia pôde ser simples ou qualificada, como se deprehende da doutrina d'este art. e dos seus n.^{os}

Quanto á penalidade, abstrahindo das especies contempladas nos numeros seguintes, parece-nos que sendo adequada a prisão, deveria encurtar-se a sua duração pela primeira vez, tornando-a moralisadora e preventiva, pelo isolamento e instrucção de alguns dias a mezes; aggravando-se de mezes a um anno, em caso de reincidencia; e a tres annos em caso de segundas reincidencias; e indefinidamente, até que cessasse a obstinação, em caso de quarta condemnação por crimes da mesma natureza.

Do pensamento que presidiu á redacção do art. 135.^o no § 2.^o se deveria, entendemos nós, fazer uma these geral para todas as penas contidas n'este tit.

Toda a pena de prisão deve ser abreviada, toda a culpa deve ser considerada extincta em taes crimes, quando o delinquenté mostre arrependimento sincero, abjure o seu erro e prometta emenda.

Se o crime teve por causa moral da parte do agente unicamente uma obcecação do espirito, removida essa causa, cessa o direito de punir, e sómente por cautela deve em casos duvidosos e mais graves passar á ultima phase da penalidade, como propozemos no Disc. prel. a pag. xxxi e xxxii.

Tanto os preceitos do evangelho, como os bem entendidos interesses do Estado e decoro da religião assim o exigem.

Quanto á multa, proporcionada ao tempo da prisão e como aggravção d'ella, é uma penalidade viciosa: 1.^o, porque é rigo-

rosamente um confisco; 2.º, porque não tem analogia com o delicto.¹

A multa só pôde ter logar e analogia: 1.º, quando as offensas à religião forem commettidas pelos jornaes da imprensa periodica; 2.º, quando ella for tenue.

No primeiro caso, a publicação, com abuso, do direito consignado no § 3.º do art. 145.º da Carta, pôde ser útil e preventivamente reprimido com a multa; porque na imprensa periodica, differindo esta da simples publicação, porque envolve necessariamente uma *especulação*, umas vezes *política* e outras vezes *commercial*; tendo uma parte *material*, que é paga e que se distingue da *moral*; sendo aquella parte *material*, dedicada à *industria*, ao *commercio* e aos *annuncios* de interesse particular; e não podendo os empregarios continuar o seu intento, se os proventos pecuniarios, resultantes já das assignaturas do jornal, já da sua receita eventual, alimento da publicação, forem absorvidos em grande parte pelas condemnações pecuniarias; esta penalidade é de sua natureza repressiva, porque obriga só de per si os redactores, collaboradores ou empregarios a ser mais comedidos, para que as contravenções e reincidencias os não arruinem.

Os lucros que se colhem de uma industria que toma por alvo os insultos e irreverencias, sem poupar aquillo que a sociedade mais venera, são illicitos, são mal adquiridos.—A multa então, alem de analogia ao delicto, embora seja essencialmente um confisco, não tem cousa alguma que a torne odiosa, como uma offensa do legitimo direito de propriedade.

No segundo caso, porque a exiguidade da multa não é, como já notámos, mais que uma admoestação ou reprehensão, assim formulada; que não tem nenhum dos effeitos, nem inconvenientes resultantes do confisco.

O Cod. Hesp. não empregou a multa, em todos os casos de offensa à religião, contemplados nos art. 128.º, 129.º, 130.º, 131.º, 132.º, 134.º, 135.º e 136.º, e sómente a impoz nos casos do art. 133.º

¹ Veja-se o Comment. ao art. 30.º n.º 4.º, ao art. 41.º e ao art. 101.º

O Cod. do Brazil, art. 296.º e seguintes, emprega sempre a multa como accessoria à pena de prisão.

O Cod. Fr., art. 260.º, 261.º e 262.º, emprega a prisão como accessoria da multa.

O Cod. da Austria, no art. 107.º e seguintes, rejeita sempre em taes crimes a imposição das multas, empregando unicamente a prisão dura por mais ou menos tempo, segundo a qualidade do delicto.

O mesmo systema seguiu o Cod. das Duas Sicilias, nos art. 92.º e seguintes até ao fim do tit. 1.º do liv. 2.º

O Cod. da Sardenha tambem se absteve de empregar as multas em todos os crimes d'esta natureza, contemplados nos art. 139.º até 168.º, excepto na hypothese do art. 169.º, analogia a do art. 134.º d'este tit., mas sómente como unica e para substituir a pena de prisão, quando esta não devesse ter logar, segundo as circumstancias.

Mello Freire, no seu Ensaio do Cod. Cr., tit. 5.º e 6.º, emprega não a multa, mas o confisco de todos ou de metade ou terço dos bens, segundo as circumstancias; mas tambem casos podem dar-se, segundo o Cod., em que, não chegando os bens do condemnado para o pagamento da multa, tenha elle de exceder o maximo da prisão, em tantos dias quantos corresponderem á importancia da mesma multa, nos termos do art. 101.º § 4.º e do art. 41.º

N'esses casos a multa é mais cruel que o confisco, reprovado pela Carta e adoptado por Mello Freire.

O Cod. de 1837, nos artigos 96.º até 107.º, absteve-se, como os da Austria, Duas Sicilias e Sardenha, de impor n'estes crimes as penas pecuniarias, quer com o nome de confisco, quer com o de multa.

Veja-se Rossi, Tr. de Dir. Pen. liv. 3.º, cap. 12.º

Finalmente, os Cod. mod. da Allemanha, extr. em Chauveau e Hel., são todos concordes em não admittir a multa. O mesmo se verifica nos mod. da Baviera, art. 336.º e 424.º, tanto nos casos crimes, como nos delictos, e da Prussia, como se vê do §§ 135.º, 136.º e 137.º

Portanto, nem os bons principios, nem os melhores exemplos auctorisam como regra geral as penas pecuniarias em cri-

mes de similhante natureza. Seria melhor que se tivesse conservado a prisão mais curta na duração, mas mais intensa nas privações e soffrimentos, dando-se-lhe um character penitenciario, que melhor quadrava a crimes que, considerados em si mesmos, sómente por excepção, como fica dito, podem ter alguma analogia com as condemnações pecuniarias.

1.º Injuriando a mesma Religião publicamente em qualquer dogma, acto ou objecto de seu culto, por factos ou palavras, ou por escripto publicado ou por qualquer outro meio de publicação.

O que o legislador contempla ou deve contemplar, como temos notado, não é o *crime religioso*, mas o escandalo e perturbação social que resulta da offensa, da injuria. A *publicidade* é portanto, com justa razão, elemento essencial da incriminação.

Não basta pois a *injuria* feita com relação a qualquer dogma, acto ou objecto do culto; é necessario que a *injuria* seja *publica*.

Mas quaes são aos olhos da lei os factos ou circumstancias que possam dar existencia a este elemento constitutivo do crime?

A *publicidade* resulta da circumstancia do lugar, como é uma praça, um theatro, uma rua, uma igreja? N'esses logares podem ser feitas ou ditas injurias contra a religião, com recato e em segredo, a um ou mais individuos, por tal forma que os actos ou as palavras se não tornem do dominio do publico, excepto pela divulgação dos que viram ou ouviram. Mas n'este caso a existencia do crime no seu elemento essencial vem immediatamente da divulgação em que o delinquente não tomou parte.

Resultará pois antes a publicidade, não do lugar, mas do concurso de muitas pessoas que viram ou ouviram em qualquer parte, mesmo em casa particular?

Ainda assim não basta a circumstancia do maior concurso, para se tornar publico o que se disse ou se fez. A propalação dos concorrentes é que produz tambem n'este caso a publicidade; que assim é facto d'elles e não do delinquente.

Sendo a publicidade ou a publicação o característico essencial, como elemento constitutivo da incriminação, cumpria pois que o Cod. precisasse as circumstancias, dadas as quaes o facto se torna punivel.

Quanto a nós, temos no silencio da lei, que não distinguindo ella a *publicidade* em razão do lugar, da *publicidade* em razão das *pessoas presencias*, não basta uma ou outra, e que ambas se devem cumulativamente dar para se qualificar a manifestação ou perpetração como *pública*.

A Lei de 3 de Agosto de 1830 não dava tanto logar a esta dvida, porque não incriminava as injurias verbaes, senão quando as palavras eram proferidas não só *publicamente*, mas em *voz alta*.

O Cod. do Brazil tambem é explicito a similhante respeito no art. 277.º, fallando de *discursos proferidos em publicas reuniões*, ou na *ocasião e lugar em que o culto se prestar*; e no art. 278.º, de *discursos proferidos em publicas reuniões*.

Resulta d'estas observações, que o que constitue a *publicidade* do crime commettido pelas *palavras*, é: 1.º, que estas sejam ditas em *voz alta*, como está para o mesmo fim no art. 1.º 144.º da Ref. Jud., isto é, proferidas por tal modo que possam ser ouvidas em reunião de muitos; 2.º, que sejam proferidas em *reunião pública*, embora o lugar não seja publico; 3.º, que de *facto* as *palavras* tenham sido ouvidas, pois que sem esta circumstancia o crime não passa de frustrado.

Podem as *palavras* ser proferidas em *voz alta* com todos os caracteres de *publicidade*, e com intenção de offender e injuriar, mas por confundidas com outras vozes, bulha ou alarido, ou pelo estrepito harmonico de uma orchestra e canto religioso, não ser presentidas ou percebidas, e n'esse caso a *publicidade de intenção* ficou mallograda nos seus *effeitos*, e como a falta d'estes não chegou a dar-se de facto o escandalo que a lei reprime.

Quanto ao objecto do crime cumpre notar: 1.º, que *dogma* em geral é qualquer *maxima* de religião, de philosophia ou de direito; mas especialmente é consagrada esta palavra a designar um *ponto de fé*.

N'este 2.º porém, *dogma* deve entender-se não só dos mys-

terios da religião, mas tambem dos seus mandamentos ou da moral evangelica; por isso que a palavra *cullo* é empregada sem se distinguir o *interno* do *externo*.

2.º, que as *palavras* = *acto* ou *objecto* = são empregadas para abranger não só todas as funcções religiosas, mas *imagens*, *vasos* e *alfaias* consagradas ao culto externo ou á veneração dos fideis.

A nação portugueza detesta o atheismo, e da existencia de um Deus nasce a necessidade de um culto.

Não se pôde ter conhecimento da existencia de Deus sem o servir e adorar. E n'isso que consiste o *culto*.

Um é interno e outro externo.

O interno consiste, segundo o evangelho, em adorar a Deus pela fé, pela esperanza e pela caridade.

Este culto, em quanto se passa no fundo da alma e no fóro interno, não é sujeito á competencia legislativa dos homens.

Mas logo que se traduz e representa em factos ou em *palavras exteriores*, é do dominio das leis ecclesiasticas, quanto á administração da doutrina, sem excluir o poder dos legisladores civis, não só pela protecção que o Estado deve á Igreja, mas pela conveniencia e necessidade politica, visto que a Igreja existe no Estado e tambem para o Estado, como temos demonstrado.

Quanto ao *modo* por que se pôde commetter o crime, cumpre notar que a expressão = *factos* = é muito vaga. Que qualidade de *factos* poderão ser qualificados *injuria*?

Entendemos que são todos aquelles que manifestamente se praticarem com intenção de desacatar a religião do Estado.

O desacato porém pôde dar-se tanto na acção contraria ao acatamento devido, como na omissão voluntaria da acção conforme ao mesmo acatamento.

O desacato *positivo* ou de *acção* não é só injuria, é um *ultraje* mais ou menos aggravante, segundo as circumstancias.

Quanto ao desacato *negativo* ou de *omissão*, é sempre muito menos reprehensivel; porque uma distracção, um esquecimento, um movimento involuntario pôde produzir muitas vezes a falta das demonstrações exteriores de respeito, sem grande ou nenhuma culpabilidade.

Na ordem dos *factos* de desacato positivo, se comprehendem também os *gestos*?

O Cod. Fr. no art. 223.º e 224.º enumerou-os em relação aos magistrados e officiaes da ordem administrativa ou judiciaria; e em relação aos objectos de culto no art. 262.º

O nosso Cod., em relação aos ditos magistrados, comprehendeu expressamente os *gestos*, como se vê do art. 181.º § 2.º; o *gesto*, que consiste no meneio, trejeito ou movimento do corpo, é em sentido lato um *facto*; e seria revoltante que os *gestos* fossem imputaveis, quando dirigidos contra as auctoridades publicas, e deixassem de o ser quando dirigidos contra os objectos do culto à Divindade, com manifesta intenção e publico escandalo.

As palavras—*qualquer meio de publicação*—comprehendem certamente na sua generalidade a manifestação do pensamento por meio dos *gestos*.

Contudo o Cod., para tirar duvidas, devia ser aqui mais explicito, e tanto mais que a Lei de 3 de Agosto de 1850 se havia absteido de incriminar os *gestos*, como se vê do art. 3.º e seguintes d'ella.

Na lei franceza, 21 *brumaire*, do anno 5.º, se distinguem os *gestos* das *vias de facto*, punindo os insultos pelo inferior ao superior militar, feitos pelo primeiro modo, com cinco annos de ferros, e pelo segundo modo, com a pena de morte. Tanta é a distancia que vae do *gesto* ao *facto* propriamente dito.

A distancia ainda é immensa, quando considerado o *gesto* no mesmo grau que o discurso ou a *palavra*. Por isso com justa razão *Rogron*, ao citado art. 223.º diz: que as injurias pelas palavras têm de ordinario um sentido ou significação mais precisa e melhor determinada, que as que são feitas por meio de *gestos*; devendo consequentemente estes ser punidos com menos severidade, pois que constituem um delicto menos grave.

Note-se porém, que o mesmo Cod. no citado art. 181.º § 1.º e 2.º assim o reconhece, punindo com pena muito menor a injuria por *gestos*, que a injuria por palavras.

Mas aqui confundiu o Cod. na mesma incriminação todos os meios de publicação ou manifestação do pensamento ou fa-

ctos injuriosos; e não só isso, confundiu a publicação por meio da imprensa, que ou devia omitir, por isso que os abusos d'ella só se devem e podem regular convenientemente por uma lei especial, ou a devia considerar especialmente, tanto em razão da qualidade e natureza da pena, quanto á imprensa periodica, como porque esse meio de publicação, pela sua extensão e gravidade, faz nascer não uma circumstancia aggravante, mas um elemento constitutivo de criminalidade, como é para o caso do homicidio o veneno, a premeditação e outros.

A par d'estas considerações especiaes se juntam outras, que em razão da utilidade publica e como salvaguarda das liberdades politicas, fazem desculpar os excessos e até certo ponto os abusos mesmo da imprensa periodica.

O Cod. desconheceu estes principios, que eram os seguidos em França e adoptados entre nós, em conformidade com o art. 145.º § 3.º da Carta.

A citada Lei de 3 de Agosto de 1850 fazia uma bem explicita differença entre os meios de publicação *por palavra*, e os meios de publicação *por escripto* ou impresso.

No primeiro caso, a pena de prisão era, art. 3.º § 13.º, de seis mezes a três annos, e a multa de 100\$ a 1:000\$ réis.

N'este nosso art. abaixa-se o minimo da prisão, mas conserva-se o maximo, alargando-se assim mais o arbitrio do Juiz; e quanto á multa, sendo a correspondente, abaixa-se também o minimo, mas alarga-se o arbitrio e amplia-se a quantia, conforme ao rendimento diario, podendo ir no minimo de 9\$000 a 180\$000 réis, e no maximo de 108\$000 a 2:160\$000 réis!

No segundo caso, a pena de prisão era de tres a dezoito mezes, e a multa de 50\$000 a 500\$000 réis.

N'este nosso art. conserva-se o minimo d'esta lei, mas dobra-se o maximo, tornando-se ainda mais extenso que na hypothese precedente o arbitrio do Juiz; e quanto á multa, sendo a correspondente, abaixa-se o minimo, mas alarga-se muito mais o arbitrio que na mesma hypothese, por isso que a maior quantia pôde ir, em razão do rendimento, a mais que o dobro, e no maximo a mais que o quadruplo!

São pois mais severas as disposições penaes do Cod., que as da Lei de 3 de Agosto de 1850, que o Decreto de 22 de Maio

de 1851, considerando ser — «uma flagrantíssima violação do § 3.º do art. 145.º da Carta Constitucional, porque além de diffundir por meio de excessivos depositos a livre manifestação do pensamento, ainda *sofisma esse resto de liberdade pelo atemor de novas penas e pela classificação dos delictos*» — revogou restabelecendo a legislação anterior.

Em presença do que, ou ha de concluir-se que o Decreto de 22 de Maio fez no seu relatório uma censura imerecida à Lei de 3 de Agosto; ou que o Cod., excedendo-a em severidade, quanto ás penas, é digno de muito maior condemnação, relativamente à livre manifestação do pensamento, principalmente por meio da imprensa.

E muito mais por equiparar na classificação delictos diversos em gravidade, o que não tinha feito a lei de 3 de Agosto, distinguindo para a imposição da pena a *palavra*, do *escripto*, o que o Cod. confundiu, com quanto *incoherentemente* no art. 420.º fizesse a distincção relativamente aos delictos offensivos da moral publica, que tanto a Carta no art. 145.º § 3.º, como a Lei de 3 de Agosto de 1850, art. 5.º e 6.º, collocou a par da moral religiosa; e mesmo se confundem, porque a moral da nação tem por base e por norma a da sua religião!

Isto mais se aggrava se compararmos este artigo com a Lei de 22 de Dezembro de 1834, porque assim em relação à publicação por meio da imprensa ficou revogada a penalidade em tres graus: 1.º, multa de 40\$000 a 300\$000 réis, e prisão, de quinze dias a tres mezes; 2.º, multa de 400\$000 a 300\$000 réis, e prisão de quatro a seis mezes; 3.º, multa de 600\$000 a 800\$000 réis, e prisão de sete mezes a um anno, nos termos do art. 14.º da mesma Lei.

Além d'isso, temos mais a notar que as palavras — *escripto publicado ou por qualquer outro meio de publicação* — são muito vagas. O Cod. devia enumerar descriptivamente esses meios, embora lhe escapasse algum na descripção. Esse inconveniente era preferível ao do arbitrio, para se comprehender ou não algum meio que deva ou não ser considerado.

A Lei de 3 de Agosto de 1850 era mais explicita. Usou da expressão, por escripto ou por impresso, vendidos ou distri-

buídos ou expostos à venda, ou affixados ou expostos em *lo-gares ou reuniões publicas*; e bem assim por *desenho, pintura, gravura, medalha, estampa ou emblema; do mesmo modo publicados*.

Esta clareza e precisão era digna de ser imitada.

Todavia, esta mesma Lei pôde supprir o defeito do Cod., considerando-se como *doutrinal* acerca da intelligencia das palavras supranotadas.

O Cod. do Brazil tambem foi explicito quanto a estes meios de publicação, fallando nos art. 277.º e 278.º de *papeis impressos, lithographados ou gravados, que se distribuem por mais de quinze pessoas*.

E note-se: 1.º, que o presente art. não tomou sómente por objecto da sua incriminação a publicação dos escriptos, quando à mesma publicação precedesse o *acto preparatorio* da reprodução dos mesmos escriptos, por meio da imprensa, lithographia ou gravura; 2.º, que nos termos genericos d'esta disposição se comprehendem os blasphemos contra Deus, a que D. Dimiz mandava, não, como S. Luiz e Luiz XIV, *furar mas arrancar a lingua*; e que a Ord. de liv. 5.º tit. 2.º punia com degredo por um anno, além de outros accessorios com distincção entre nobres e plebeus.

A *blasphemia* qualificada como característico da *impiedade* é sobremaneira anti-social, e demonstra um grau de perversão de faculdades moraes ou de *enfermidade* para que as penas correccionaes, taes como são admittidas no Cod., são inadequadas.

A penalidade deve n'estes maleficios ser curta em duração, mas intensa como penitenciaria e remissivel, como temos ponderado.

Por ultimo, não deixaremos de notar: 1.º, que as palavras que qualificam a incriminação d'este n.º 1.º são incorrectas, em presença dos principios que temos estabelecido.

A *injuria* não é feita à *religião*, mas à *sociedade*, que corrige os culpados em razão da offensa que lhe dirigem com relação a um dos elementos constitutivos da sua existencia social.

O principio monarchico é outro elemento constitutivo da

nossa sociedade; e por isso ha toda a analogia entre as injurias feitas ao Rei ou Familia Real, e as que são feitas á religião.

É sempre a sociedade offendida, e comtudo aqui a injuria é punida com penas correccionaes, em quanto que ali, art. 168.º, mesmo sem publicidade, o é com degraço temporario!

A incriminação d'este n.º 1.º sómente se mostra equiparada *em tudo e por tudo* quando se dirige contra um soberano estrangeiro, como se vê do art. 160.º; portanto vale tanto, segundo o Cod. Pen., com as mesmas circumstancias, uma injuria contra a religião do Estado, como outra contra o grão sultão ou imperador de Marrocos!

São tambem quasi niveladas a estas as injurias feitas ás camaras legislativas, aos tribunaes ou a seus membros em acto de sessão, como se acha no § 1.º do art. 184.º; e n'isso ha coherencia até certo ponto, porque a offensa se dirige á sociedade em relação aos poderes politicos que a constituem, com a differença porém, que a igualdade apparente desaparece logo, porque a pena se não agrava como no art. 160.º

2.º, que tratando-se de injurias sobre dogma, não póde proceder-se criminalmente nos termos do Cod., sem que preceda como prejudicial a prevenção do conhecimento e decisão do facto pela auctoridade ecclesiastica, para imposição das penas canonicas.

Assim foi regulado pela Port. de 11 de Março de 1853, ordenando-se ao Ministerio Publico se abstivesse de proceder ou de proseguir no feito, sem essa previa decisão no juizo ecclesiastico.

Mas essa Portaria será sempre cumprida pelo Ministerio Publico? Sê-lo-ha pelos juizes? Estarão por ella os réus contra quem se der querela ou forem indiciados?

Portarias não fazem direito, nem o derogam, nem portanto podia a de que se trata suspender a acção do Ministerio Publico, alterar os prazos marcados nas leis de processo para a instauração e seguimento dos procedimentos criminaes ou correccionaes civis, nem dispensar os juizes de deferir ás partes interessadas, em conformidade com as mesmas leis.

Alem de que, instaurado o processo ou continuados os termos d'elle depois da decisão ecclesiastica, póde o juiz civil ser dispensado de conhecer novamente do facto, em relação á imposição das penas do Cod., assim como conhece o juiz ecclesiastico em relação ás penas canonicas?

Então que prestimo, que utilidade póde ter sobreestimar-se no andamento regular e legal dos termos do processo criminal ou correccional civil?

Qual será o juiz do direito ou jury, que se deixe prevenir pelo julgado ecclesiastico, postergando os dictames da sua consciencia, livre e independente na apreciação das provas, cujo exame lhe é *exclusivamente commettido*?

Acrescem a estas observações, que é muito mau modo de conciliar o respeito devido á religião do Estado attrahir sobre a Igreja toda a responsabilidade e odioso de processos instaurados ou continuados no fóro externo civil por crimes ou delictos semelhantes.

Para evitar esse odioso, ou a Igreja se ha de abster das penas canonicas ou ha de perdoar e absolver *in limine* os culpados. Os povos, que mal poderão distinguir o crime do peccado, facilmente sentirão que é injustiça duplicar penas e processos pelo mesmo facto, e que para tanto se exija a cooperação da Igreja.

E que diremos nós da possibilidade de dois julgados diversos e contradictorios? Como a verdade não póde estar em dois logares diversos e contrarios ao mesmo tempo, a existencia d'esses julgados ha de reverter necessariamente em descredito, ou dos tribunaes ecclesiasticos ou dos tribunaes seculares, senão de uns e outros.

ARTIGO 130.^o

2.^o Tentando pelos mesmos meios propagar doutrinas contrarias aos dogmas catholicos definidos pela Igreja.

O mod. Cod. da Baviera guardou silencio sobre o facto da *propagação*, como convinha á existencia de diversos cultos; e na Inglaterra, aonde predomina o protestantismo e um odio nacional contra o papismo, nem o catholicismo tem podido ser abolido, nem se tem podido evitar a reacção catholica queahi se vee notando por um modo extraordinario.

O legislador portanto não deve tolher a *propagação* religiosa, em quanto á communicação do pensamento; mas sómente o *abuso*, e este, *sem perturbação da ordem ou paz publica*, não pôde ser nem justa, nem conveniente e politicamente incriminado.¹

O crime é aqui a *propagação*; é esse o resultado que o legislador quer prevenir e impedir, e para esse effeito não só torna punivel a *tentativa*, com quanto não corresponda ao crime alguma das penas maiores (excepto no caso do delinquente

¹ Depois da declaração e constituição do schisma russo, haviam permanecido numerosos sectarios do catholicismo latino, que eram christãos que, accitando o symbolo e a fé catholica, adoptavam comtudo as fórmas externas da Igreja grega.

A existencia d'esses catholicos unidos, levo natural entre os dois symbolos, era um meio poderoso de acção sobre o mesmo schisma. Mas o imperador Nicolau, querendo evitar essa influencia, que podia subtrahir um grande numero de seus subditos á sua auctoridade religiosa, obrigou os gregos unidos á conversão ao schisma russo.

Ao mesmo passo, são tolerados no imperio os catholicos romanos, sob a direcção de um arcebispo que reside em Mibilet, e particularmente na Polonia, sob a direcção de outro arcebispo que reside em Varsovia.

Um consistorio de Petersburgo dirige o culto lutherano. Outros consistorios de judaismo são formados pelos seus rabbins.

Os musulmanes russos são collocados sob um chefe da seita d'Ali; os da Crimeia tem por directores os seus *muphtis*.

ser estrangeiro, § 1.^o), contra a regra do art. 8.^o, mas também a qualifica como o crime consummado, hypothese prevista no art. 9.^o.

Consequentemente, pela disposição do mesmo art. 9.^o, se no curso dos actos de propagação o delinquente suspender voluntariamente as suas diligencias, não pôde com fundamento justificar-se do crime.

Não nos parece justa esta determinação. Se o delinquente se arrepende, se abjura o seu erro, se a Igreja perdoa, a religião triumpho e a lei penal deve emmudecer, pela mesma razão que então emmudece e até suspende a execução, quanto aos casos de apostasia, de que trata o art. 133.^o § 2.^o.

Mas se o erro, se o delirio do delinquente nenhuma perturbação, nenhum resultado sensivel produzir, a pena deve necessariamente attenuar-se, porque se quebra em grande parte a força do fundamento de punir, segundo a doutrina do n.^o 11.^o do art. 20.^o do Cod.

N'estes casos, pela disposição do art. 83.^o, deverá sempre ter logar a redução das penas, podendo descer a prisão e multa até ao minimo de tres dias.

O Cod. da Austria, nos art. 108.^o e 109.^o, considerou sempre para a incriminação, como elemento constitutivo d'ella, a *perturbação* causada; e n'esta distinguio dois graus, sendo o primeiro, quando á *perturbação* se juniasse o *escandalo publico*, se *seguisse tumulto ou motim ou algum perigo commum*; e o segundo, se na *perturbação* não existiu nenhuma d'estas circumstancias.

A pena no primeiro grau é, segundo este art., de prisão dura de um a cinco annos; no segundo grau, de seis mezes a um anno.

Esta doutrina parece-nos excellente, e portanto preferivel á do nosso Cod.

Assim não foi o respeito devido á religião do Estado, mas uma razão politica a que fez perseguir por Nicolau os gregos unidos, obrigando-os a ser hereges ou hypocritas.

Não tendo nós nem sombras de semelhante razão, e tendo pelo contrario todo o interesse politico e religioso na maior propagação da fé catholica, como podemos prohibir com justiça que outras religiões pretendam propagar os seus dogmas?

Pode haver fanatismo, convicção, mas não criminalidade, por não haver outra intenção mais que a de destruir o que o delinquente pensa ser um erro, nem a de causar a menor perturbação á religião, como por de facto nenhuma se lhe ter causado, e muito menos indirectamente á paz e tranquillidade social.

O Cod. de Hesse falla sómente de propagação de opiniões religiosas ou de doutrinas que *justifiquem a violação das leis ou deveres civicos*, deixando de incriminar as outras.

O Cod. Hesp., art. 130.º n.º 3.º, faz recair a incriminação, quando se *persistir na propagação de doutrinas menos orthodoxas, depois de haverem estas sido condemnadas pela autoridade ecclesiastica*.

O nosso mestre Mello Freire, Ensaio do Cod. Crim., estebeleceu no tit. 5.º § 1.º como regra que:

«Não é crime a heresia mental e interna, nem merece castigo algum aquelle que não conhece o seu erro ou que facilmente se retrata e emenda, sendo corrigido.»

E no § 2.º:

«O que tem e segue uma opinião contraria á verdadeira crença não deve ser castigado como herege no fóro externo, se a não ensina, espalha, communica por palavra ou por escripto, ou se a não sustenta e defende com pertinacia, calor e animosidade.»

Nas Provas ao mesmo cap. diz entre outras consas o seguinte:

«Os homens não foram postos para castigar e vingar as offensas feitas a Deus, nem o seu castigo, por maior que seja, pôde ter proporção com uma offensa infinita. Só elle conhece a sua enormidade e só elle pôde dignamente punir os transgressores da sua santa lei.

«Ninguém duvida que os principes devem zelar a honra do Senhor, e manter e conservar em seus reinos as verdades da religião, e por esta causa se dizem seus protectores; mas n'esta qualidade elles devem sempre ter diante dos olhos a mansidão e instituição divina do poder e governo da Igreja, a qual só pelo meio da propagação e da doutrina, pela penitencia e outras penas espirituacs procura a conservação, emenda e castigo dos hereges e peccadores.

«O conhecimento da verdadeira religião é um dom de Deus, que elle dá como quer, allumiando o entendimento do homem, e dobrando a sua vontade e coração, ou endurecendo-o e deixando-o ficar na sua cegueira: *Cujus enim vult Deus miseretur, et quem vult indurat* (Apost. ad Rom. cap. 9.º v. 18.º).»

E conformou-se o Cod. plenamente com tão boas doutrinas e exemplos? Parece-nos que d'ellas ficou em bastante distancia.

É notavel a este respeito a disposição do Cod. do Brazil, art. 278.º, não incriminando a propagação das doutrinas contrarias aos dogmas em geral da religião, mas sómente aquellas que *directamente destruam as verdades fundamentais da existencia de Deus e da immortalidade da alma.*

E contudo, a religião catholica é a religião do imperio, como entre nós é a do reino. Assim o declara o art. 5.º da Const. do Brazil, como pelas mesmas palavras o art. 6.º da Carta Const. Port.

E em verdade, se o delinquente não zomba, escarnece ou mette a ridiculo a religião do Estado, se a não perturba em acto algum do seu culto, se assim lhe não falta ao respeito, que é o que tanto a dita Const., como a Carta prohibem, só deve ser punido aquelle que é indigno de viver em sociedade, pois que destroe pelos seus alicerces todo o edificio da moral e da virtude.

O atheu que espiritualisa a materia e materialisa o espirito é o maior inimigo da humanidade, é capaz de todos os crimes. Propagar o atheismo ou o materialismo, irraos gêmeos, é provocar a perpetração de todos os maleficios.

As leis penaes seriam um remedio inefficaz contra os delictos, se não fossem prevenidos pela crença em um Deus e em outra vida, que suppre a deficiencia das leis humanas.

São taes delinquentes os que, como perturbadores da ordem que governa e mantem a sociedade em paz, e como inimigos d'essa mesma sociedade, devem ser punidos com aquella maior e mais exemplar severidade, que recommenda o grão-duque da Toscana no seu Cod. (publicado em Pisa em 1786), art. 60.º

A distancia do herege ou do schismatico ao impio é im-

mensa. É portanto mal qualificado na mesma linha de criminalidade aquelle que *propaga a incredulidade*, e aquelle que *propaga* doutrinas contrarias ou diversas das que a Igreja ensina.

O Cod. de 1837 havia seguido um pensamento analogo ao do Cod. do Brazil, como se vê do art. 96.^o, incriminando o facto d'aquelles que *intentassem persuadir por escriptos ou discursos publicos a não existencia de Deus, ou que Deus nenhuma parte tem nas acções moraes dos homens*.

São notaveis tambem a este respeito as disposições que se encontram nos projectos criminaes de *Scipião Bezon*. No Cod. dos Delictos para o reino da Baviera, art. 423.^o, estabelece em termos geraes a prohibição da *propaganda*; mas depois, no art. 424.^o, dispõe que se os novos dogmas não offenderem o respeito para com a Divindade, a obediencia ás leis, a fidelidade ao Estado, não forem capazes de fascinar nem de induzir outros em erro, ou se o delinquente for um imbecil ou um ignorante, a lei não toma a respeito d'elle senão medidas de mera prevenção.

Entrega-o á vigilancia da policia, e encarrega de esclarecer o seu entendimento os ministros da religião.

No Cod. dos Crimes, art. 140.^o, pune severamente aquelle que se erigir em chefe de nova seita religiosa, em circumstancias affirmativas ou contrarias ás explicadas no cit. art. 423.^o do Cod. dos Delictos.

Estas doutrinas parecem-nos eminentemente philosophicas, sociaes e até conformes ao espirito do evangelho.

Um dos primeiros deveres dos apostolos é a propagação da fé; d'elle se deriva o dever de instruir e pregar. — *Euntes docete omnes gentes*, disse Christo. — A Igreja pertence combater o erro, e illustrar o mundo. Assim o têm feito os portu-guezes levando a religião da Cruz a remotas regiões.

A lei penal deve contentar-se com proteger a religião do Estado nos casos de escandalo, perturbação ou irreverencia manifesta.

O credito da mesma religião assim o exige.

O mesmo *Scipião Bezon*, no Cod. de Policia Administrativa, art. 380.^o, escreveu o seguinte:

«La religion est la protectrice des passions bienveillantes; elle fortifie les motifs des bonnes actions; elle excite à la vertu, et contribue, sous quantité de rapports, au bonheur des hommes, à la prospérité et à l'affermissement des Etats.»

«Mais, c'est par la morale seule et par la pureté de ses principes, qu'elle doit exercer son pouvoir; et la persécution, comme l'intolérance, sont entièrement opposées au bien qu'elle peut produire dans la société.»

De resto, se segundo os principios que estabelecemos ao art., o legislador deve abstrahir da verdade e divindade da religião catholica; se Jesus Christo disse, que as portas do inferno não prevaleceriam jamais contra a sua Igreja; se effectivamente a santidade e pureza da sua moral, tão conforme ás necessidades sociaes, não pode ser disputada por nenhuma outra religião do mundo; se a nação portugueza, pelo seu ponto de contacto de suas colonias na Asia e na Africa, tem e pôde ter a facilidade de propagar o catholicismo n'essas remotas regiões, que mais ou menos confusamente sentem e reconhecem a existencia de um Ser supremo a que devem culto; se a justiça natural, absoluta, abstracta não pôde admittir senão a liberdade de consciencia em materias de religião; se a dignidade da religião catholica exclue tanto a intolerancia e perseguição, de que foram victimas milhões de crentes em outras eras, como a pretensão de uma especie de exclusivismo ou de monopolio; e muito mau modo de proteger a religião do Estado a prohibição de *propagação* de idéas ou doutrinas contrarias, considerado esse facto em si mesmo.

Nos paizes em que ha tolerancia de cultos, a prohibição da propagação seria absurda, porque ella seria contraria á unidade de uma religião no Estado.

Todos os homens conhecem que a verdade é uma só. O triumpho portanto ha de vir por outros meios á religião verdadeira. A persuasão, os bons exemplos e poder sobrenatural farão o que não podem conseguir as leis repressivas dos homens, como não conseguiram os supplicios e perseguições da idade media.

ARTIGO 130.º

3.º Tentando por qualquer meio fazer proselytos ou conversões para religião differente ou seita reprovada pela Igreja.

Aqui temos pois a tentativa, como no n.º antecedente, equiparada ao crime consummado. O crime consiste no attentado, sem que o legislador se faça cargo *especialmente* dos resultados d'elle.

Ainda que portanto o delinquente desista ou se arrependa do seu proposito, não será relevado, e só attenuada e reduzida a pena se não fez proselytos, recorrendo-se para tanto ao art. 20.º n.º 11.º, e aos art. 82.º e 83.º

O Cod. da Austria contém uma disposição similhante nas palavras:

«Celui qui ose séduire un chrétien pour lui faire apostasier le christianisme.»

Mas em primeiro lugar é preciso que haja tal ou qual *perturbação (trouble)* resultante da *sedução*; em segundo lugar d'estas palavras se colhe que é necessario que o facto se manifeste por seus effectos, a *apostasia*, da parte do christão seduzido.

O Cod. não prohibe, nem podia prohibir sem offender a religião do Estado, que a Igreja procure recrutar para a milicia de Christo os judeus, os protestantes, os mahometanos ou quaesquer outros sectarios de seitas religiosas.

Ainda ha poucos annos presencéamos a conversão de dois israelitas, a quem o em.^{mo} patriarcha de Lisboa ministrou pessoalmente, com grande solemnidade e edificação, os sacramentos do baptismo e do crisma, acompanhando esses actos da mais fervorosa e instructiva *catechese*.

Se pois é esta a missão da religião do Estado, parece-nos que o legislador devia guardar silencio sobre esta incrimina-

ção, quando das tentativas de proselytismo para outra religião não resultasse perturbação, nem escandalo publico, como expozemos ao § antecedente a respeito da *propagação*.¹

Acresce que n'este n.º se empregam as palavras *—por qualquer meio—* parecendo abraçar por este modo não só as tentativas de sedução com *publicidade*, mas as que o forem *se occultas*, com recato e resguardo.

Sendo assim não teremos circumstancia externa que constitua a *falta de respeito* que o art. e a Carta exigem, e teremos a perseguição por motivos religiosos que a Carta prohibe.

No Cod. das Duas Sicílias não se encontra incriminado o facto de que trata este n.º, com quanto ali desde o art. 92.º

¹ Com o mesmo direito com que o Cod. prohibe fazer proselytos para religião diversa, póde o Imperador da China prohibir que os nossos portuguezes de Macau propaguem o culto catholico na China ou nas regiões tartareas do imperio celeste. D'esse direito usaram os tribunaes e o monarcha d'aquelle paiz em 1805, prohibindo os meios de propagação que se haviam introduzido por nossos missionarios de Macau e dos estabelecimentos de Pekim, sendo um dos principaes meios de propagação a impressão de livros em caracteres chinezes, o que antes se fazia em caracteres europeus, incomprehensíveis para os chins, e que por isso eram incapazes de influir sobre seu espirito.

Os principaes fautores e propagadores foram punidos, e se determinou que tales livros, depois de examinados competentemente, fossem queimados sem excepção. Alguns complicados renunciaram então á religião catholica, pelo que foram relevados de castigo, mas ficaram submettidos a uma vigilancia especial. São notáveis as palavras do edicto a similhante respeito:

«Comme la crainte de la punition peut avoir agi sur eux, plus que le désir sincère de se réformer, il est nécessaire que, non obstant leur rétractation, les magistrats et les officiers militaires veillent particulièrement sur eux.»

E contudo, apesar da existencia na China de um culto official, o indifferentismo ou o scepticismo religioso ali predomina, o que devia tornar o lugar da maior tolerancia religiosa. O Imperador *Tao-Kouang*, predecessor do soberano actual, algum tempo antes da sua elevação ao throno, dirigiu ao povo uma especie de proclamação, na qual, passando em revista todas as religiões conhecidas no imperio, comprehendida a do christianismo, terminou por concluir que umas eram tão falsas como as outras, e que se faria bem em as desprezar todas indistinctamente.

N'este deploravel estado, seria muito para desejar em favor da civilização da China, que as conversões para a religião christã ali fossem mais frequentes. Mas a propagação do evangelho recuou muitos seculos em consequencia das intempestivas disputas dos jesuitas e dominicanos; e o temor de que a invasão da Europa ali se introduza por similhante meio, constitue o governo chinês perseguidor dos christãos, como excepção ao seu indifferentismo religioso. A seus olhos os christãos, mesmo chins, são considerados como estrangeiros e espiões do Occidente.

até 194.º se encontrem penas severas contra as faltas de respeito devido à religião.

Não se encontra no Cod. do Brasil, assim como não existe no Cod. da Toscana de P. Leopoldo. Também tinha desaparecido do Cod. de 1837. Igualmente era omissa a Const. Cr. da Carolina.

Mello Freire praticou a mesma omissão no seu Ensaio de Cod. Cr. Não foi mais providente a nossa Ord. do liv. 3.º, com quanto no tit. 1.º § 4.º punisse o apostata.

Também se não conhece nos mod. Cod. da Baviera, da Prússia e outros de Allemanha.

Demais, se a Carta consente o culto de uma religião diversa e com *publicidade*, porque não prohibe aos *estrangeiros* fechar as portas dos seus templos a quaesquer individuos que a curiosidade ali leva; e se entre os meios de culto, a predica, as exhortações, as homilias são ali praticadas; os protestantes, os judeus, *se estrangeiros*, podem por esse meio recrutar ou produzir conversões para a sua religião.

Se o facto é crime, temos então a impunidade a favor dos estrangeiros, quando o mesmo facto for praticado dentro dos seus templos; se não é crime, temos os nacionaes punidos injustamente, e tanto mais que, pelo art. 135.º do Cod., a *apostasias* ou *renuncia* da religião é punida, quando for *feita publicamente*, somente com a perda dos direitos politicos, que equivale em certo modo a constituir os nacionaes como estrangeiros.

ARTIGO 130.º

4.º Celebrando actos publicos de um culto que não seja o da mesma Religião Catholica.

Este n.º fica em desharmonia com o antecedente, pois que deixa de inculcar um facto de maior gravidade.

Prohibe celebrar *actos publicos* de um culto que não seja o da religião do Estado, permitindo assim implicitamente a celebração de *actos particulares* d'esse mesmo culto.

Mas a celebração de actos de culto é um meio muito expressivo e efficaz de fazer proselytos; logo as palavras *por qualquer meio* = parecem pôr em contradicção este com aquelle n.º

Cada um pôde, em vista d'este n.º, ser mouro, protestante ou judeu, em sua casa, com os seus parentes e amigos; mas não pôde assim promover e manter o proselytismo em presença do n.º antecedente.

Esta antinomia cessaria, se ás palavras *por qualquer meio* = se acrescentasse, como em o n.º 1.º, *= de publicação* =, ou as substituíssem por *= pelos mesmos meios* = como no n.º 2.º

Talvez que outra não seja a intenção do legislador, e que no n.º antecedente haja mais defeito de redacção que de doutrina.

E em verdade, cada um em sua casa, comtanto que não cause escandalo, tem um asylo inviolavel, como garante o art. 145.º § 6.º da Carta, e sempre é certo que, não se dando manifesta irreverencia para com a religião do Estado, ninguém pôde ser perseguido por motivo de religião, porque assim o diz o § 3.º do mesmo art.

E nem obsta o art. 6.º da mesma Carta, permitindo somente aos estrangeiros o culto da sua religião com seu culto *domestico* ou *particular*, porque esse mesmo art. consente mais, que esse culto tenha lugar *em casas para isso destina-*

das, sem forma alguma exterior de templo; o que não é permitido a portuguezes.

Essas casas, assim especialmente consagradas, são no seu interior verdadeiros templos, e os actos do culto são publicos, como patentes e accessíveis a quem os deseja presenciar.

O nosso publicista Silvestre Pinheiro (tão respeitado de nacionaes e estrangeiros), na exposição do seu Projecto de Leis Organicas, liv. 1.º tit. 1.º, notou a contradicção que se dá entre o art. 6.º e o art. 143.º § 4.º da Carta, pela inferencia que contra os portuguezes resulta do art. 6.º, restrictivo da liberdade de consciencia de todos os moradores d'estes reinos, nacionaes ou estrangeiros.

Effectivamente permite-se aos estrangeiros o que se nega aos portuguezes; e n'isto não ha justiça. Porém os portuguezes estão sujeitos ás instituições politicas e fundamentaes do Estado, nas quaes se conta a sua religião, por um *dever especial* que se não dá aos estrangeiros, o que se por um lado auctorisa a tolerancia a favor d'estes, por outro considerações politicas não menos poderosas de relações internacionaes, de commercio e de tratados, justificam plenamente a desigualdade notada pelo illustre publicista, sem contradicção alguma, por não haver identidade de circumstancias.

ARTIGO 130.º

§ 1.º Se o criminoso for estrangeiro, serão n'estes casos substituidas as penas de prisão e de multa pela de expulsão do reino temporaria.

Art. 29.º, n.º 5.º; 36.º, 55.º, 76.º, 79.º § 3.º, 81.º § 5.º

Não nos parece justo, nem coerente que assim se determine para os estrangeiros.

Se a pena de expulsão do reino se considera um favor ou uma contemplação aos estrangeiros, a excepção é injusta, porque as leis penaes devem ser iguaes para todos os delinquentes nacionaes ou estrangeiros, sendo certo que estes são sujeitos a ellas, como se acha determinado no n.º 1.º do art. 27.º, no que concordam, como vimos, os art. 30.º e 31.º do Cod. de Austria, part. 1.ª

Se porém a pena da expulsão do reino é maior que a de prisão e multa, como é considerada no § 5.º do art. 29.º, então é uma grande injustiça que se lhes causa o *impor-se-lhes*, mesmo quando temporaria.

Alguns dias, mezes e ainda anno de prisão e multa correspondente, não arruinará o estrangeiro que exerce entre nós algum ramo de industria ou commercio, em quanto que essa ruina, ou pelo menos um gravissimo prejuizo, será quasi certa pela expulsão temporaria que, em conformidade com o art. 36.º, nunca pôde descer de tres annos e pôde ir até quinze.

Assim fica substituida para com o estrangeiro uma pena *correcional* por outra *maior* e que tem por *mínimo* o que n'aquella é o *máximo*.

Isto mais se aagrava se o art. 55.º não dever ser entendido como a elle expozemos; porque então pela pena maior ficam os bens do estrangeiro expulso regidos como os dos ausentes, em quanto que da prisão os poderia administrar.

Felizmente para os estrangeiros, se os casos d'este art. 130.º

se dessem, não lhes faltariam nem tratados que invocassem, nem representantes das suas nações que os protegessem; e, como diz Silvestre Pinheiro, no lugar supracitado, não ha de ter lugar esta duvida, porque « não é n'este nosso seculo que póde resuscitar a inquisição. »

Acresce que a respeito dos estrangeiros não póde ser applicavel em toda a extensão, em vista da Carta, o disposto em o n.º 4.º d'este art.; porque elles podem ter templos e n'elles praticar *actos publicos*, como estão praticando os inglezes, comtanto que os edificios tenham exteriormente apparencia de casas particulares.

Ainda assim lhes ficam prejudicadas, diz o mesmo publicista, todas as praticas do seu culto fóra de taes casas, como são as dos *enterros, casamentos, romarias, trajes religiosos*, etc., que deviam ser-lhes permittidos quando não offendem o respeito devidó á religião catholica nem á moral publica.

De facto são entre nós tolerados, pois a cada passo e desde muito estamos presencendo essas praticas *publicamente*, como nos casos de *enterramentos*, sem que a auctoridade policial se infrometta n'isso nem o povo se escandalise, antes algumas d'essas praticas são muitas vezes uma severa lição aos portuguezes, pela seriedade e recolhimento respeitoso com que têm lugar.

Com relação portanto ao n.º 4.º d'este art. a disposição d'este § é insustentavel, quanto á *incriminação*, assim como é defeituosa a sua penalidade.

De resto repetimos que não sabemos por que razão ha de ser para nós um dever, como é o de todos os christãos, ensinar a religião da Cruz a todos os homens, leva-la ás mais remotas regiões, affrontar o martyrio, as perseguições por tal motivo, *euntes docete omnes gentes*; e se não ha de permittir aos estrangeiros recrutar para a sua religião, que tambem acreditam verdadeira, os portuguezes?

Póde o catholicismo receiar a concorrência? Pelo contrario, a sua propagação e pureza ganharam sempre com a *tolerancia*, irmã gêmea da *docilidade*, que os christãos desejam achar em todo o mundo.

Resulta d'estas observações que não ha verdade moral, re-

ligiosa nem politica nas incriminações dos n.ºs 2.º, 3.º e 4.º d'este art., com relação a estrangeiros, que só devem ser reprimidos quando *fallerem ao respeito ou causarem perturbação publica*.

Ter uma *crença diversa*, prestar-lhe *culto*, procurar transmitti-la a outros homens, não é faltar ao *respeito* devido a qualquer religião; e o *escandalo* ou *perturbação* são factos materiaes distinctos, que podem seguir-se ou não, segundo o grau de civilisação, de fanatismo ou de indifferença de um povo.

Acresce mais, com relação aos estrangeiros adventicios, que pouco ou nada têm que fazer n'este paiz, a essa chusma de aventureiros que, não achando fortuna entre os seus, aqui vem especular sobre a nossa bolsa e credulidade, que a simples expulsão importa uma completa impunidade que, nos casos de injuria, menoscabo e escandalo publico, seria de pessimos effectos, em razão do mau exemplo. Embora seja expulso o estrangeiro, mas deve essa penalidade que, em todo o caso condemnamos, ser precedida de alguma correccção penitenciaria, como está em alguns Codigos.

Não queremos restabelecer a inquisição, mas queremos que os estrangeiros respeitem as instituições do paiz, e não paguem com insultos e escarneo a nossa hospitalidade, nem perturbem por seus actos os nossos elementos de ordem e tranquillidade publica.

Se assim o não praticarem é nosso *dever e direito* impor-lhes uma pena, não só *preventiva* das reincidencias pela expulsão; mas *reparadora e repressiva* pela correccção penitenciaria.

ARTIGO 130.º

§ 2.º Se unicamente se tiver commettido simples falta de respeito, ou as palavras injuriosas ou blasphemias forem proferidas de viva voz publicamente, mas sem intenção de escarnecer ou ultrajar a Religião do Reino, nem de propagar doutrina contraria aos seus dogmas, será sómente applicada a pena de reprehensão, podendo ajuntar-se a prisão de tres a quinze dias.

Art. 30.º n.º 5.º; 42.º, 130.º § 2.º, 168.º § unico, 430.º § 2.º

Da confrontação d'este § com o art. e seus n.ºs se manifesta que o Cod. contemplou a *falta de respeito* como unico crime punivel, subdividindo-a em *simples e qualificada*.

É *qualificada*: 1.º, quando, ainda que não haja escarneo nem ultraje á religião, não for feito por qualquer meio de publicação ou manifestação que não seja o *de viva voz* ou por *factos*; 2.º, sempre que haja *intenção* de escarnecer ou ultrajar, ainda que seja por palavras; 3.º, quando o delinquente tenha por fim propagar doutrina contraria aos seus *dogmas*.

É *simples* em todos os mais casos que o Cod. não define, ficando assim obscura e arbitraria a incriminação.

Alem d'isso o Cod. devia, como já notámos, ser mais explicito em nos definir a palavra *dogma*, que pôde não ser entendida senão a respeito dos *mysterios* ou *pontos de fé*, e tanto mais que a Carta, no citado art. 145.º § 3.º, distinguindo as *faltas de respeito* á religião das *offensas á moral publica*, que é fundada na mesma religião, não confundiu os *dogmas* em sentido restricto com os preceitos da *moral ecangelica*, comprehensíveis pela razão e demonstrados pela philosophia de todos os tempos.

Por outro lado é digno de se notar que comprehendendo, para a qualificação da injuria, ser ella feita, não por um meio de publicação, mas por *factos* publicos, e estes incluindo os

gestos, ficam valendo mais para effeitos penaes os *factos* e os *gestos*, que as *palavras* de viva voz; os *gestos*, que nem todos podem ver, que as *palavras* em *voz alta*, que todos podem ouvir; os *gestos*, que podem ser interpretados a bel prazer de cada um, que as *palavras* que pela sua entoação e sentido commum e vulgar têm uma significação mais certa e mais perigosa.

Pelo menos deviam os *gestos* ou ser especialmente considerados e mencionados, como foram no art. 181.º § 2.º, para o fim de se determinar uma attenuação na pena, ou ser equiparados ás *palavras* como foram no art. 262.º do Cod. Pen. Fr.: «Toute personne qui aura, par paroles ou gestes, outragé, » etc.

Os meios de publicação a que se refere o n.º 2.º têm, em regra geral, mais importancia que as *palavras*, e estas que os *gestos*, tanto com relação á premeditação, como á extensão da seus effeitos de escandalo e manifestação; não deviam portanto ser, como foram, confundidos os *gestos* com os *factos*, como aqui foram; e quanto a *factos*, era indispensavel qualifica-los materialmente e não designa-los sómente pela *intenção*.

Contudo a disposição d'este n.º servirá a remediar ou attenuar consideravelmente o defeito que notámos ao n.º 1.º sobre os resultados que podem vir da confusão, que ali se fez, das injurias feitas á religião por *palavras*, e as feitas por escripto ou outro meio de publicação.

Para a imposição da pena se exige n'este n.º não só a existencia do facto da propalação da injuria verbal, mas que elle seja acompanhado de *dolo* ou proposito deliberado de escarnecer ou ultrajar a religião ou de propagar doutrina contraria aos seus dogmas: *Dolus, seu propositum summum nomen injuriandi*.

Ora a prova d'este *dolo*, porque — *de internis solus Deus* — é mui difficil, e na duvida se ha de preferir a explicação mais benigna para o delinquente e menos offensiva para a religião.

Deve antes suppor-se erro, ignorancia o impor-se uma pena poticial.

S. Paulo antes de ser apostolo foi blasphemio, mas por ignorancia, e por isso mereceu a indulgencia divina, como elle mesmo diz: — *Qui primo fui blasphemus et persecutor et injuriosus, sed misericordiam merui, quia ignorans feci*.

«Les blasphèmes, diz o Cod. da Toscana, art. 61.º, que «l'expérience a prouvé et prouve tous les jours ne proceder que «d'ignorance et même d'un dérangement d'esprit, ainsi que «d'un accès subit de colère ou d'ivrognerie, en bref, d'une «âme portée à toute autre chose qu'à injurier la divinité ou «la religion, quand ils ne seront répétés formels et entachés «d'hérésie... ils seront punis économiquement par la prison «ou par tout autre châtement conforme aux lois de police.»

Quanto porém á penalidade = *reprehensão* = aqui admitida, nós a considerámos viciosa, por ser arbitraria, não ter maximo nem minimo, e porque pôde ir do atroz ao ridiculo, conforme for o juiz e o delinquente, como já expozemos ao art. 30.º n.º 5.º

A reprehensão está na sentença, está na condemnação, na reprovação do facto em si mesmo; e é este o facto unico em que, n'estes delictos leves ou desculpaveis contra a religião do Estado, pôde ter logar uma pequena multa, para com ella se formular e concluir a censura judicial.

Quanto á outra penalidade = *prisão* = sendo convenientemente applicada, é sempre moralisadora e correccional, perfeitamente divisivel, mais que sufficiente a dispensar qualquer outra.

Demais, quanto á incriminação, se nos offerece notar que o crime fica indefinido nas palavras = *simples falta de respeito* = ou se considerem independentes ou ligadas ás palavras = *sem intenção... de ultrajar a religião do reino.* =

Seguramente que o Cod. não quiz dispensar a *intencionalidade nos crimes de falta de respeito simples*, o que seria contrario ao art. 1.º; mas quiz punir o facto como *contravenção, independentemente de toda a intenção malefica*, nos termos da definição dada no art. 3.º?¹

¹ «A cobra (Bôa) é reverenciada em *Judá* como o boi no Egypto: ha «uma casa onde estão recolhidas um montão d'ellas; são mantidas á custa do «povo, e têm padres que dirigem o seu culto. Estes reptis costumam ás vezes «fugir e introduzirem-se nas casas dos habitantes: acontecen pegar fogo em «uma d'estas casas donde tinha entrado uma cobra sem seu dono saber, por- «que se o soubesse tinha obrigação de dar parte ao padre para ir busca-la: «arden a casa e foi encontrada a cobra morta no montão de cinzas: o dono «da casa teve que pagar 400 pesos para poder remir-se do crime que commet- «teu o fogo!» ANNALS DO CONSELHO ULTRAMARINO, n.º 2, Março de 1854.

Costa-nos a crer a possibilidade de similhante absurdo, e nos inclinamos a pensar que aqui o legislador considerou sempre a intenção de *injuriar*, distinguindo a *simples* da *qualificada*, tomando esta então o nome de *ultraje*, assim como o furto toma o de *roubo*, em razão da *violencia*.

Logo, provada a intenção malefica, toda a falta de respeito que não for um *ultraje* é *simples*. Mas a incriminação fica sempre vaga, porque para se qualificar a injuria de *simples* cumpria que o Cod. especificasse em algum logar o que deve entender-se por *ultraje*, o que se não encontra. Nos art. 390.º e 420.º se emprega a palavra *ultraje*, mas também em termos indefinidos e que assim não esclarecem a questão. Resta pois o arbitrio do juiz, em opposição á segunda parte do art. 18.º

ARTIGO 130.º

§ 3.º Se a injúria consistir no desacato e profanação das Sagradas Fórmulas da Eucharistia, a pena será a de prisão maior temporaria.

Art. 29.º n.º 3.º, 34.º, 54.º, 59.º n.º 2.º, 76.º, 79.º n.º 1.º, 82.º, 441.º

Esta incriminação é nova. A nossa legislação a desconhecia. Sem duvida os nossos maiores não imaginavam, nem sequer a possibilidade do delicto, como *Solon* não imaginou a do parricídio.

Se a religião catholica é a religião do Estado; se d'entre os seus dogmas e os objectos do seu culto nenhum ha mais sublime nem mais respeitavel que a Divindade mesma do Redemptor; se a fé faz contemplar e adorar a Real Presença na hostia consagrada, aquelle que commetter o desacato nos termos expressados n'este § 3.º é um monstro, é um perverso, não pela offensa á Divindade, mas pela injúria, pelo ultraje, pelo escandalo que commette contra a sociedade. Demonstra por esse facto que ousará menoscar todas as leis, todas as conveniencias sociaes, pois despreza o que é para todos objecto do maior acatamento e veneração.

Cumpria portanto, ou guardar silencio, como guarda o Cod. do Brazil e outros, ou desde que se julgou necessaria a previsão, proporcionar a pena á gravidade do delicto.

A lei franceza de 20 de Abril de 1825 (depois derogada pela de 11 de Outubro de 1830, como incompativel com a tolerancia de cultos) considerava n'este facto o maior de todos os sacrilegios ou antes o sacrilegio por excellencia.

Se a profanação das Sagradas Fórmulas fosse feita publicamente, a pena era de morte.

O Cod. de Napoles, art. 93.º, puniu este delicto com a mesma pena, acompanhada do quarto grau de exemplo publico.

O Cod. da Sardenha, art. 161.º, contém a mesma penalidade.

Estas leis são severas, são mesmo crueis, mas proporcionaram o castigo ao maleficio.

Não o praticou assim o nosso Cod. Logo no art. que se segue adopta a mesma pena de prisão maior temporaria contra aquelle, que por actos de violencia perturbar ou *tentar* impedir o culto da religião do reino.

Por esta fórmula, o homem que violentamente perturba ou tenta impedir um sermão, uma novena, é punido como aquelle que lança por terra, que pisa aos pés as Sagradas Fórmulas!!

Igual pena impõe o Cod. aquelle que em qualquer ponto, em relação a potencia estrangeira, abusando de funções officiaes, praticar offensa contra a dignidade, a fé ou os interesses da nação; offensa esta por certo menos grave, que a feita á mesma nação no que ella mais preza da sua religião, no unico objecto da sua adoração.

Mas o que é mais ainda, é que o Cod. no art. 444.º pune o roubo sacrilego ou sacrilegio indirecto, com pena muito mais grave que o sacrilegio directo commettido pelo desacato previsto n'este § 3.º

O que simplesmente furtar ou roubar o vaso sagrado em trabalhos publicos no ultramar, entre o maximo da perpetuidade, e o minimo no maximo da mesma pena temporaria!

Isto é um erro, porque as penas do sacrilegio contra a religião do Estado não podem consistir senão na falta de respeito, no desprezo manifestado. Sem essa intenção, o sacrilegio não é mais que um accessorio do furto ou roubo, que somente deve aggravar a pena do crime principal.

A profanação das cousas consagradas ao culto, diz Filangieri, ou é o fim ou o effeito da acção. No primeiro caso, o delicto, que é o desprezo pelo culto, é mais grave que no segundo; e portanto é de evidencia que a pena deve ser maior n'aquelle do que n'este.

Assim o entender o legislador do Cod. das Duas Sicílias, comminando, no art. 99.º, ao roubo dos vasos sagrados a pena

* ISAAC, des peines, pag. 185.

do *ergastolo*, embora o delinquente leve ou disperse as Sagradas Fôrmas; em quanto que no art. 93.º havia comminado a este sacrilegio directo a pena capital aggravada.

O Cod. Hesp., no art. 131.º, pune o mesmo sacrilegio com a pena de *reclusão temporaria*, que nos termos do art. 26.º é de doze a vinte annos, e portanto pena mais grave que a do nosso Cod.; mas comtudo considera o roubo dos objectos sagrados como crime menor, impondo-lhe a pena de prisão maior; e infinitamente inferior no art. 428.º ao furto dos mesmos objectos commettido em lugar sagrado, mandando somente aggravar a *pena ordinaria* no grau immediatamente superior.

Mello Freire, no seu Ens. de Cod. Cr., tit. 9.º § 9.º, previu o furto sacrilego dos vasos em que se achem depositadas as Sagradas Fôrmas, mas deixou em silencio o desacato, com abstracção do furto.

O Cod. de 1837, art. 100.º, fazia a incriminação do desacato, mas reduziu a pena ao banimento temporario!!

A cit. lei franceza, de 20 de Abril de 1825, art. 2.º, incriminava tambem o *sacrilegio directo*, mas exigia, como condição essencial, que o facto fosse praticado — *par haine et mépris de la religion* —, distinguindo no art. 9.º o *sacrilegio indirecto* por meio do roubo, considerando mais grave o primeiro que o segundo.

Em conclusão portanto, entendemos que admittida a incriminação, como se fez n'este §, nada pôde justificar o modo por que se acha contemplada, em comparação especialmente com o art. 441.º Ou n'esse art. ha penalidade exorbitante, ou n'este ha de menos.

Se ambos os factos fossem igualados, haveria injustiça relativa; mas attenuada a tal ponto a penalidade do que é mais grave, esta se torna contradictoria e absurda.¹

Resta notar, que o crime de que se trata não existe se as *Fôrmas da Eucharistia* não forem *Sagradas*; logo é precisa a prova de que as hostias tinham sido consagradas.

Mas esse facto é puramente espirital, e só a Igreja pôde

sobre elle pronunciar; o poder temporal não pôde sem escandallo, sem incompetencia e sem attentado julgar sobre a existencia ou não existencia d'esse facto.

Logo era indispensavel que o legislador removesse esse inconveniente, declarando explicitamente, quando ou em que circumstancias, aos olhos da lei penal, as Fôrmas da Eucharistia se devem considerar *Sagradas*.

Esta omissão é indesculpavel, principalmente quando a difficuldade se achava removida pela referida lei franceza de 20 de Abril de 1825, art. 3.º:

«Il y a *preuve légale* de la consécration des hosties, lorsqu'elles sont placées dans le tabernacle ou exposées dans l'ostensoir, et lorsque le prêtre donne la communion ou «porte le viatique aux malades.»

¹ Recomendamos sobre este § as observações do Comm. do st. *Levi*.

ARTIGO 131.º

A mesma pena de prisão maior temporaria será imposta áquelle, que por actos de violencia perturbar ou tentar impedir o exercicio do culto publico da Religião do Reino.

Vid. ref. ao art. 130.º § 3.º

A effectiva perturbação do culto por actos de violencia é pois igualada á tentativa do crime de impedir o mesmo culto. — Nos termos portanto do art. 9.º do Cod., a suspensão da execução d'este crime pela vontade do criminoso não é causa justificativa. — É contudo uma causa attenuante, quando se der, e por isso deve então ser abreviada a pena com applicação do art. 82.º

A pena de prisão maior temporaria é excessiva, comparada, como já notámos, com o delicto previsto no § 3.º do art. antecedente, que sendo mais grave é punido com a mesma pena.

Assim o comprehendeu o Cod. Hesp., no art. 135.º, punindo o mesmo delicto com a prisão correccional (de sete mezes a tres annos), e em caso de reincidencia com a prisão menor (de quatro a seis annos).

O Cod. Fr., no art. 261.º, pune este crime com a multa de 16 a 300 francos, e prisão de seis dias a tres mezes. E esta é a pena que de ordinario applicam os tribunaes d'aquelle paiz contra os auctores de desordens ou tumultos nas procissões, como nota o abbade André no seu Curso de Leg. Civ. Eccl.

O Cod. da Austria, nos art. 107.º, 108.º e 109.º, pune este crime, quando simples, com seis mezes a um anno de prisão, e quando aggravado com cinco a dez annos.

O Cod. da Sardenha, no art. 159.º, emprega a pena de reclusão ou de prisão de tres a dez annos, ou ainda maior pe a, segundo a gravidade das circumstancias.

O Cod. das Duas Sicillas commina, no art. 91.º, a pena de ferros do primeiro até ao segundo grau (de sete a doze, de treze a dezoito annos). E no art. 102.º, quando se não empregarem violencias directamente contra os ministros do culto, a pena de prisão do primeiro até ao segundo grau (de um a seis mezes, de sete mezes a dois annos).

O Cod. da Baviera pune este delicto, no art. 336.º, com a pena de prisão com trabalho de dois a seis annos.

O citado art. 135.º do Cod. Hesp. exprime-se nos seguintes termos:

« Los que por medio de violencia, desorden ó escandalo *impe-*
« *dieren ó turbaren* el ejercicio del culto publico, dentro ó fuera
« del templo, serán castigados con la prision correccional.

« Em caso de reincidencia lo serán con la prision menor. »

O seu commentador Pacheco nota que o *perturbar* o culto nunca pôde exagerar-se ao ponto de ser equivalente de *impedir* o culto; e por isso condemna que se confundissem na mesma incriminação e penalidade estas duas acções. Tem a impunidade que ha de resultar da excessiva severidade da pena, quando applicada aos infimos graus de factos da primeira especie; pois que o minimo dos *sete mezes* da prisão correccional ha de parecer a todo o mundo, em muitos casos de perturbação, como de um rigor extraordinario.

Que diria Pacheco d'este nosso art., quando depois de notar precisamente a mesma confusão nos factos, meditasse sobre o minimo da nossa penalidade, que é *de tres annos*?...

Apenas na applicação da lei penal poderão os juizes, em casos taes, usar do *arbitrio* que lhes deixou o Cod. no art. 82.º, tornando *correccional* a prisão, mas nunca inferior a *dois annos*!!

E o mais é, que não só confundiu este art. na incriminação o facto de *impedir* com o de *perturbar*, mas a *tentativa* de qualquer dos mesmos factos, vindo assim a ser punido o *attentado*, contra o exemplo do citado Cod. Hesp., e tambem do Cod. Fr., art. 261.º — *Ceux qui aurant empêché, retardé ou interrompu* — isto é, para que pena tão grave como a que é imposta n'este nosso art. podesse ter lugar, seria preciso, segundo este Cod., que os actos de execução do crime tivessem produzido o seu *effeito* de obstar, suspender

ou interromper. O impedimento faz com que o culto se não possa praticar, ou no lugar e momento designado; a perturbação ataca o culto no seu mesmo exercício, produzindo n'elle a suspensão ou interrupção.

Se a tentativa foi frustrada ou repellido, não ha todo o danno material resultante do crime, e fallece uma parte do elemento moral que caracteriza o crime consummado, que não pôde portanto confundir este com aquella sem aberração dos principios consignados na primeira parte do Cod., porque de facto o culto não foi impedido nem perturbado.

O legislador não pune o peccado, mas o crime religioso; e por isso tem sempre a considerar o mal complexo do crime que é sempre puramente civil, e a proporcionar a quantidade e qualidade do remedio penal ao mal causado.

De todos os Cod. citados o que nos parece mais racional sobre a materia, tanto nos termos da incriminação, como nos da penalidade, é o da Baviera, que no art. 336.º é concebido nos termos seguintes:

«Celui qui fera violemment invasion dans une église, ou «autre lieu de réunion religieuse au moment du service di-
«cain; celui... qui emploiera la contrainte ou la violence pour
«entraver les cérémonies du culte, sera puni, si le fait ne con-
«stitue un crime plus grave, de deux à six ans de maison de
«travail.»

Guarda silencio sobre a tentativa, ficando assim sujeita para a punição ás regras geraes que estabelece no art. 6.º, que nunca a equiparam, mas lhe proporcionam as penas conformes a maior ou menor distancia do crime consummado.

Se a conversão dos crimes em attentado se não justifica em razão do crime religioso ou peccado, que aliás não poderia então ser applicavel aos réus se fossem estrangeiros, também não pôde ser auctorisado em razão da violencia, elemento essencial da incriminação; 1.º, porque sendo maior a pena imposta no art. ficava sempre punivel, segundo a regra estabelecida no art. 8.º; 2.º, porque ainda que a pena fosse correcional, a consideração da violencia sómente concluiria para a punição da tentativa, segundo as regras geraes, como se consignou no art. 380.º § 2.º, e a respeito do furto, no art. 421.º

§ 2.º; 3.º, que a mesma razão da violencia se dá na especie prevista no art. 133.º, e apesar de ser ahí correccional a pena, nem por isso o legislador assimilou o facto consummado á tentativa, nem entendeu torna-la punivel, mesmo segundo as regras geraes.

E que pena deve ter aquelle que praticar os factos previstos n'este art., em relação a algum dos cultos tolerados? O Cod. é silencio. E comtudo pelo art. 6.º da Constituição do Estado, esses cultos são permitidos, são auctorisados aos estrangeiros, admittindo a existencia de templos, e excluindo sómente a forma exterior. E portanto, era logico, era indispensavel que elles não ficassem fóra da lei penal.

Se um estrangeiro commetteu alguma das faltas de respeito contra a religião do reino, contempladas n'este art. e no antecedente, ha de ser punido; e o portuguez que for perturbar ou impedir o culto dos estrangeiros, ou que mesmo fizer d'elle escarneo ou zombaria, ha de ficar impune? Não nos parece justo nem constitucional.

O Cod. do Brazil não é inteiramente omisso a similhante respeito, pois que no art. 277.º prohibe abusar ou zombar, por escripto ou palavras, em publico ou na occasião ou lugar em que se presta qualquer culto estabelecido no imperio.

Tambem não era omisso o Cod. de 1837, como se vê do art. 97.º nas palavras—culto nacional ou qualquer outro tolerado—.

O Cod. da Sardenha, art. 169.º, pune tambem especialmente aquelles que por vias de facto, ameaças ou por qualquer outra maneira, perturbarem ou impedirem o exercicio dos ritos e cultos tolerados.

Não fallámos dos Cod. dos paizes civilisados, em que a tolerancia de cultos, como na França, é absoluta e só dependente de auctorisação do governo, com quanto predomine uma religião; porque n'esses a protecção de todos os cultos é de inteira justiça, e é um facto reconhecido pela legislação em vigor.¹

¹ No actual Cod. Pen. Fr., art. 261.º, 262.º e 263.º, se empregam as palavras—exercices, objects, ministre d'un culte—, para assim se exprimir a igualdade da lei repressiva.

Mesmo na Turquia não é hoje licito a um musulmano perturbar ou impedir o culto catholico, assim como a um christão perturbar ou impedir o culto do islamismo.

Por ultimo, como digno de ser imitado por sua simplicidade e comprehensão, apontámos sobre a materia, tanto d'este como do art. antecedente, o mod. Cod. da Prussia nos seguintes §§:

«§ 135.º Quem publicamente, por palavras, escriptos ou «qualquer outro modo de manifestação blasphemar de Deus, ou «escarnecer ou representar de fôrma que exponha ao odio ou «ao desprezo uma das communhões christãs, ou qualquer outra «sociedade religiosa, que gosar no Estado dos direitos de corporação, ou os objectos de sua veneração, seus dogmas, usos «e costumes; e outrossim, quem causar escandalo nas igrejas «ou quaesquer outros logares de assembléa religiosa acerca «de objectos destinados ao culto divino será punido com a «prisão simples até tres annos.»

«§ 136.º Quem por actos de violencia ou ameaças forçar ou impedir uma ou mais pessoas de professar o serviço «divino de uma sociedade religiosa existente no Estado, ou «quem impedir ou perturbar o serviço divino ou quaesquer «outras funções particulares religiosas, causando arruido ou «desordem nas Igrejas ou quaesquer outros logares de assembléas de uma sociedade religiosa existente no Estado, será «punido com prisão simples de um mez até tres annos.»

ARTIGO 133.º

A injuria é offensa commettida contra um Ministro da Religião do Reino, no exercicio ou por occasião do exercicio de suas funções, será punida com as penas que são decretadas para os mesmos crimes commettidos contra as auctoridades publicas.

Art. 181.º

A incriminação feita especialmente n'este art. é justa, quanto ás idéas em si; mas digna de correção e emenda, quanto aos termos em que é formulada.

Se a lei penal contempla a religião como instituição politica, e se de facto os ministros d'ella exercitam no Estado um poder que liga as consciencias dos cidadãos, com quanto puramente espiritual, é tão necessario que a lei os proteja no exercicio de suas funções, ou com relação a esse exercicio, como é a respeito de todas as auctoridades que exercem os poderes publicos.

Mas a equiparação não é bem cabida nos termos em que a formula o art.: 1.º, porque é remissivo ao que o Cod. dispõe com relação a essas auctoridades, sem que na remissão ao menos cite o logar ou logares do Cod. a que se refere, como praticam em suas remissões os Cod. bem redigidos, quaes especialmente os da Prussia e Baviera; 2.º, porque se ha analogia de razão, não a ha nem quanto á natureza dos poderes, nem quanto á jerarchia das pessoas que os exercem, que possa justificar a identidade absoluta de crime e penas, e portanto a simples remissão que se nota no art.; 3.º, enfim, porque as disposições penaes, quando sobre determinada especie, nunca devem ser remissivas, embora tenham de se repetir as mesmas penalidades, porque assim o exige tanto a clareza de um Cod. Pen., em harmonia com os principios consignados no art. 18.º das

disposições geraes, como a solemnidade do preceito e comminação do legislador.

Diverso foi o caminho que seguiram os Cod. Fr., art. 262.º e 263.º, Hesp., art. 133.º, das Duas Sicílias, art. 95.º e 103.º, da Baviera, art. 336.º e 424.º, e da Prússia, § 135.º e 136.º

Outro tanto se havia praticado no Cod. de 1837, art. 99.º, que por sua simplicidade e clareza era preferível:

« Aquelle que attentar contra a pessoa do ministro de um culto durante o exercicio de suas funcções religiosas será punido com o maximo das penas correspondentes ao maleficio que perpetrar. »

Mello Freire, Ens. de Cod. Cr., tit. 9.º § 3.º, tambem havia considerado especialmente estes delictos, e com justa razão, porque o caracter sacerdotal, impresso pela ordenação e consagração, e a occasião em que elles se commettem, são circumstancias que os aggravam por tal fórma que merecem ser qualificadas faltas de respeito á religião mesma, e punidas mais severamente, sem prejuizo das penas maiores a que os delinquentes devem ficar sujeitos, se ellas corresponderem á qualidade da offensa ou injuria pessoal; penas que, assim determinadas, se aggravam ou se *attenuam* segundo as regras geraes.

Póde acontecer, diz o commentador hespanhol, que as injurias ou offensas, dirigidas ao sacerdote no desempenho de suas funcções, nasçam das imprudencias e provocações d'elle mesmo.

Um zelo indiscreto, a ignorancia, o fanatismo ou as rudezas de alguns clérigos, podem scandalisar os fieis mesmos que assistem devotamente aos actos do culto.

Em taes casos a provocação, se não justifica, não póde deixar de attenuar a culpa. Os ministros da religião, imitadores de Christo, devem dar o primeiro exemplo da doçura e paciencia; e são por isso então altamente responsaveis, para Deus e para os homens, pelas consequencias do seu deploravel descomedimento.

Para coherencia do art. com as epigraphes do tit. e cap. em que se acha, não devia mesmo ter logar a qualificação de taes offensas ás que se dirigem contra os poderes publicos na pessoa de seus depositarios, mas sempre sob o ponto de vista

especial de offensas mais ou menos directas á religião do Estado. Se acresce a consideração de se deverem reputar os ministros d'ella como depositarios de um poder politico, a logica partindo de outro ponto de vista mais complexo acharia motivo para aggravar em logar de o ter para assimilar.

De resto, pela referencia que se faz ao art., encontra-se a secr. 1.ª do cap. 2.º, art. 181.º, como applicavel; mas compara-se uma igreja, uma capella, uma sacristia, uma rua publica, uma casa particular em que os ministros exercem as suas funcções, a uma sala das camaras, dos tribunaes, casas, praças, ruas ou logares em que uma auctoridade pratica ou cumpre deveres do seu cargo?

Que magistrados da ordem temporal correspondem a um bispo, a um presbytero, a um diacono ou subdiacono? Qual é a posição correlativa de um parcho, de um confessor, de um prégador, de um minorista ou sacristão acompanhando uma procissão, o Viatico aos enfermos ou um finado ao cemiterio publico?

Como podem ser comparadas cousas e pessoas heterogeneas, para o fim de se lhes tornar applicavel a mesma lei penal?

Concluamos portanto que se o Cod. alguma vez podia ser remissivo, não a determinado art., mas á materia tratada em outro logar, era aqui no presente art. o logar menos apropriado para se fazer a remissão em termos vagos.

Por ultimo, devemos advertir que as palavras do art. = *no exercicio de suas funcções* = são comprehensivas de todas as injurias ou offensas pessoais ditas n'esse momento, posto que não tenham correlação alguma com esse exercicio; e as palavras = *por occasião do exercicio de suas funcções* = são exclusivas das offensas e injurias pessoais ditas fóra d'esse exercicio ou de seus actos connexos e preparatorios, que não tenham correlação com algum acto das mesmas funcções. E a intelligencia que resulta do citado art. 181.º, a que o presente art. talvez se refira?; sobre que se nos offerece notar que é ele-

1 Não adoptámos pois a diversa interpretação que produz o sr. Levi, no seu Comm., com quanto, com prazer, confrontando as nossas observações com as do joven, mas já tão illustado jurisconsulto, quasi sempre nos achemos conformes.

mento preponderante, na primeira *hypothese*, a *ocasião*, na segunda, o *objecto*; mas que o concurso dos dois elementos, ambos da mesma força, isto é, quando a offensa ou a injúria é não só praticada durante o exercício das funções religiosas, mas com relação a algum acto d'ellas, havendo duplicada falta de respeito à religião do reino, a penalidade em boa lógica devia ser distincta e aggravada, defeito em que labora tanto este art. como o citado art. 181.^o

Tambem devemos notar que n'estes crimes, com quanto publicos, e que por isso devem ser perseguidos pela acção da justiça, independentemente de queixa ou participação dos ministros offendidos, convem considera-los prescriptos em menor prazo que os das prescripções ordinarias.

O escandalo do crime é reproduzido pelo do processo, e se algum tempo tem decorrido que faça esquecido o primeiro, é mais conveniente, e mais conforme ao respeito devido à religião do Estado e à presumpção de que a mesma Igreja tem já punido o delinquente com as suas penas canonicas, não instaurar o segundo para não se renovar o primeiro.

Assim se acha estabelecido em França, com relação aos parochos, na Lei de 16 de Maio de 1819, fixando a prescripção de seis mezes, e assim foi julgado pelo tribunal de cassação no Ar.^o de 16 de Abril de 1829.

ARTIGO 133.^o

Aquelle que, por actos de violencia ou ameaças, constranger ou embaraçar outro no exercício do culto da Religião do Reino, será condemnado em prisão até seis mezes, salvo se tiver incorrido em pena maior pelo facto da violencia.

Art. 20.^o n.^o 1.^o, 38.^o, 56.^o, 58.^o, 60.^o, 83.^o, 87.^o

A disposição d'este art. funda-se não só nos principios de politica, em que assenta a protecção da lei à religião do Estado, mas nos de rigorosa justiça. Proteger a religião é proteger a Igreja; mas a Igreja lusitana é a reunião de todos os portuguezes unidos pela mesma crença a fim de prestar culto a Deus. Os dogmas, os templos, os vasos sagrados, o culto, os ministros, os crentes, tudo deve ser collocado debaixo da especial protecção da lei.

Se a disposição portanto é justa no que dispõe no art. 132.^o, com relação aos ministros do culto; não o é menos relativamente ao que determina com relação a todo o *christão* que pelos mesmos meios for constrangido ou embaraçado na prestação do mesmo culto.

O crime é sempre, tanto a violação de um direito individual e do cidadão, como uma falta de respeito à religião do Estado; e o serem os actos de violencia ou ameaça dirigidos contra um christão que ao mesmo tempo é ministro, não constitue um privilegio, mas uma circumstancia aggravante.

Mas o art. comprehendendo os actos de violencia ou ameaça material directa, não comprehende ou pelo menos de um modo explicito, como cumpria em materia criminal, os actos de violencia ou ameaça moral indirecta, como é o de escarnecer ou de metter a ridiculo os que prestam culto a Deus ou o prestam d'este ou d'aquelle modo, n'esta ou n'aquella attitudo.

A zombaria quando tem a religião por objecto é uma ri-

gorosa blasphemia, e é ferir a religião zombar dos ministros ou dos crentes que a professam, além do insulto ou da injúria pessoal.

O Cod. da Baviera faz positiva distincção entre um e outro malefício, considerando *crime*, no art. 336.º, os actos de violencia material; e *delicto*, no art. 424.º, os actos de violencia moral ou todos os que não passassem a *vias de facto*.

Além d'isso, o Cod. também é omissão acerca do mesmo facto, quando praticado pelos mesmos meios, para constringer ou embaraçar um estrangeiro nos actos do culto da sua religião, nos termos em que é tolerada tanto pelas leis e tratados, como pela constituição do Estado. Dá-se também então violação, não só de um direito individual, mas de um direito internacional, sem que deixem de proceder as mesmas rasões politicas, com abstracção da crença dos portuguezes sobre a divindade e verdade da religião catholica; porque o que essencialmente exigem os interesses sociaes é que n'ella não existam impíos, mas que todos os homens que residem no paiz prestem culto a Deus e professem principios de sã moral.

Quanto á penalidade, nós a considerámos sufficiente. Não assim porém quando o delinquente tiver incorrido em pena maior pelo facto da violencia. Se a pena da violencia fica então independente, o crime continua a ser *composto*, para determinar uma penalidade, se não composta, aggravada em rasão da falta de respeito á religião.

A resalva é inútil, nos termos em que se acha concebida, e para se tornar logica devia ser concebida nos seguintes:

«... salvo se pelo facto da violencia, tiver incorrido em pena maior, a qual será imposta aggravada, segundo as regras geraes.»

Ou se considera a falta de respeito em si mesma, ou se tome como circumstancia aggravante, a aggravação da pena correspondente ao crime maior é uma consequencia dos principios que o legislador estabeleceu tanto no art. 19.º n.º 20.º e 22.º, como no art. 87.º Contudo os juizes, recorrendo a este ultimo art., poderão supprir a omissão do presente art.

ARTIGO 134.º

Aquelle que, fingindo-se Ministro da Religião do Reino, exercer qualquer dos actos da mesma Religião que sómente podem ser praticados pelos seus Ministros, será condemnado em degredo temporario.

Art. 8.º, 19.º n.º 2.º, 29.º n.º 4.º, 35.º, 50.º, 54.º, 79.º § 1.º e 2.º, 82.º, 124.º, 129.º, 196.º § 2.º, 236.º § 2.º C. Const., art. 9.º § 2.º

Esta incriminação será inútil completamente quando se guardem escrupulosamente as seguintes disposições policiaes e preventivas: 1.ª, quanto a estrangeiros, de que nenhum possa entre nós exercer as funcções do ministerio ecclesiastico, sem a permissão do governo; 2.ª, quanto a nacionaes, não se consentindo nem que exercitem essas funcções, se não estiverem recenseados ou reconhecidos em uma diocese, nem que d'ella possam sair sem a permissão do seu bispo. Assim está nos art. organicos do anno 9.º da republica franceza, art. 32.º, 33.º e 34.º, e foi estabelecido no concilio de Antiochia e quarto de Carthago, chegando até os padres do de Nicea a redigir uma formula de cartas de recommendação, que produziu o costume dos *exceats*, com o fim especial de auctorisar um padre a exercer o seu ministerio em diocese estranha á sua.

Isto posto, muito é para admirar que em 1842 apparecesse em Lisboa um celebre intitulado padre Matheus Antonio, que por muito tempo soube illudir completamente seculares e ecclesiasticos, celebrando missa, confessando, prégando e exercendo outros actos do ministerio ecclesiastico! De ora em diante, e principalmente depois d'este facto, a que uma falta de vigilancia e de policia deu duração, confiámos que mais se não repetirão similhantes imposturas.

O Cod. Hesp., no art. 243.º, contemplou esta incriminação debaixo da epigraphie geral do cap. 7.º do tit. 4.º—De la

usurpacion de funciones, calidad y nombres supuestos, e pela mesma razão podia deixar de ser contemplada aqui, reservando-se para a secç. 5.ª do cap. 6.º, tit. 3.º

Comtudo bem pôde aqui ter cabimento como falta de respeito, e gravissima, á religião do Estado, a usurpação do caracter sacerdotal, quando acompanhada de effectivo exercicio de algum acto religioso. Alem de se dar no facto uma fraude qualificada, é uma verdadeira profanação, um sacrilegio.

No citado Cod. Hesp. se faz distincção, para a pena, entre aquelles que usurpam caracter que habilita para a administração dos sacramentos e exercicio dos actos proprios d'esse caracter, e os que sómente usurpam o de diacono e subdiacono.

Em verdade, por qualquer modo que este attentado se considere, a impostura e a profanação em si mesmas e por suas consequencias são crimes muito mais graves no primeiro que no segundo caso.

Não podemos portanto encontrar um motivo plausivel para justificar o não se haver adoptado n'este nosso Cod. a mesma distincção.

A pena, segundo o Cod. Hesp., é de *presidio maior* na primeira hypothese ou trabalhos forçados de doze a vinte annos dentro da península e ilhas Baleares ou Canarias, e de *presidio maior* ou de trabalhos forçados de quatro a seis annos dentro dos limites de certo estabelecimento, na segunda hypothese.

Comparado este nosso art. com o do Cod. Hesp., o *degreço temporario*, que é de tres a quinze annos, pôde ser pena exagerada nas usurpações de menor importancia e levissima nas de maior transcendencia.

A prisão penitenciaria mixta de trabalho e isolamento, de quinze dias a seis mezes, nas usurpações de segunda classe, e de sete mezes a dois annos nas de primeira classe, seria a nosso ver uma penalidade mais adequada e mais efficaz. Infelizmente faltam-nos, e não sabemos quando e por que milagre um dia teremos para este fim os estabelecimentos indispensaveis. Em quanto elles não existirem, o nosso systema penal e a sua applicação ha de necessariamente ser viciosa.

Sempre é certo todavia, que no maior numero de casos

o *degreço temporario* é pena excessiva, se considerámos os ministros do altar debaixo do ponto de vista de funcionarios do Estado, como os considera o Cod. no art. 132.º, quando offendidos.

Se a pena, segundo o art. 236.º, é então a de prisão de um até tres annos, sem prejuizo das penas de falsidade, se houverem lugar, o mais que se devia fazer era considerar um motivo especial de aggravação, para que a prisão se tornasse mais dura e nunca menor de dois annos.¹

Se considerámos porém os ministros do altar debaixo do ponto de vista de uma profissão auctorisada, então a pena ainda é mais excessiva comparada com a do § 2.º do mesmo art. 236.º, que é de seis mezes a dois annos de prisão e multa correspondente.

¹ Tinha-se questionado entre diversos auctores se os ecclesiasticos são funcionarios publicos ou do Estado.

Diz o abbade André. Curso de Leg. Civ. Eccl.:

«Les ecclesiastiques, remplissant un ministère sacré, ne sont point des fonctionnaires publics, parce qu'ils ne sauraient être considérés comme des agents du gouvernement.»

É porém certo que os ecclesiasticos exercem *funções*, e se muitas d'estas são puramente espirituaes, o seu exercicio é *publico*. Logo sob este ponto de vista são *funcionarios publicos*. Nem a religião se pôde abstrahir absolutamente da politica e do Estado em que existe, nem o caracter sacerdotal auctorisado pela lei civil se deve confundir com o caracter sacerdotal legitimado pela sagrada ordenação e canones da Igreja. Uma coisa são as relações mysticas do ministro do altar para com Deus e a sua posição na Igreja, com dependencia e sujeição exclusiva ao seu bispo ou ao summo pontifice, e outra coisa são as suas relações sociaes com submissão ás leis e principes da terra.

Tanto é pois verdade o dizer-se que os ecclesiasticos são *funcionarios publicos*, como affirmar-se que elles não são *agentes do governo*. São estas duas proposições distinctas, que não pugnam entre si e que nada têm de contradictorias.

ARTIGO 135.º

Todo o portuguez que, professando a Religião do Reino, faltar ao respeito á mesma Religião, apostatando ou renunciando a ella publicamente, será condemnado na pena da perda dos direitos politicos.

§ 1.º Se o criminoso for clérigo de ordens sacras, será expulso do Reino para sempre.

§ 2.º Estas penas cessarão logo que os criminosos tornem a entrar no gremio da Igreja.

Art. 29.º n.º 5.º e 6.º e ref. Cart. Const., art. 74.º § 7.º

Ninguém pôde ser perseguido por motivos de religião, contanto que respeite a do Estado, determina a Carta. Por isso, nem a heresia, nem a apostasia, nem o schisma podem ser delictos contemplados no Cod., se a sua manifestação externa não for tal que possa causar alguma perturbação ou escandalo.

Seguramente não falta ao respeito á religião do Estado quem n'ella não acredita, quem entende que deve prestar culto á Divindade por diversa fórma, e que todavia pôde ser um bom cidadão, bom pae, bom filho, um homem de bem a todos os respeito, emfim sem enfermidade alguma criminosa, que possa legitimar a pena social.

A Igreja não carece da espada secular, do direito da força, nem da perseguição para se manter. A Igreja sempre se tem mantido por entre os gentios, os herejes, os apostatas e os impios.

Os rigores penaes, restrictivos da liberdade de consciencia, só podem fazer *martyres* e constituir *hypocrisias*.

Foi sem duvida dominados por estas idéas que os AA. do Cod. só incriminaram a apostasia ou renuncia da religião do Estado, quando feita = *publicamente* =, isto é, em logar pu-

blico e diante de muitas pessoas, e ainda assim adoptaram unicamente para esse caso a pena da perda dos *direitos politicos*.

Não approvámos esta penalidade: 1.º, por ser contra a Carta; 2.º, por ser desigual e muitas vezes nulla.

Que é inconstitucional já o temos demonstrado; e quanto á sua desigualdade e nullidade, torna-se manifesta desde que se attender, que os delinquentes podem ser cidadãos, que em rasão de sua idade, sexo, posição social ou profissão, gosem de poucos ou de nenhuns direitos politicos; que podem ser réus de crime, em virtude do qual tenham já incorrido na perda ou suspensão d'esses direitos, como pena ou como effeito de pena; que podem mesmo appetecer ver-se livres do gozo d'esses direitos, quando os não apreciem e lhes sirvam mais de encargo e incommodo, cuja cessação lhes converta a pena em privilegio ou isenção.

Alem d'isso, similhante penalidade é inepta por ser inadequada, mesmo com abstracção da capacidade politica dos delinquentes.

Que força pôde ter a comminação de perda de direitos de cidadão contra um homem profundamente possuido da verdade de uma religião, e que portanto abjura publicamente o que reputa erro?

Julga o delinquente prestar culto a Deus e um serviço de amor aos homens, indicando-lhes o bom caminho; e quer o legislador que elle se abstenha do seu generoso proposito com o receio de privações ou vantagens politicas? As idéas religiosas são cosmopoliticas; abafa-las cada um no peito é um impossivel, até muitas vezes na presença do temor da morte e dos tormentos; então que efficacia pôde ter similhante penalidade?

Devia portanto, ou a lei considerar por tal modo firmes a crença nacional e a tolerancia religiosa, filha da civilização, que nenhum abalo, nenhuma perturbação podesse vir ou receiar-se de taes *renegações*, e consequentemente deixar a incriminação no silencio; ou supposta a falta de respeito e escandalo, escolher outra penalidade analoga á que foi adoptada no art. 130.º, que fosse real para todos, e não irrisoria para muitos ou antes para a maior parte dos delinquentes.

A Ord. do Reino, no liv. 5.º tit. 1.º § 4.º, qualificava a

apostasia crime puramente civil—porque a Igreja não tem aqui que conhecer, se erra na fé ou não—¹. Mello Freire contudo, no Ens. do Cod. Cr., tit. 5.º § 7.º, equiparava os apostatas aos herejes e lhes applicava as mesmas penas.

A Ord. do mesmo liv. tit. 2.º, também fulminava penas contra a *descrença* na religião, e os que *renegavam* da fé; admitia accusação popular e a denuncia!... Hoje felizmente pensa-se de outro modo.

A fonte proxima d'este nosso art. parece haver sido o art. 136.º do Cod. Hesp., que é assim concebido:

«El español que apostatare publicamente de la religion católica apostolica romana será castigado con la pena de *ex-trañamiento perpetuo*.» Mas alterou-se quanto á penalidade, tomando-se d'ella sómente um dos seus effectos.

O pensamento do Cod. Hesp. foi separar da sociedade o homem que quebra o pacto social na parte religiosa. O pensamento do nosso Cod. foi conservar esse mesmo homem na sociedade, mas n'uma situação amphibologica, porque se é cidadão quanto a direitos civis, não é cidadão quanto a direitos politicos.

É o ser e o não ser ao mesmo tempo! Os Cod. do Brazil, da Austria, de França, da Baviera, da Prussia e outros modernos da Allemanha, são omissos a respeito da apostasia.

A *apostasia* de que se trata no § 1.º é a da *perfidia* ou da *fé*, que consiste na renuncia completa da religião; não comprehendendo portanto a *apostasia de desobediencia*, que consistia no desprezo da auctoridade do summo pontifice ou dos canones da Igreja.

Assim esta segunda especie de apostasia só pôde ser punida pelo poder secular, quando possa ser qualificada entre as faltas de respeito a dogma definido pelas leis da Igreja, nos termos do n.º 1.º e § 2.º do art. 130.º

Era também conhecida a apostasia de *irregularidade*, de *ordem sagrada* ou de *ordem professu*, que consistia no abandono do exercicio e funções clericas ou monasticas; e é para

¹ Tirada do cap. 1.º e 2.º da Concordia d'El-Rei D. João I. que traz Pereira de *Mon. Reg.*

notar, que tendo nós não só ecclesiasticos presos á religião pela sua ordenação, mas também religiosos pela sua profissão e votos, e sendo um escandalo e falta de respeito á religião para estas pessoas a abjuração publica dos deveres que contrahiram, o Cod. fique a esse respeito no mais profundo silencio.

Effectivamente se tem visto clerigos abandonar habito, tonsura e exercicio das suas ordens; assim como freiras, abuzando da licença, viver fóra da clausura; passando estas e aquelles vida completamente secular e muitas vezes desregulada, com publico e geral reparo, sem que por tal motivo sofram a menor correção da parte da auctoridade publica.

O direito canonico ainda reconhece, como especie distincta, a de *apostasia relapsa*; mas esta entra na regra geral das *reincidencias* para se tomar em contemplação ao tempo da condemnação.

Quanto á pena adoptada n'este § 1.º, contra o clerigo apostata, é gravissima, porque se todo o homem que obedece á voz da sua consciencia e da sua razão não pôde ser punido senão em razão do escandalo e falta de prudencia na manifestação publica das suas idéas, nenhuns outros motivos especiaes militam contra o clerigo, que não existam contra o secular.

Não deve portanto fazer-se distincção, e a have-la se daria pelo contrario a favor do clerigo, que não pôde apostatar em consciencia, sem ou se constituir em estado permanente de mentira, de impostura e de abuso de funções religiosas, ou de renunciar ao habito, tonsura, celibato, obediencia ecclesiastica e mais funções religiosas, tomando as apparencias de mau padre e de mau cidadão.

A apostasia externa ou renuncia publica é o unico arbitrio de honra que tem a seguir; constitue para elle uma necessidade moral; o que, nos termos do art. 14.º n.º 2.º e art. 20.º n.º 4.º, em logar de ser motivo de aggravação, o é de excusa ou de attenuação penal. Se pois se não adoptou para todos os apostatas a penalidade do Cod. Hesp., menos razão havia para que fosse adoptada contra os clerigos.

Suppondo porém alguma efficacia na penalidade, é esta uma intimidação que obrigará o clerigo a ser hypocrita, a si-

mular uma crença que não tem! Para não sair do reino, para não esmolar carece de fugir ser o que não é... Que consequências para a moral e para a religião!...

Já nos pronunciámos em geral contra esta penalidade, e aqui as nossas razões procedem com maior força. Se a presença do clérigo em liberdade no reino é perigosa, a prisão é o remédio penal conveniente, no reino ou no ultramar. A sociedade e a Igreja lusitana poderiam assim trazer ao gremio do catholicismo mais facilmente o delinquente, que expulsando-o e reduzindo-o á desesperação.

Quanto ao que se determina no § 2.º, que é traducção fiel do citado art. 136.º do Cod. Hesp.—Esta pena cessará desde el momento que vuelva al seno de la Iglesia—, não é menos repugnante com os principios do direito penal, mesmo os seguidos e proclamados no nosso Cod.

A duração das penalidades d'este art. e § 1.º é puramente condicional e indeterminada—em quanto os delinquentes se não reconciliarem com a Igreja.—

—Deus concede o perdão ao simples arrependimento, em tanto que os homens não esquecem as injurias senão depois de se vingarem d'ellas.—

Este é o systema e a regra seguida effectivamente pelos legisladores do mundo. Tudo para a expiação, nada ou quasi nada para o arrependimento, se o crime passou a ser facto consummado.

Predomina portanto para a punição dos culpados o mal nos seus *effeitos materiaes*, ficando em desprezo e esquecimento o mal na sua *causa moral*.

Aqui porém se faz uma excepção a esse systema. Se a Igreja, em nome de Christo, perdoou, os poderes do Estado, em respeito á mesma religião que protegem, não podem deixar de perdoar e de suspender a qualquer tempo a execução das penas.

Ha um simile d'esta excepção nos crimes de adulterio, como dispõe o art. 402.º § un., e nos de estupro e violação, conforme ao que prescreve o art. 400.º § un.; mas estes dois casos,

que se fundam no perdão da parte offendida, implicito ou explicito, não prestam argumento em favor da excepção de que trata o presente §, porque a lei penal não pune a offensa feita a Deus, mas a *falta de respeito* á religião do Estado, delicto puramente civil que nada tem com o peccado, nem com a sua absolvição pela Igreja.

Se todavia se toma em contemplação não o perdão de Deus, mas o *arrependimento* do apostata, então do mesmo principio se devem derivar consequências mais amplas para se evitar a incoherencia e injustiça, que manifesta o legislador em não fazer cabedal algum do arrependimento bem sincero e bem demonstrado para o effeito da redução das penas acerca de outros crimes e delictos mesmo religiosos, quaes os de que tratam os art. antecedentes, quando os culpados se mostram absolvidos pelo poder da Igreja.

É na verdade um grande contrasenso que o apostata de *perfidia*, que renunciou completamente á religião do Estado, fique pelo seu arrependimento livre de toda a pena, em quanto que o que não renunciou a ella, mas sómente divergiu em um ou alguns dos seus dogmas ou doutrinas tenha de soffrir todo o peso da condemnação, embora abjure os seus erros e se reconcilie com a Igreja.

Tanto respeito merecem as decisões d'ella, nos casos do presente art., como nos do art. 130.º, e ou, por tal principio, no presente § se não devia fazer a excepção, ou esta, por identidade ou maioria de fundamento, se devia ampliar aos mais casos do mesmo art. 130.º

Para se sair d'esta inconsequencia e contradicção devia ser supprimido completamente este §, deixando-se ao poder moderador o perdão das penas na hypothese de que trata, ou pelo menos converter a sua disposição em art. distincto e mais generico, abrangendo outras disposições penaes do presente cap.

Além d'isso deve-se notar: 1.º, que o § na sua letra, para eximir da pena temporal os delinquentes que os tribunaes condemnarem, com apreciação do elemento *tanto moral como material* do facto, dispensa o conhecimento dos motivos que levaram o apostata a reconsiderar o seu procedimento. Não foi a lição moral e religiosa contra o erro, mas, ou a desconsi-

deração publica e infamante da perda de direitos políticos, ou os desejos que nascem de uma ambição, ou as privações em paiz estranho, as que produziram o resultado da restituição ao gremio da Igreja: assim o legislador com igualdade premeia tanto a virtude como a hypocrisia.

Declina toda a responsabilidade e contenta-se com o facto material da restituição. Ficam pois sabendo taes delinquentes que têm no uso de um meio moralmente illicito, a hypocrisia, o de não só prevenir os effeitos da condemnação, mas de sustar qualquer processo e execução embora pela solemnidade da sua abjuração o escandalo seja facto consummado.

2.º Que por esta fórma contém o Cod. n'este logar uma disposição repugnante á Carta Constit., art. 71.º e 74.º § 7.º, quando chegou a haver sentença condemnatoria com transitio em julgado, pois que, na conformidade d'esses art., o poder moderador compete *privativamente* ao chefe supremo da nação, e entre as attribuições d'esse poder se conta o *perdão ou modificação das penas impostas por sentença*.

Se os delinquentes não podiam ignorar no momento da acção que a lei qualifica de falta de respeito á religião do Estado o facto da apostasia publicamente manifestada; se, nos termos do art. 14.º n.º 2.º, é em relação a esse momento que se aprecia o *elemento moral* do crime; se o *elemento material* passou á ordem dos crimes consummados; se a reparação do damno, mesmo quando *espontanea* e anterior a qualquer processo, nos termos do art. 20.º n.º 9.º, sómente é uma circunstancia attenuante e nunca dirimente; se entre os meios de extincção de penas impostas por sentença, o Cod. no cap. 3.º, tit. 4.º do liv. 1.º, sómente conheceu e estabeleceu o legitimo perdão ou a prescrição; a disposição d'este § 2.º, que parece plausivel á primeira vista, é injustificavel.

CAPITULO II.

DOS CRIMES COMMETTIDOS POR ABUSO DE FUNÇÕES RELIGIOSAS.

ARTIGO 136.º

Todo o Ministro Ecclesiastico, que se servir de suas funcções religiosas para algum fim temporal reprovado pelas Leis do Reino, será condemnado em prisão correccional e multa de um mez até tres annos.

Art. 30.º n.º 1.º e 4.º, e mais art. ref.

Este art. contém uma incriminação geral, que as excepções feitas nos seus §§ 1.º e 2.º mais confirmam.

A incriminação geral nas palavras *para algum fim temporal reprovado pelas leis do reino*—é extremamente vaga. Comprehende muitos e variados factos criminosos qualificados pelo Cod., a que deveriam corresponder penas mais graves que a prisão correccional, embora aggravada a penalidade com a multa.

A declaração portanto, que se encontra no n.º 2.º do art. 138.º—*salvos os casos em que este crime pelas suas circumstancias tenha o caracter de crime mais grave*—era aqui precisa, e se podia dispensar-se como subentendida n'este art. 136.º, tambem devia ser dispensada como subentendida n'aquelle n.º 2.º

Esta lacuna torna o art. repugnante n'esses casos mais graves, e perigosa a sua applicação; por isso que o juiz, qualificando o crime como *abuso de funcções religiosas*, pôde considerar-se obrigado a cingir-se á letra da lei, como especial no seu objecto, sem lhe importarem as consequencias ou os factos resultantes do mesmo abuso.

Tambem pela redacção d'este art. se fica em duvida, se a incriminação do *abuso* ou do emprego das funcções religiosas é punivel, quer se siga quer não o *fim temporal reprovado*. A affirmativa parece-nos verdadeira, e enfraria o facto punivel, quando não consummado em seus resultados, na ordem ou da

tentativa do crime ou do delicto frustrado, se não fosse consistir a incriminação especial precisamente no *emprego dos meios* para se conseguir o dito fim.

Por esta forma, a incriminação existe com abstracção não só da maior ou menor gravidade dos resultados que se pretendiam obter, mas ainda da maior ou menor quantidade e qualidade dos meios empregados.

Sem essa abstracção, para haver delicto frustrado seria preciso, nos termos do art. 11.º, que o delinquente praticasse *todos os actos* de execução ao seu alcance, que deviam produzir e não produziram o resultado illicito. Aqui não se exigem *todos*, mas bastam *alguns*, posto que absurdos, inadequados ou insufficientes.

Assim procede a incriminação, ainda no caso de simples *tentativa*, em primeiro ou segundo grau; e o que é mais, pela combinação dos art. 7.º, 8.º e 9.º, n'este caso a suspensão do emprego das funções religiosas não livra o ministro ecclesiastico da imposição de uma pena, e só lhe pôde servir como circumstancia attenuante, segundo a regra geral do art. 20.º n.º 11.º, pelo immenso arbitrio que fica aos julgadores, nos termos do art. 83.º n.º 1.º e § un., e mesmo pela grande distancia entre o maximo e o minimo da pena que se estabelece.

Pelas repugnancias, difficuldades e aberrações das regras geraes que assun resultam d'esta incriminação especial, parece-nos que ella podia muito bem ser dispensada. Devia ser punido o delicto demonstrado pelo seu *resultado*, e não o facto demonstrado só pela *tentativa* ou pelo *emprego dos meios* para se obter esse resultado.

A qualidade d'esses meios não deveria excluir o facto da consideração ou da tentativa ou do delicto frustrado; e se se conseguir o fim reprovado em si mesmo pelas leis do reino, temos delicto consummado, no qual o abuso se deve reputar uma circumstancia aggravante, que foi o que dispoz o mesmo Cod. no art. 19.º n.º 9.º

Sem duvida o legislador teve em vista incriminar o *abuso* em si mesmo, sem prejudicar a punição do crime mais grave nos seus graus de tentativa, crime frustrado ou consummado; mas alem de não ser explicito a esse respeito, como foi no

cit. art. 138.º § 2.º o facto do *emprego dos meios com abstracção do seu objecto e resultado*, ou entraria melhor nas faltas de respeito á religião do Estado, de que tratou o art. antecedente, aggravadas por serem praticadas por um ecclesiastico com infracção dos deveres especiaes do seu ministerio, ou ficaria como circumstancia aggravante, com relação a qualquer crime ou delicto commum, nos termos do cit. art. 19.º n.º 9.º

Acresce que os abusos de funções religiosas devem ser reprimidos pelas penas correccionaes e disciplinares da Igreja, com as quaes portanto nada tem o poder temporal, se não ha facto material sensivel, que cause escandalo ou mal social que seja indispensavel reprimir; circumstancia que o art. não exige como cumpria.

Resta igualmente a questão sobre a competencia do Cod. Penl., para entrar pela jurisdicção disciplinar, com offensa do principio geral que todos os funcionarios superiores são investidos de similhante jurisdicção sobre seus subordinados; e quando de facto e de direito os arcebispos conhecem e devem conhecer, para os fins da correcção, de todas as reclamações e queixas contra os seus suffraganeos, e os bispos das que forem dirigidas contra os ecclesiasticos das suas dioceses, impondolhas as penas canonicas.¹

Tanto pois os principios de administração publica, como os de respeito á religião do Estado, as conveniencias sociais e as regras especiaes em materia penal, demandam imperiosamente que esta materia seja reconsiderada e emendada.

Os ecclesiasticos, como funcionarios com exercicio publico auctorizado e protegido pelas leis, subsidiados pelo the-

¹ A Igreja tem as suas penas disciplinares de admoestação, de reprehensão, de censura, de transferecia, de remeisa para um seminario por mais ou menos tempo, de interdicção parcial ou total das funcções do sagrado ministerio, da suspensão se são parochos, da substituição por encomendados, da revogação de titulos amoviveis e mesmo dos immoviveis, imposta segundo as regras canonicas, salvos os recursos á Corôa em caso de excessos na repressão, e o concurso do poder temporal, quando se trate de suspensão ou demissão permanente de bispos ou de parochos, como se acha estabelecido em França por meio de leis especiaes e concordatas. Vid. M. BLOCK verb. = *culte catholique* = n.º 50.º e seguintes.

souro ou pelas contribuições impostas aos povos pelas mesmas leis, e como ministros da religião, considerada sob o seu ponto de vista político, são rigorosos empregados publicos, como já temos ponderado, e n'essa qualidade podem ser punidos pelo poder social, em rasão dos abusos de exercicio de suas funções.¹

Mas fica ainda a questão politica sobre a conveniencia e justiça da incriminação, quando a imposição das penas vae desconsiderar os ministros do Altar; a pena temporal vae duplicar a punição ecclesiastica, deve-se suppor que a auctoridade ecclesiastica ha de intervir para manter a boa ordem no serviço da Igreja; os seus canones são providentissimos a tal respeito, e o Chefe do Estado ou os seus delegados têm sempre o direito de suprema inspecção para reclamar ou admoestar as auctoridades ecclesiasticas, quando não pròvam de remedio.

¹ Assim foi entendido pelo legislador hesp. no art. 306.º, declarando que as penalidades fulminadas contra os empregados publicos, por abuso de funções, deviam ser applicadas nos ecclesiasticos, e o seu commentador Pacheco diz sobre similhante declaração:

«De seguro los jueces de tal clase estaban naturalmente comprendidos en lo que se decía de todos los jueces, y á nadie podía ocurrir la menor duda sobre ello.»

E na idéa d'esta assimilhação concorda completamente o Cod. no tit. art. 19.º n.º 9.º, nas palavras:

«Ser o criminoso *empregado publico*, civil, militar ou *ecclesiastico*.» N'esta conformidade se vê do mod. Dictionario sobre a Admin. Franc. de M. Block, á expressão = *fonctionnaires publics* = dar-se uma interpretação comprehensiva do clero nas suas diversas jerarchias.

Não podemos portanto concordar com a opinião emitida em contrario pelo sr. Levi no seu Comment., tom. 2.º, toda quando auctorizada assim por um juriconsulto de tanta esperança e talento, e posto que fundada nas observações de Chauveau e de Berlier. De resto toda a expressão da nossa legislação é conforme, como se vê da Cart., art. 75.º § 2.º, 3.º e 4.º; Dec. de 5 Agosto de 1833, art. 2.º, etc.

ARTIGO 136.º

§ 1.º O que abusar de suas funções religiosas, se o abuso consistir na revelação do sigillo sacramental ou em seducção de pessoa sua penitente para fim deshonesto, será degradado por toda a vida.

Art. 29.º n.º 4.º e ref.

Não encontrámos modelo d'esta incriminação *especial* aos ministros ecclesiasticos em Cod. algum penal da Europa, e em verdade parece-nos que não deve nem pôde ella ser objecto da legislação criminal, por isso que os seus elementos constitutivos não podem ser apreciados pelos tribunaes criminaes.

O que se passa no confessorio, no tribunal da penitencia, entre o confessor e o penitente, é reputado só como do dominio do *fôro interno*; não tem por juiz e testemunha senão a Deus e, nos casos de abuso pela revelação, não pôde ter por prova senão a affirmativa do ministro ecclesiastico, por imprudencia ou para dar fé á propalação, ácerca da sciencia de um facto adquirida no referido tribunal; ou uma declaração feita por denuncia ou confissão extrajudicial do mesmo penitente, que ou é a pessoa offendida por essa propalação, ou que pôde querer por esse modo vingar-se de um clérigo que teve *atruinde* noticia de um facto qualquer.

Mas nem uma nem outra confissão devem ser admittidas a demonstrar a existencia do facto, segundo as regras do direito criminal. A admissão d'essas confissões em juizo importa a aggravação solemne do escandalo na maior revelação do sigillo sacramental, ou são sempre insufficientes e defeituosas como confissões para prova de crime.

O revelador portanto, para credito da moral, da religião e decoro da honra e tranquillidade das familias, deve ser considerado, tido e havido por calumniador e como tal perseguido, sem que possa ser escuso da pena sob pretexto algum,

nem se lhe admittir prova *aliunde* dos factos que dá como sabidos por meio da confissão.

A lei penal, quando houvesse de prevenir essa circumstancia, deveria presumir, *juris et jure*, falsa e mentirosa essa allegada razão de noticia, e puni-la como calumnia junta a outra calumnia, como offensa e falta de respeito á religião do Estado, como *heresia* enfim — *sapit heresim* — nos termos do Alvará de 12 de Junho de 1769, declarando-a comprehendida como erro de doutrina condemnado pela Igreja, no espirito e letra da Ord. liv. 5.º tit. 1.º

Este Alvará continha, contra a revelação do sigillo sacramental, a seguinte disposição:

«Item: Porque as penas canonicas, que são do fóro da «Igreja, não obstaram até agora para cohibir a atrocidade de «um tão barbaro e horroroso delicto, e porque no ministerio «do Santo Officio tenho delegado a parte da Minha Regia «Jurisdicção, que se faz necessaria para punir com penas ex- «ternas e corporaes os que delinquem contra a Fé e Reli- «gião: Mando, que todas, e quaesquer pessoas, contra as quaes «se *procar*, que *abusarão do sigillo sacramental*, sem diffe- «rença alguma de abuso simples, ou qualificado, sejam sem «misericordia cumulativa e irremissivelmente condemnadas «pelo mesmo Santo Officio *nas penas de morte natural, de «infamia, e de confiscação de todos os bens*, para o meu Fisco «e Camara Real, na forma da Ord. liv. 5.º tit. 1.º»

Mas esta ordenação caducou por si mesma, desde a abolição da inquisição.

A perseguição d'esses crimes tornava-se possivel perante esse tribunal, admittida a *denuncia* tanto da parte do confessor como da parte do penitente, e a captura d'este e consequente processo inquisitorial e secreto só por virtude da delação ou declaração da pessoa offendida ou mesmo de uma terceira pessoa.

As regras de investigação inquisitorial suppriam a deficiencia das regras civis, e o tribunal pronunciava armado de toda a plenitude do poder temporal e espiritual.

Isto acabou, e acabando resta o crime ecclesiastico, o crime do fóro interno, punivel pelas censuras e penas canonicas,

salva sómente a injuria, assim como a reparação do damno ou offensa resultantes da diffamação.

As leis criminaes, protectoras sempre da religião do Estado, devem suppor sempre que o confessor não pôde *humanamente* ter conhecimento de facto algum por meio da confissão; que não pôde, sobre o confessado, ter memoria nem reminiscencia senão no acto da confissão e até ao momento da absolvição, para a imposição da condigna penitencia. Consequentemente devem essas leis punir a mentira, a calumnia, a diffamação, mas nunca a revelação do sigillo em si mesma.

É certo que no Cod. Pen. Fr. se encontra o art. 362.º que contém a seguinte disposição:

«Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, «ainsi que les sages femmes et toutes autres *dépositaires*, par «*déat ou profession des secrets qu'on leur confie*, qui, hors le «cas où la loi les oblige a se porter dénonciateurs, auront «révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un «mois à six mois, et d'une amende de cent francs a cinq cents «francs.»

Esta determinação, que passou sem alteração na revisão de 1832 para o projecto belga de 1834 e de M. Haus, foi adoptada no conselho d'Estado para o Cod. de 1840, sem discussão alguma. Na exposição de motivos apenas se falla em geral *dos depositarios de segredos que se lhes confiam*, e se indica que a incriminação é nova. Nenhuma palavra ahi se encontra que seja relativa á revelação do sigillo sacramental.

Comtudo os commentadores são uniformes em considerar os confessores comprehendidos na disposição do art., como é Rogron, Merlin, Carnot, Chauveau et Hélie, Moria e outros, e nenhum encontrámos que pensasse de outro modo.

Mas, com quanto seja grande arrojio nosso afastar-nos d'esta opinião, parece-nos que ella seria insustentavel se no nosso Cod. existisse hoje a incriminação concebida em termos similhantes.

A disposição do art. refere-se áquelles depositarios de segredos que *não têm uma obrigação absoluta de os denunciar*, mas só com excepção dos casos em que a lei lhes prohibe

guardar o segredo. Ora os confessores têm uma obrigação, uma *proibição absoluta* sobre o sigillo sacramental.

A razão da S. Thomás, questão 70.^a art. 2.^o:

«Quia hujus modi non scit ut homo, sed tanquam Dei minister, et majus est vinculum sacramenti quolibet hominis præcepto.»

O tribunal de cassação de Paris assim o julgou, em termos geraes e absolutos, por Acórdão de 30 de Novembro de 1840, não só para respeitar a inviolabilidade e a natureza mystica do acto da confissão sacramental, mas tambem para reconhecer em principio que a revelação feita n'esse acto não é propriamente uma revelação, pois que não é recebida *senão para o effeito do sacramento e com a condição da sua inviolabilidade*, que expira portanto, que desaparece, para quaesquer effeitos civis e externos.

É verdade que Merlin, á palavra *confesseur*, dá como corrente a opinião de Bouchel, exceptuando os casos de crime de lesa-majestade de primeira cabeça. Mas esta opinião é precisamente a que foi reprovada e anathematizada pela Igreja. Pertence ao dogmatismo dos jesuitas ou dos sigillistas, fulminados especialmente pelas bullas de Bento XIV e entre nós pelo citado Alvará de 12 de Junho de 1769.

Perguntava Henrique IV ao padre Cotton: «Se alguém tiver tomado a resolução de me assassinar e o conhecesses por meio da confissão, farias a revelação á justiça?»—«*Nunca*, respondeu o padre, mas eu collocaria o meu corpo entre vós e o assassino.»

S. João Nepomuceno era o confessor da rainha Joanna, mulher de Venceslau rei da Bohemia, e preferiu ser precipitado e perecer nas aguas a revelar os segredos da rainha nem para confirmar nem para destruir os crimes do rei.

O padre, diz Carnot, foi *canonisado* em 1712 e a memoria de Venceslau votada á execração dos seculos.

Consequentemente o art. 378.^o do Cod. Pen. Fr., mencionando *nomeadamente* os medicos, cirurgiões e outros officiaes de saúde, assim como os porteiros e quaesquer outros depositarios dos segredos que se lhes confiam, e sendo assim considerado *exemplificativo*, não pôde comprehender os mi-

nistros confessores, por serem diversas as circumstancias, e não proceder portanto, maxime em materia criminal, o argumento de analogia.

Demais as palavras *depositarios dos segredos*, que é já uma expressão figurada, não é cabida nem applicavel aos confessores.

A confissão faz-se perante Deus, para quem nada é occulto e que assim não recbe por ella *deposito algum*: o confessor não faz mais *que ouvir a confissão*, e não é n'esse acto mais que um ministro de Deus.

O conhecimento que o ministro ecclesiastico adquire de segredos confessados não é um *deposito*, que seja obrigado a *conservar*. A obrigação pelo contrario reduz-se toda a *esquecer* o confessado e não trahir nem a Divindade de quem é ministro nem a boa fé, a crença, a confiança do penitente, não na pessoa do confessor, mas na religião e na inviolabilidade do fóro interno do tribunal da penitencia.

Quanto á segunda parte da incriminação, relativa á sedução de pessoa penitente para fins deshonestos, apparecem as mesmas difficuldades, em relação á impossibilidade legal da prova do delicto.

Quem são as testemunhas do facto? Offensor e offendidos. Se alguém estava perto do confessorio, que viu ou que presenciou, praticou um acto immoral, porque todos se devem afastar d'esse lugar durante a confissão; e então o conhecimento adquirido por meio torpe não pôde merecer credito em juizo.

Outros porém são os meios de prova no fóro da Igreja e para effeitos espirituaes, conforme as regras que sómente podiam ser seguidas pela cumulativa jurisdição do tribunal da inquisição.

Portanto, parece-nos que tambem esta incriminação deveria ser omitida nos termos em que se acha concebida.

Não importa isto dizer que fiquem impunes os actos consummados que se seguirem do abuso do confessorio.

Assim o confessor, convencido de ter commercio carnal com alguma sua penitente, e sendo por esse facto suspeitado de haver empregado a solicitação por meio do confessorio, deve ser punido com toda a severidade.

Tambem não importa isto dizer que o facto da seducção se não torne do dominio da lei penal, quando for manifestado por factos presenciados involuntariamente no acto da confissão por testemunhas presencias ou por troca de palavras ditas calorosamente, que sejam ouvidas pelas mesmas testemunhas. O facto é não só então criminoso civilmente em razão do escandalo, mas transpõe as raízes do fóro interno para entrar nas do externo, sujeito a exame de provas pelos tribunaes criminaes.

Alem d'estas reflexões, occorrem muitas outras que mostram a imperfeição d'este § 1.º

As duas especies não deviam ser confundidas ou juntas na mesma incriminação, por serem de differente natureza e gravidade.

Na primeira temos um *acto consummado* na effectiva revelação do sigillo sacramental. O confessor serviu-se do confessorario, como meio de alcançar o conhecimento de um facto com o fim de o revelar, e esse resultado teve lugar.

Na segunda temos incriminada a *tentativa*, o emprego sómente dos meios, embora se não conseguisse o fim deshonesto a que tendia a *seducção*, porque é n'esta e sómente n'esta que o § faz consistir o crime.

Depois, na hypothese da revelação não distingue a quantidade, qualidade e extensão ou comprehensão dos factos propalados.

Para todos sempre a mesma pena certa e indivisivel, sem maximo nem minimo!

Não se distingue n'este §. se pôde seguir-se damno, perigo, na fortuna, na honra, na vida ou na liberdade de alguém; qual a quantidade do damno, se effectivamente esse damno se seguiu, ou se foi sobre objecto insignificante e sem consequências muito prejudiciaes.

Qualquer que seja esse damno, grande, pequeno ou nenhum, sempre a mesma pena!

Alem d'isso, como nos termos d'este art. e § o abuso das funções religiosas sómente é punivel, quando for para algum fim temporal reprovado pelas leis do reino, e para fim deshonesto, no caso da seducção exercida no confessorario, e des-

honestos sejam, aos olhos da lei penal, os factos qualificados crime no art. 390.º e seguintes; tira-se por *conclusão*, que o Cod. não incrimina outros abusos tendentes a fins não offensivos da moral e da religião, ou qualificados taes pelo Cod. em si mesmos, mas que são abusos em razão da incompetencia da pessoa e do lugar em que são praticados.

Assim a seducção para que o enfermo ou o penitente faça testamento e contemple na sua terça taes ou taes estabelecimentos pios; a seducção para que a donzella case com determinada pessoa, ou se vote a Deus entrando em um mosteiro; a seducção para que o mancebo sente praça ou tome armas em defeza da patria; a seducção para objectos eleitoraes em favor de um governo ou de um partido; a seducção para que o penitente tome novo amo ou novo patrão, com esperanças de melhor tratamento ou de maior salario; estes e outros abusos que são aberrações dos deveres religiosos, posto que sejam canonicamente reprovados, ficam sendo licitos perante as leis do Estado, que permitem o que não prohibem.

Ainda mais, poderá o clérigo confessor, em todos os casos em que o Cod. Pen. releva da culpa e pena, o que denuncia o crime com declaração dos cúmplices, persuadir ou induzir o penitente para que vá fazer essa denuncia, porque n'esses casos marcha em harmonia com os desejos do legislador manifestados no mesmo Cod.

Mas se era este um dos pontos dos sigillistas, reprovado pela Igreja, e qualificado=*heresia*—pelo supracitado Alv.¹; a *heresia* cessou de ser crime, quando se não propaga ou se não pratica *publicamente*, como é expresso no art. 130.º do Cod.; o que exclue os factos acontecidos ou palavras proferidas no *confessorario*, que é lugar de todo o recato e segredo.

Finalmente, quanto á pena, nós a reprovámos: 1.º, em razão da *perpetuidade*. Que o clérigo seja um mancebo, que arrebatado por uma paixão politica ou por desejos carnaes cometta algum dos abusos incriminados, ou seja um velho que

¹ No Edital do Inquisidor Geral, Cardeal da Cunha, de 6 de Maio de 1745, era ordenado debaixo da pena de excommunição maior reservada, que todos os que sombessem por qualquer modo dos sigillistas, denunciasssem ou mandassem denunciar na mesa do tribunal.

incorrigível, faccioso ou debochado, pratique factos inteiramente analogos, no inverno das paixões, na tranquillidade do vicio inveterado; será este, como aquelle condemnado a passar o resto dos seus dias muitos ou poucos em um dos logares da Africa!

2.º Em razão da qualidade. Os crimes de que se trata carecem, por sua mesma natureza, de uma penalidade mais *penitenciaria*, mais moralisadora que o degrado simples e perpetuo, que fechando as portas á esperanza de rehabilitação, tambem as não abre por um modo efficaz ao arrependimento, nem para com Deus, nem para com os homens.

D'Héricourt, que *Merlin* cita, é de parecer que o padre que tem revelado uma confissão deve ser deposto das suas ordens e recluso em um mosteiro, para ali fazer penitencia.

Muito melhor que os mosteiros cumpre, que para este mesmo fim, se taes crimes podessem ser do dominio de um Cod. Penal, tenhamos as prisões penitenciaras adequadas, aonde com inhabilitação temporaria sejam estes delinquentes reclusos de seis mezes a dois annos, ou de tres annos a sete, segundo a gravidade das circumstancias.

3.º Em razão da sua injustiça relativa, comparada com a que se commina no §. 3.º do art. 130.º, contra o maior escandalo civil religioso que se conhece, o da profanação das Sagradas Fórmulas, ali punido com uma pena maior temporaria em toda a sua latitude de maximo e minimo; em quanto que n'este §, sem discriminação da qualidade e importancia de uma revelação, se impõe uma pena maior *perpetua*, mais grave que qualquer das temporarias, mesmo a dos trabalhos publicos, na conformidade do art. 47.º

ARTIGO 136.º

§ 2.º Se o abuso consistir em proceder ou mandar proceder á celebração do matrimonio, sem que previamente tenham tido logar as formalidades que as Leis civis requerem, será condemnado em prisão correccional de um até tres annos e multa de um mez a um anno.

Art. 30.º n.º 1.º, 4.º e ref.; art. 38.º

Estas formalidades são a precedencia de escriptura publica de esponsaes, quando os houver, e a audiencia e consentimento dos paes, tutores ou curadores, nos termos e com as declarações das Leis de 10 de Junho, de 29 de Novembro de 1773 e de 6 de Outubro de 1784, supprido esse consentimento em caso de recusa, quanto aos menores de vinte annos, nos termos do art. 340.º da Nov. Ref. Jud.

São mais, quanto aos nobres que têm fôro de moço fidalgo e d'ahi para cima, a precedencia de licença regia; mas as penas se reduzem n'este caso, conforme as Leis de 23 de Novembro de 1616 e de 29 de Janeiro de 1739, ao abatimento da nobreza, reservado ao arbitrio dos reis, e á prohibição dos tratamentos respectivos.

São finalmente mais todas aquellas que foram prescriptas no concilio de Trento que, pela sua adopção n'esta parte é lei do Estado, e que tendem a evitar os matrimonios clandestinos.

• N'este sentido são solemnidades essenciaes, tanto para o direito canonico como para o direito civil, a presença de um parochio e a de duas ou tres testemunhas:

«Qui aliter, quam presente parochio, vel alio sacerdote de ipsius parochia, vel ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles credit, hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti Decreto irritos facit et annullat.» Sess. 24.ª cap. 1.º de reform. matrim.

As penas, conforme ao Alvará de 13 de Novembro de 1651, a instancias das côrtes celebradas em Lisboa em 1641, eram as de confisco e degredo para fóra do reino, com comminação de morte em caso de quebrantamento, contra os contrahentes, as testemunhas e os que no acto do matrimonio *concorressem e intervissem*.

Além d'isso a accusação d'este crime ficou permitida a qualquer do povo, fez-se caso de devassa geral, e permittiu-se ao pae e mãe a desherdação. (Citado Alvará de 6 de Outubro de 1784.)

O matrimonio *clandestino* foi assim severamente acautelado e punido, como equiparado à bigamia.

Existem no mesmo sentido as disposições dos art. 199.º e 200.º do Cod. Fr., prohibindo as ceremonias religiosas de um matrimonio, sem que lhe preceda a apresentação, em devida fórma, de um certificado do acto civil.

Comminam estes art. pela primeira vez a multa de 16 a 100 francos, pela primeira reincidencia, a prisão de dois a cinco annos, e pela segunda a *detenção*.

Mas com quanto a materia do sacramento seja o *contraio*.

Todavia, por direito divino ou dogmatico, a essencia propriamente dita está no consentimento racional dos contrahentes e na benção nupcial de um parcho. A exigencia de duas ou tres testemunhas pertence tanto á ordem publica como á disciplina da Igreja.

Entre n'esta qualificação o matrimonio contrahido sem o consentimento dos paes, com preterição de uma sollemnidade que tambem é exigida pelo mesmo concilio, por rescisão de similhantes matrimonios pôde intervir tanto o poder da Igreja como o poder civil. Gibert. C. Jur. Can. Proleg. tom. 1.º pag. 177.

Tambem cumpre advertir que, segundo as determinações de Bento XIV, na bolla = *satis nobis* = de 1741, não entram na classe de clandestinos os matrimonios secretos ou de *conscientia* que sómente são irregulares em razão da falta dos proclamas, irregularidade que mesmo não existe se o matrimonio é impedido ou ha justa razão de temer que o seja maliciosamente, o que o mesmo concilio entregou á prudencia dos bispos ou proclamos ordinarios.

Desde a publicação do Cod. de 1810 grandes difficuldades fez nascer a disposição d'estes art.

A separação inteira do contrato e do sacramento deu causa a que se procedesse entre os catholicos á celebração do matrimonio civil, existindo impedimentos canonicos não removidos.

Foi por isso declarado por Decreto de 21 de Outubro de 1814 que, para a celebração do matrimonio civil, era indispensavel a apresentação previa do

estas leis penaes são offensivas do poder espirital e dos direitos imprescriptiveis da Igreja catholica.

O Estado pôde abstrahir do sacramento para só considerar o contrato, e consequentemente não reconhecer os effeitos do matrimonio que assentar em contrato nullo ou illegal: porém não pôde regular, ordenar nem impedir o que respeita á *benção nupcial*, assim como aos sacramentos do baptismo, da confirmação, da eucharistia ou da penitencia.

O Estado pôde mesmo fulminar penas temporaes e seculares, severas e muito severas, contra os contrahentes, testemunhas e interventores do acto clandestino ou illegal, como fez pela Lei de 13 de Novembro de 1651, mas não pôde estabelecer cousa alguma sobre o modo, logar e tempo em que se hão de administrar os sacramentos.

«Os ministros da Igreja devem ser considerados (diz o apostolo S. Paulo, 1.º ad. cor. cap. 4.º v. 1.º) como ministros de Jesus Christo e os dispensadores dos divinos mysterios.»

Em França, aonde ha tolerancia de cultos, aonde o legis-

lathado ou certificado do caso ou pudre autorisado por este ou pelo ordinario, sobre a não existencia de impedimento algum canonico.

Mas outra Resolução de 7 de Março de 1815, revogando o art. 54.º da Lei de 13 germinal anno X, sobre a organização dos cultos, assim como o art. 199.º e 200.º do Cod., para respeitar o poder da Igreja sobre a benção nupcial, declarou entantão que só o matrimonio civil fundaria a legitimidade dos filhos e direitos dos esposos, para os effeitos civis.

Novos inconvenientes nasceram porém d'esta disposição; consequentemente, por outra de 19 de Janeiro de 1817, foi revogada, ficando assim suscitada a plena observancia dos citados art. do Cod. Pen.

Esta disposição do mesmo Cod. é fundada no art. 54.º dos Artigos Organicos de 25 messidor, anno IX, sobre a concordata, celebrada entre o governo francez e o papa Pio VII:

«Ils ne donneront la benediction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil.»

Sobre este ponto, dizia Portalis no seu relatorio:

«La loi ne reconnaît de valables que les mariages contractés selon les formes que la loi a établies; le sacrement n'est relatif qu'au salut des époux et aux grâces qu'ils peuvent recevoir du ciel.»

Entre nós não é assim. Não reconhecemos matrimonio valido para effeitos civis sem o concurso do sacramento. O matrimonio civil sem o sacramento não é mais que o concubinato tido e mantendo: se a lei o autorizasse sancionaria uma permisso offensiva do respeito devido assim á religião do reino, como á moral publica.

lador não liga effeito algum ao matrimonio religioso, aonde se considera como indifferente a presença de um parochio, a disposição dos citados art. é uma verdadeira anomalia.

Todavia, como os ministros da Igreja podem respeitar as formalidades previas exigidas pelas leis civis, sem offender as leis canonicas, a prudencia pede que elles se conformem em rasão dos graves inconvenientes que resultam sempre dos conflicts com o poder civil.

«Videte fratres, quomodo caute ambuletis... quoniam dies mali sunt» (diz tambem S. Paulo, ad. eph. cap. 5.º v. 13 e 16).

Assim, é essencial que os parochos e prelados do reino guardem e façam observar, *pro bono pacis et pro bono ecclesiae*, as referidas formalidades.

Notaremos contudo: 1.º, a inutilidade pratica d'esta disposição em quanto comprehende o abuso em se mandar celebrar o matrimonio, porque, comprehendendo assim os mesmos bispos do reino, não podem elles ser processados senão perante a camara dos pares, de que são membros natos, a qual se não constituiria facilmente em tribunal de justiça para esse fim.

2.º Que é excessivamente dura a pena que se commina contra os réus d'este crime, comparada com a do Cod. Fr., que sómente é de multa, e multa leve, pela primeira falta, em quanto que aqui é logo de prisão, não menos de um anno, e com o maximo de tres, aggravada ainda com a multa.

3.º Que alem das razões geraes que nos fazem reprovavar a penalidade = *multas* = ellas são com especialidade atrozes e injustas, sempre que forem impostas aos ministros do culto catholico.

O clero catholico é em geral pouco abundante de teres; vive dia por dia das esmolas e oblações dos fieis; os seus sobejos não são d'elle, são dos pobres, segundo os canones e os preceitos da Igreja.

Portanto o Cod. Pen. devia proteger essa pobreza e não a prejudicar, fazendo por essa forma passar a pena da pessoa do delinquente, contra a Carta, contra os sagrados deveres do parochio e contra o mesmo Cod., no art. 102.º

Tanto mais, attenta a situação precaria e reduzida do clero

portuguez depois da abolição dos dizimos e foraes, e que as congruas dos parochos dependem de um tributo especial exigido dos povos.

4.º Que a multa é incompativel aqui com a excessiva pena de prisão, porque, attenta a pobreza do clero, ha de converter-se por falta de meios em augmento de prisão nos termos do art. 101.º § 1.º

5.º Que era antes digna de ser imitada pelo menos a legislação do Cod. Fr., reduzindo a penalidade a uma admoestação formulada pela multa leve e sómente convertida depois na prisão pela contumacia, pelas reincidencias.

A primeira reincidencia é punivel ali com a prisão de dois a cinco annos sem multa. Entre nós, attenta a disposição do art. 86.º, terá de ser imposta a mesma pena no maximo de tres annos alem da multa, tambem no seu maximo.

O projecto do Cod. Belga de 1834 havia adoptado precisamente o Cod. Fr., mas o de M. Hauss, conservando a mesma multa sómente quanto á primeira falta, reduziu a prisão de um mez a dois annos em lugar de dois a cinco annos, quanto á primeira reincidencia, e de tres a cinco annos com degradação civil, quanto á segunda, em lugar da *detenção*.

6.º Que em lugar de se recorrer no caso das reincidencias ás regras geraes estabelecidas nos art. 86.º, teria sido mais acertado considera-las aqui especialmente, pelas razões que expende Carnot ao art. 200.º do Cod. Fr.

Pela primeira falta, quanto á celebração do matrimonio em contravenção da lei, a pena deve ser leve; porque, em respeito e veneração ao caracter sacerdotal, não se deve suppor que o ministro da religião tivesse uma deliberada tenção de desobedecer, e antes negligencia que má vontade.

Mas não assim já quanto ás primeiras e segundas reincidencias, porque essa presumpção favoravel cede na presença da reiteração no mesmo delicto, que demonstra uma desobediencia premeditada ou habitual aos preceitos da lei.

7.º Finalmente, que é maior o mal social resultante da repressão que se quer estabelecer contra os ecclesiasticos, que o mal social proveniente do delicto que se pretende reprimir.

Não sendo a pena tal que inhabilite o infractor do seu

ministério sagrado, findo o cumprimento da pena, voltará elle ao exercício de suas funcções sem força moral, manchado pela condemnação em grave detrimento da religião, e portanto da causa publica, que exigindo a manutenção do respeito devido á mesma religião, se não concilia com a desconsideração dos seus ministros¹.

Em conclusão, temos por inconvenientissima a incriminação e penalidade do presente § com relação aos ministros do altar, e muito mais se o delinquente for um paroco, um bispo ou um vigário geral. A repressão indirecta do abuso, quanto aos matrimonios clandestinos, deveria continuar nos termos do citado Alvará de 1651, mas a directa contra o celebrante ou que ordenou a celebração ficaria melhor reservada aos bispos para com os seus inferiores, guardando-se silencio a respeito dos mesmos bispos, porque é este um dos casos em que

¹ Se é certo, por direito da Igreja, que um bispo contrahê um matrimonio espiritual com a sua Igreja que sómente ao poder da Igreja pertence dissolver:

Matrimonium episcopi cum Ecclesia à Deo conjunctum, à solo Deo posse dissolvi, idcirco illius dissolutionem ad Dei Vicarium, neque papam, pertinet. Innoc. III, cap. 3.^o De translat.; e muitas outras disposições.

Se é certo que este vicio exprime o exercicio não interrompido de direitos e obrigações em proveito de milhares e milhares de cidadãos diocesanos de um bispo, toda a penalidade humana que impedir ou interromper esse exercicio, é tanto um attentado legal de falta de respeito a esse matrimonio, e portanto á religião do Estado, falta que a lei pune nos indivíduos como uma offensa do principio consagrado na lei fundamental e ao Cod., preservando que a pena nunca passe da pessoa do condemnado.

A esta ponderação se responderá que a pena não passa do bispo, e que se não devem confundir com ella os seus effeitos inevitáveis, do mesmo modo que um homem casado é punido, e seguem esses effeitos, embora em damno de mulher e filhos.

Maximamente: 1.^o que a questão não tem por objecto a impiedade, mas a qualidade e competência da pena; 2.^o que, na hypothese sujeita, a penalidade adaptada não tem os mesmos effeitos de interrupção de direitos, obrigações e interesses, quando imposta a um homem casado que conserva o exercicio dos seus direitos e deveres de familia, com quanto preso; 3.^o que o legislador deve sempre ter em vista que se o bem social é o que exclusivamente legitima a punição, é essencial que esta não fique sendo um mal social maior que a mesma falta que pretendeu reprimir; 4.^o que não havendo assim verdade moral, social nem religiosa na penalidade, esta se torna irrisoria, porque a opinião e moral publica absterrem a indulgencia do juiz, condemnando a sua severidade e rigorismo legal, e assim de facto a revogam. E poderá ter assim cunho do acerto e da prudencia legislativa sufficiente determinação? Dizemos que não.

é preferível que o legislador ou considere a infracção do dever civil e religioso como moralmente impossível, ou descanse plenamente na sanção moral, dispensando a comminação, certo além d'isso de que o summo pontifice não deixaria de admoestar ou reprimir o bispo, se a tal respeito se collocasse em collisio com as leis do Estado.

O Cod. do Brazil labora a este respeito nos mesmos delictos que condemnamos, porque não só nos art. 241.^o e 248.^o comminou penas contra os ecclesiasticos que procedessem á celebração do matrimonio contra as leis do imperio, mas lhes impoz sempre a prisão, com a differença porém: 1.^o, que entendem, e com razão, que as mezas e suas formalidades das leis civis não deviam ser tomadas em consideração, o que faz ver por um modo palpavel a inconveniencia da redacção do presente §, empregando sem distincção alguma as palavras = *formalidades que as leis civis requerem* =; 2.^o, que omitida a incriminação da preterição das formalidades punia a das *irregularidades substanciaes*, em relação ás *capacidades* exigidas pelas leis, assim como os matrimonios clandestinos; 3.^o, que considerou delicto menos grave a *clandestinidade* que a preterição da exigencia das *capacidades*, acompanhando n'este caso a prisão da multa.

Effectivamente a omissão das formalidades não substanciaes não passa de uma *contravenção*; a *clandestinidade*, como prejudicial á ordem publica e certeza dos direitos entre as familias, além do vicio da fraude ou simulação que o facto apresenta, pôde já constituir um *delicto*; mas praticar scientemente um acto *nullo* por lhe faltar o seu objecto legal e religioso, qual o do *contrato*, materia do sacramento, em razão de incapacidade absoluta de ambos ou de algum dos contrahentes, e autorisar assim o adulterio, o incesto, o concubinato, a deploravel situação dos filhos, as demandas em separação ou annullação, tem um alcance moral e social muito mais extenso; e por isso pôde ser classificado *crime*.

A confusão d'estas diversas especies, em que o nosso Cod. aqui labora, evitou o Cod. do Brazil; e assim, pelo menos, as suas duas incriminações sobre o objecto, ao passo que são mais definidas, não apresentam os mesmos inconvenientes, além da

sua menor severidade penal quanto ao maximo da prisão e importancia da multa, admissivel só por metade em uma hypothese e não correspondente em todas como no presente § se estabelece.

Todavia os juizes, no immenso arbitrio penal que o Cod. aqui lhes concede entre o *mínimo* de um mez e o *maximo* de tres annos, poderão, apreciando a maior ou menor intensidade moral e material do maleficio, trazer a applicação da lei aos seus justos limites, recorrendo a regras ou principios geraes.

ARTIGO 137.º

Todo o ministro ecclesiastico, que no exercicio do seu ministerio, em sermões ou em qualquer discurso publico verbal ou escripto publicado, injuriar alguma auctoridade publica ou atacar algum dos seus actos ou a fórma do Governo ou as Leis do Reino, ou negar ou pozer em duvida os direitos da Corôa ácerca de materias ecclesiasticas, ou provocar a qualquer crime, será punido com a pena de prisão de um até tres annos, e multa de tres mezes até tres annos.

Art. 30.º n.º 1.º e 4.º, e ref.

O Cod. Hesp., art. 295.º, só incrimina especialmente como *abuso* dos ecclesiasticos no exercicio das suas funções, quando elles em sermão, discurso, edicto ou outro documento pastoral, com relação a determinada lei, decreto, ordem, disposição ou providencia da auctoridade publica, fizerem censura a esses actos, como contrarios á religião.

A pena que commina é toda correccional, e se reduz ao *desterro* para fóra de um districto.

Concorda na incriminação o Cod. Fr., no art. 201.º, para o caso da *censura por palavras*, e no art. 204.º, que é especial para o caso da *censura por escripto*. No primeiro caso a pena é de prisão de tres mezes a dois annos; no segundo é imposta a de banimento.

Concorda tambem o Cod. das Duas Sicilias, art. 142.º A pena é a de prisão correccional do segundo ao terceiro grau, ou de sete mezes a dois annos, podendo ir até cinco annos.

A estes artigos corresponde este nosso nas palavras: « Todo « o ministro ecclesiastico, que no exercicio do seu ministerio, « em sermões ou em qualquer discurso publico verbal ou es- « crito publicado atacar algum dos seus actos (da auctori- « dade publica) ou a fórma do governo ou as leis do reino...,

«será punido com a pena de prisão de um a tres annos, e multa de tres mezes até tres annos.»

O primeiro defeito que encontrámos n'esta parte da incriminação é a de confundir abusos em discurso, com abusos por meio de escripto publicado.

Tambem o Cod. Hesp. e o das Duas Sicilias confundiram estas duas especies, mas foram cuidadosamente consideradas distinctamente no Cod. Fr., como fica notado.

A favor da distincção estavam, não só as razões de justiça, derivadas da maior somma de mal resultante do que se publica por escripto, do que do que se diz de palavra, posto que em logar publico, mas tambem o precedente parlamentar da Lei de 3 de Agosto de 1850, art. 3.º §§ 13.º e 14.º¹

¹ A este respeito tínhamos nós escripto em 1850, na *Analyse Crit. e Jur.* sobre a proposta de lei regulamentar do § 3.º art. 145.º da Carta, o seguinte:

«Quanto aos *oradores sagrados*, que desvalidos, pobres, sem algum daquelles incentivos que desafiavam o génio, alguma daquellas considerações que faziam nobre e amar essa carreira, como out'a qualquer de gloria, não terão subido á Camara dos Dignos Pares representação alguma, como fizeram ha pouco os leites da Universidade de Coimbra!

«Alguns d'elles se resignarão facilmente, reconhecendo que o seu primeiro dever prudencial será d'alli em diante não se importar em demasia com as cousas de politica; dar menor importancia, menor desenvolvimento a tudo que possa ter allusão a crimes ou a delictos committidos por altos funcionarios publicos; não descrever com tão felas cores as penas eternas, que necessariamente devem temer os perjuros empedernidos, que não estrupulizam em violar a Carta e em provocar assim as desgraças e crimes inseparaveis das revoluções; ser tão reservados que os principes, os ministros d'Estado, os membros das Camaras legislativas, os grandes e os poderosos possam frequentar os templos, ouvir as predicas, as homilias, semão para receber honvores, ao menos para não escutar uma *ironia*, uma *allusão*, uma *allegoria* que possa diminuir-lhes respeito, que toquem para si ou que algum dos circumstantes lhes applique.

«Quem perderá n'esta reserva, n'estas cautelas, será a religião e com ella a sociedade, fallando-lhe um freio ao crime, ás prevaricações, se não effica directamente para com aquelles que as praticam, ao menos de grande valor indirectamente, pelo *escandalo* das almas piedosas que o reverso lhe custa sempre affrontar ou provocar!

«Outros porém dos ditos *oradores sagrados*, conhecendo melhor a sua missão toda *evangelica*, toda de *precativa divina*—*Euntes ergo docete omnes gentes*—Math., cap. 28.º, conhecendo melhor os seus deveres pregarão sobre a moral, declamarão contra os vicios com a mesma coragem, com a mesma liberdade, sem distincção de grandes nem de pequenos, de fidalgos nem de plebeus, de ricos nem de pobres, e a toda e qualquer lei do seculo, repressiva do seu ministerio, responderão do pulpito orando e pedindo perdão, não para

Sobre tudo ainda, a coherencia; por isso que o mesmo Cod., no art. 420.º, distinguia a incriminação, e conforme á distincção graduou a penalidade nos casos de ultraje á moral publica.

si, mas para os legisladores, como o Divino Salvador fez da cruz—*Pater, dimitte illis, non enim sciunt quid faciunt*—Luc., cap. 23.º

«Mas por isso mesmo que os justos clamores dos oradores sagrados não hão de chegar ao parlamento, eu me considero constituido na rigorosa obrigação de tomar a sua defeza.

Antes de tudo cumpre notar, que sendo uma grande novidade a ingerencia da lei civil, e por consequencia da auctoridade secular e de um tribunal e juizo excepcional, na repressão de abusos committidos no exercicio de funções religiosas, mesmo quando se pudesse abstrahir dos principios especiaes, reguladores na materia sujeita, só uma *utilidade publica* transcendente e bem demonstrada, poderia justificar uma alteração tão importante a respeito do que sempre desde remotos seculos se praticou entre nós.

«In rebus novis constituendis evidens esse debet utilitas, ut recedatur ab eo jure, quod dictu æquum videtur est.»

L. 2.º ff. de constit. princ.

«Conforme com os principios proclamados, reconhecidos nas nossas leis antiquissimas, velhas e novas, o poder temporal não intertem nas cousas e negocios meramente ecclesiasticas ou espirituaes de um modo directo, mas sómente como *protector da Igreja*, como seu *defensor* e dos seus sagrados canones ou constituições.

«Sem duvida que o poder temporal, que tambem tem por dever o *fazer viver os povos em paz e tranquillidade*, sempre manteve, nem podia deixar de manter a sua auctoridade e inspecção suprema, para vigiar que nos congressos sagrados se não tratem negocios alheios do seu santo fim, e que não degenerem em conventiculos profanos, que machinem a ruina do imperio, e ponham em perturbação o Estado, como diz nos Estat. da Universidade de Coimbra, liv. 1.º tit. 3.º cap. 7.º § 29.º, e no liv. 2.º tit. 3.º cap. 3.º § 14.º, o que é applicavel aos ajuntamentos dos leites nos templos para ouvirem um bispo, um parcho, um doutor theologo, que abusar do seu sagrado ministerio da pregação, com o mesmo depravado fim.

«Mas sempre se entendeu tambem que incumbia ao poder temporal, n'esses actos de *vigilancia*, como subordinados essencialmente ao dever de *supremacia protecção*, o *zelar e fazer guardar o credito e estimacão da religião*, como luminosamente se lê no Aliv. de 30 de Abril de 1653.

«N'esta conformidade, o poder temporal vigia para que os prelados reprimam e castiguem os abusos que se commetterem, admoesta os mesmos prelados que forem omissoes, presta-lhes o auxilio da força publica, quando d'ella careçam; mas deixa-lhes livre a sua acção, para nas cousas ecclesiasticas fazerem o emprego das penas canonicas, que sobre mais decorosas á religião, são as competentes, e que, note-se bem, sendo a religião *catholica, apostolica, romana*, garantida como *religião do reino*, como é expresso no art. 6.º da Carta, e devendo todos *respeita-la*, como exige o § 4.º do art. 145.º da mesma Carta, de que os depositarios do poder temporal devem dar o primeiro exemplo, não

O segundo defeito que encontrámos é no rigor de duas penas, qualquer d'ellas excessiva para os casos de que se trata.

Quanto á de multa reproduzimos aqui o que já fica dito,

devem aquellas penas ser aggravadas, alteradas nem substituídas senão por outras da mesma natureza e pelo poder da Igreja.

« Assim o consideraram os collaboradores da Constituição de 1822. art. 8.º, quando, a respeito dos abusos da imprensa em materias religiosas, estabeleceram que ficasse salva aos bispos a censura, e que o governo os auxiliasse para serem punidos os culpados.

« Na especie de que se trata, sendo certo que o ministerio da *prédica* pertence com toda a especialidade aos bispos, aos *parochos* ou aos que pelos primeiros estiverem autorisados; sendo certo que em direito canonico se acham proscriptos os abusos, toda a casta de offensas e de escandalos que os oradores sagrados podem commetter, e que os mesmos bispos têm jurisdicção propria para cohibir e punir taes excessos.

« *Nemini dent ullam offensionem, ut non vituperetur ministerium eorum; si, quod absit, Prædicator errores aut scandala disseminaverit in populum, episcopus ei prædicationem interdicit.* »

Cont. Trid. de reform.

« Sendo certo que os mesmos bispos podem ainda mais desembanhar a espada da Igreja contra os culpados incorrigíveis ou libertinos; sendo certo que a *pregação* não pôde ser exercida senão por aquelle que tem *missão* para assim o fazer: — *quomodo prædicabunt, nisi mittantur?* — Ep. aos rom.; sendo finalmente certo, que não convem mexer com os *pregadores* sagrados, por isso que a palavra de Deus é tão necessaria para o christão, como é o pão para o alimento do homem — *non in solo pane vivit homo, sed in omni verbo, quod procedit de ore Dei*; — parece-me em conclusão que todas as indicações, tanto da prudencia como da utilidade publica, obstam a que mereça approvação a novidade que a proposição introduziu, quanto aos abusos commettidos pelos oradores sagrados.

« Esta disposição desconceitua e desacredita os ministros do altar, fazendo ver que elles têm abusado do seu sagrado ministerio; desconceitua e desacredita os bispos encarregados de prohibir o pulpito aos clérigos, reus de taes attentados, assim como do seu castigo e censura; e de tudo isto não pôde vir senão muito mal á mesma religião, muita falta de respeito ao animo e ao coração dos povos acostumados a ver nos ministros o seu proprio espelho.

« Não é assim pois que deve proceder-se na repressão de abusos ou de escandalos commettidos no exercicio do ministerio religioso, nem assim é que o governo tem costumeado proceder.

« Podia apontar, e até de *facto proprio*, alguns exemplos, cujos documentos existem no ministerio da justiça, repartição dos negocios ecclesiasticos; documentos notaveis pela diplomacia adequada que foi necessario empregar, pureza de sua linguagem, que muita honra fazem ao eruditissimo official maior, chefe da mesma repartição, que produziram todo o resultado que se desejava, porém que não foram senão confidencias muito particulares, e que nunca portanto foram publicadas no *Diario do Governo*, nem serci eu agora que lhes dê publicidade, limitando-me a dizer que foi evitado o escandalo, vingada a pureza da religião e da moral, sem se faltar ao decoro e respeito devido aos príncipes da Igreja.

acrescentando que não foi adoptada n'estes casos por nenhum dos tres Cod. apontados.

Quanto á de prisão, porque a estabelecida na Lei de 3 de Agosto de 1850 em caso similhante, quando houvesse escripto publicado, tendo o mesmo maximo de tres annos, tinha contudo um minimo até seis mezes, a que podia descer; e quando houvesse abuso sómente de palavra, nunca a pena podia ir a mais de dezoito mezes, tendo por minimo tres mezes.

Esta lei não comprehendeu, excluiu mesmo os oradores sagrados. O Cod. não só os comprehendem, mas aggravou as penas, misturando na mesma incriminação e penalidade duas especies diversas na gravidade!

Além d'isso, essa lei não incriminou a simples *censura* das leis e menos ainda dos *actos* das auctoridades. O Cod. tolhe agora, fazendo essa incriminação aos oradores sagrados, aquillo mesmo que não tolhe a qualquer cidadão.

O nosso art. determina mais que soffra as mesmas penas o ecclesiastico, que pelos mesmos meios — *injuriar alguma auctoridade*. —

N'esta parte parece-nos que o art. fica em desharmonia completa com o art. 181.º, que pune este crime sómente com pena de prisão, excluida a de multa, e a prisão tem ali o maximo de dois annos e um minimo de dois mezes. Mesmo com a circumstancia aggravante, indicada no § 1.º do mesmo art., a pena tem o minimo de tres mezes, em quanto que este nosso art. não admite minimo inferior a um anno.

Tambem a *resistencia effectiva*, na violencia empregada sem armas, contra as auctoridades publicas, com o fim de impedir o exercicio de suas funcções ou mandados em execução das leis, é punida precisamente com a mesma pena — *prisão de um a tres annos*, e multa de *tres mezes a tres annos* —, art. 186.º, que por este nosso art. a *simples injuria* dita no exercicio do seu ministerio, de palavra ou por escripto, por um ministro ecclesiastico contra essas mesmas auctoridades.

Determina mais este nosso art. que estas penas se appliquem ao ministro ecclesiastico que — *negar ou pazer em duvida os direitos da corôa acerca de materias ecclesiasticas*. —

Antes de tudo notaremos, que esta incriminação para ser

entendida careceria de muito maior desenvolvimento e da necessária clareza que não tem.

Direitos da corôa com relação a materias ecclesiasticas é uma expressão vaga e confusa. Na presença da lei fundamental que nos rege, deveria antes dizer-se=direitos do Estado ou do poder temporal=em contraposição a=*direitos da Igreja ou do poder espiritual*.=

Direitos da corôa sobre materias ecclesiasticas são aqui entendidos seguramente, como equivalentes do=*Jura Principis circa Sacra*=de que tratou o nosso Mello Freire nas suas Inst., liv. 1.º tit. 3.º; porque direitos da corôa são restricta e particularmente aquelles que competem ao Rei exclusivamente, ou como pertencentes ao poder moderador ou como pertencentes ao poder executivo.

A expressão=*materias ecclesiasticas*=tambem é de muito difficil intelligencia, porque envolve gravissimas questões, como são as relativas aos direitos do Estado sobre a *administração da fé*, em relação aos ministros, à sua instrucção, às missões, aos livros, aos concilios, etc.; e sobre o que toca à *disciplina*, ao *culto externo*, às pessoas ecclesiasticas e aos bens que a Igreja administra.

A Igreja é considerada a um tempo como corpo politico e como corpo mystico e sagrado. É um corpo politico em relação ao Estado, é um corpo mystico em relação a Jesus Christo, de que são vigarios os bispos e primeiro chefe de entre elles o papa.

Esta ligação intima faz com que necessariamente duas potencias ambas soberanas se achem associadas no governo da Igreja, sendo uma, a *temporal*, primeira na *ordem natural*, porque a Igreja está no Estado, e não o Estado na Igreja; outra, a *espiritual*, a primeira na *ordem sobrenatural*.

Todo o poder, qualquer que elle seja, é propenso a transpor os seus limites, a invadir os de outro poder. O poder religioso, apesar do seu espirito de paz, de indulgencia e de moderação, não escapa a esta tendencia, a esta lei da humanidade, por isso mesmo que tem órgãos humanos. Esta tendencia é tanto mais pronunciada, quanto o poder religioso se apresenta no mundo mais sincero, mais ardente e mais convencido que o poder temporal.

Insensivelmente o governo das sociedades se tornaria uma theocracia, se o poder temporal não tivesse direitos sobre materias ecclesiasticas, não para definir nem regular o que é puramente espiritual, mas para se defender, principalmente aos estados em que domina com mais ou menos força o catholicismo; pois que o poder temporal se acha desarmado na presença de um chefe espiritual, que é igualmente um soberano temporal e que reside em territorio independente.

O poder temporal pela sua parte invade tambem a jurisdicção e competencia da Igreja, pretendendo exercer direitos de defeza ou de repressão ou de prevenção que não tem, que não pôde ter; porque são desnecessarios ao fim social, e porque atacam a independencia da mesma Igreja.

N'esta luta entre o sacerdocio e o imperio, quaes são os direitos de um e de outro? Quaes são os que um pôde exercer sobre o outro sem se destruir, antes caminhando para o mesmo fim, a bem do genero humano?

A resposta é quasi impossivel. Os theologos, os canonistas, os publicistas, os juriconsultos, os philosophos, quanto mais têm trabalhado sobre esta questão, mais a têm confundido.

Dominados uns pela exaltação da controversia, outros pelo espirito da adulação, outros por falsas idéas religiosas ou politicas, têm semeado trevas em lugar de luz.

E pois facil concluir desde já que esta incriminação assim tão vaga, concebida em termos tão genericos, é inadmissivel; porque não é dado ao common dos homens, talvez a pessoa alguma, definir nem descrever com clareza e menos com assenso universal quaes sejam os direitos da corôa ou do poder temporal sobre materias ecclesiasticas.

Quaes são pois esses direitos? Quando é que os ministros ecclesiasticos os não podem negar nem mesmo pôr em duvida sem se tornarem como cidadãos réus de crime?

Com a mesma razão com que os ministros do imperio defendem os direitos do Estado, os ministros do sacerdocio defendem os direitos da Igreja. Uns e outros usam de um direito, cumprem um dever, não se injuriam portanto reciprocamente; e podem não ter sciencia, deve mesmo presumir-se

que têm ignorancia do mal que praticam, e que obram por erro e em boa fé.

Para que pois se lhes possa fazer crime de pôr em duvida os direitos da corôa ou do poder temporal, é preciso que especificadamente se designem aquelles direitos que se têm por incontroversos, e nenhuns outros mais.

Por exemplo, será réu de crime o que negar ou pozer em duvida o padroado regio, nos termos do art. 75.º § 2.º da Carta; o direito de conceder ou negar o *beneplacito* aos decretos dos concilios, letras apostolicas, e quaesquer constituições ecclesiasticas, art. 75.º § 14.º da mesma Carta, e art. 10.º do Acto Additional; o de impedir que haja culto algum publico, que não seja o da religião do Reino, e o de permittir aos estrangeiros o exercicio do seu culto particular em casas para isso destinadas, nos termos do art. 6.º tambem da mesma Carta; e finalmente, nos termos do art. 145.º § 4.º, o de permittir e de manter efficazmente a liberdade de consciencia, e de só reprimir os actos que se convertam em faltas de respeito á religião do Estado ou em offensas á moral publica?

Mas achando-se todos estes pontos expressos na Constituição do Estado, que é a primeira das leis, e applicados em muitas outras leis correlativas, ficava o abuso de que se trata prevenido nas palavras do art. *—atacar... as leis do reino—*; e portanto as que seguem são redundantes, alem de terem uma significação vaga e obscura, com a qual se tornam ainda mais repugnantes os termos da incriminação *—pôr em duvida—*.

Pois duvidar de um direito que se não declara, que se não descreve, que se não conhece, poderá ser um crime?

Quanto á penalidade, alem dos vícios apontados, se converteria n'estes casos na mais grave das injustiças, por deficiencia de verdade moral no facto incriminado, sempre que se não tratasse de algum dos direitos consignados na Carta, ou se tratasse de ingerencia do poder temporal em materias puramente espirituaes.

O mesmo art. finalmente incluiu no mesmo contexto e debaixo da mesma penalidade o abuso do ministro ecclesiastico, que pelos mesmos meios, no exercicio de suas funções, *—provocar a qualquer crime—*.

Esta determinação tem concordancias no Cod. Fr., art. 202.º, 203.º, 205.º (reformados em 1832) e 206.º, consideradaahi especialmente com distincção da simples injuria ou ataque dirigido contra as leis ou actos do governo.

Os crimes são: 1.º, a provocação *directa*, por meio de discursos publicos, á desobediencia ás leis ou aos actos da auctoridade publica, ou que tiver por objecto sublevar ou armar uns contra outros cidadãos.

A pena é a de prisão de dois a cinco annos, se a provocação não produziu effeito, e a de *banimento*, se deu lugar á *desobediencia*, mas sem tomar o caracter de sedição ou de rebellão, pois tomando-o, se a algum dos réus for imposta uma pena maior, essa mesma seja qual for soffrerá o ministro ecclesiastico.

2.º A provocação *directa*, por meio de escripto pastoral, para o mesmo effeito supra indicado.

A pena é então sempre a deportação, salvo nos casos de rebellão ou de sedição o soffrimento da pena maior imposta a qualquer dos réus d'esses crimes.

Já se vê pois a imperfeição do art., em quanto fez uma só incriminação do abuso pela provocação a *qualquer crime*.

Vem assim a comprehender *—todas os crimes—* debaixo da mesma penalidade, que fica excessivamente grave no seu minimo para uns e excessivamente diminuta, mesmo no seu maximo, para outros. A estes inconvenientes se attendeu nos cit. art. do Cod. Fr.

Depois este art. não distinguio, como fez o Cod. Fr., a provocação *directa* da provocação *indirecta*; seguiu antes a disposição geral do art. 1.º da Lei Fr. de 17 de Maio de 1819, que punia com igualdade umas e outras provocações.

Tambem abstrahiu dos effeitos, dos resultados da provocação, para graduar a pena, como fez o Cod. Fr.

Talvez que a esta ultima reflexão se responda que ficam salvos os casos em que o crime por suas circumstancias tenha o caracter de mais grave, como se declara no art. 138.º n.º 2.º

Mas esta resposta, quando fosse procedente, não remediava os casos em que o crime por suas circumstancias tenha o ca-

racter de mais leve que o correspondente á penalidade que o art. estabelece.

Em segundo lugar, este art. 137.º dispoz para um caso *especial*, assim como o art. 138.º n.º 2.º; e não é lícito em materia criminal recorrer a argumentos de analogia, como é principio consignado no art. 18.º

Em terceiro lugar, se o legislador quizesse resalvar os crimes mais graves, te-lo-ia aqui feito, assim como fez n'esse n.º do art. 138.º

Todos estes inconvenientes se remediavam, se o Cod. guardasse silencio sobre este objecto, porque a provocação então ficaria, para que em vista d'ella o ministro ecclesiastico fosse considerado auctor ou cúmplice do crime, segundo as regras geraes do Cod. no art. 25.º e 26.º, com a circumstancia aggravante tirada da posição e estado religioso, nos termos do art. 19.º § 9.º

Por ultimo notaremos, com Pacheco, ao art. 295.º do Cod. Hesp., que se não deviam confundir *abusos* dos ecclesiasticos no exercicio de suas funções, com *crimes graves* por elles commettidos no mesmo exercicio.

O Cod. Hesp., nos casos de rebelião, considerou especialmente a incriminação, punindo então, no art. 169.º, os factos com penas correspondentes mais graves que as do art. 295.º

O Cod. do Brazil incriminou estes factos para todas as pessoas, com abstracção dos ecclesiasticos, mas comprehendendo-os consequentemente nos art. 85.º até 110.º

No art. 90.º trata da provocação *directa* por meio de escriptos, fazendo distincção entre os impressos e os não impressos, mas distribuidos estes a mais de quinze pessoas.

A nossa Lei de 3 de Agosto de 1850, no art. 3.º § 6.º, incriminou em geral os que aconselhassem ou de *qualquer modo provocassem* á rebelião ou á sedição ou á resistencia ás leis ou ás auctoridades no exercicio de suas funções; fazendo nos §§ 13.º e 14.º a distincção entre o abuso pela palavra e o abuso pela escripta.

A Lei de 22 de Dezembro de 1834, repressiva dos abusos da liberdade de imprensa, que se achava em vigor ao tempo da publicação do Cod., contém a respeito dos escriptos publi-

cados penalidades, que eram maiores ou menores *segundo a* qualidade e gravidade dos abusos, mas que em verdade eram demasiado leves, quando tivessem de ser applicadas aos crimes mais graves de que trata em ultimo lugar este nosso art. 137.º

ARTIGO 133.º

Será condemnado em multa, conforme a sua renda, de um anno até tres, o Ministro da Religião do Reino, que abusar de suas funcções:

1.º Não cumprindo devidamente as decisões passadas em julgado dos Tribunaes civis competentes nos recursos á Corôa;

2.º Executando Bullas ou quaesquer determinações da Curia Romana sem ter precedido Beneplacito Regio, na fórma das leis do Reino, salvos os casos em que este crime pelas suas circumstancias tenha o caracter de crime mais grave.

Art. 30.º n.º 4.º e ref. ao art. 41.º

Este art. contém debaixo da mesma penalidade duas incriminações distinctas de abuso de funcções religiosas; uma é a do n.º 1.º, sobre a falta de cumprimento das decisões tomadas em recursos á corôa, e outra a do n.º 2.º, sobre a omissão de beneplacito regio na execução de bullas ou quaesquer determinações da curia romana.

Quanto á primeira incriminação mostra-se no Cod. Nesp., art. 296.º, uma disposição analogá no seu objecto, mas diversa na pena que ali é a de *inhabilitação*, ou temporaria, de tres a oito annos, ou perpetua em caso de reincidencia.

O fundamento da incriminação não se deriva de modo algum da supposição de direitos do Estado ou da corôa, para intervir nas decisões tomadas sobre objectos religiosos da exclusiva competencia dos juizes ecclesiasticos, mas sim da suprema inspecção sobre o *exercício externo e publico* de uma jurisdição existente no Estado e auctorizada pelas leis civis, com quanto independente d'ellas.

Não explicito, como é a similhante respeito, fica o pre-

sente n.º 1.º remissivo ao direito existente, que é de tempos immemoriaes praticado entre nós e geralmente por quasi todas as nações, com relação ao catholicismo. Trata-se unicamente de remediar, pela effectiva execução das decisões tomadas sobre taes recursos, os excessos de *notoria oppressão ou força*, ou da violação do direito natural, no exercício de auctoridade externa, praticada pelos *juizes ecclesiasticos*, como se exprime a Ord. do liv. 1.º tit. 9.º § 12.º, ou *vigarios da vara*, segundo a expressão do art. 270.º da Ref. Jud.

A alteração aqui feita na legislação em vigor tem por principal objecto substituir pelas *multas* as *temporalidades*, a que antes se procedia, nos termos não só da citada Ord. e da do mesmo liv. tit. 12.º § 6.º, mas das Cartas Regias de 21 de Junho de 1617, 28 de Julho de 1620 e 4 de Outubro de 1686.

Assim como os romanos pela interdicção da *agua e do fogo* obrigavam indirectamente um condemnado a *expatriar-se*, assim nós indirectamente obrigavamos a submissão os juizes ecclesiasticos resistentes ás decisões tomadas sobre taes recursos.

Não se tocava na pessoa d'elles dentro nem fóra de sua casa, mas eram apprehendidas as suas cavalgadas, salva a occasião em que n'ellas fossem montados, as suas rendas, os seus moveis externos, assim como se intimavam os seus creados para que os não servissem.

A final, se estes meios não produziam o desejado effeito, o ecclesiastico era expulso do reino em todo o rigor da *desnaturalisação*, depois de esgotados esses meios, que podiam ser empregados todos ou alguns, segundo as circumstancias do caso e as que occorressem.

Similhões *temporalidades* praticavam-se até á referida Carta Regia de 1617, mais, como n'ella mesma se declara, por costume immemorial que por virtude de lei escripta, e taes como se achavam desde então definidas existiam conservadas até á publicação do Cod., como se vê do art. 376.º da dita Ref. Jud.

Mas agora a multa de um a tres annos que aqui se impõe ou é inefficaz e irrisoria quando se trata de um juiz ecclesi-

tico rico ou abonado, que facilmente a possa satisfazer pelos seus proprios meios ou por outros subministrados por espirito de facção ou de fanatismo, ou se torna violentissima como de confisco indirecto e de conversão em prisão, quando aquelle juiz for pobre.

Similhante pena não tem analogia alguma com o crime, circumstancia que, segundo os principios que já expendemos, a torna inadequada para a punição; e não tem por effeito formular uma correção, mas trazer o ministro da religião á submissão por um alvitre todo material, privando-o dos meios da sua subsistencia. Não é uma pena para corrigir, mas um expediente para obrigar á prestação da conformidade ás decisões dos tribunaes civis.

Mesmo não considerada a multa como simples expediente de coacção material, foi demasiado o salto que por virtude do Cod. a penalidade verificou, por ser a penultima das penas correccionaes, segundo o art. 30.º

Alem dos defeitos d'esta alteração, quanto á penalidade em si e com relação aos delinquentes, acresce que considerada como pena nem ha justiça relativa na sua applicação á hypothese, nem é proporcional ao facto a que se dirige.

Conforme ao art. 135.º § 1.º, o clérigo que renuncia publicamente á religião catholica é expulso perpetuamente do reino, em quanto que o que desobedece aos mandados da justiça e lhes resiste é apenas condemnado em multa! O art. 188.º commina a pena de prisão até tres mezes contra qualquer cidadão que *faltar á decida obediencia aos mandados da auctoridade publica*; a simples testemunha que recusa responder ás *perguntas judiciaes* é condemnada na mesma pena até seis mezes; o crime agrava-se em razão do *dever especial* imposto por lei aos juizes ecclesiasticos, e comtudo a desobediencia por elles praticada em menoscabo das sentenças emanadas dos tribunaes em nome do Rei, é punida somente com a referida multa, e quando, pelo art. 186.º, se essa *desobediencia* tomasse o caracter de *violenta*, em razão do poder de que se acha revestida a auctoridade ecclesiastica, a pena deveria ser a de prisão de um a tres annos, alem da multa.

Verdade seja que a multa é grave, porque é comminada de

um a tres annos cujo maximo em um anno póde ir a 730\$ réis, que, duplicada ou triplicada, conforme a regra estabelecida no art. 41.º § 4.º, póde produzir por substituição na falta de pagamento a prisão por muitos annos; mas ainda por este lado similhante penalidade, como illusoria para uns e pouco sincera para outros, não é propria da dignidade do legislador e menos com relação aos ministros da Igreja, ao passo que por estylo e costumes do reino se começava pelas pequenas *temporalidades*, que sómente se agravavam na presença da *peritancia*.

Demais, este n.º na sua redacção = *não cumprindo devidamente* = dá lugar a que se possa entender que os juizes serão sempre punidos com o mesmo rigor, tanto se desobedecerem completamente como se discreparem em algum ponto que lixe menos cabalmente satisfeito. Mas ista é medir pela mesma bitola dois graus diversos em gravidade que provocavam uma repressão distincta.

Alem d'isso, nos termos do art., carece-se de um processo sobre a desobediencia e de uma sentença condemnatoria com todas as formalidades legais e recursos, sem o que não podem ser averiguadas nem as circumstancias da falta do cumprimento, *absoluta* ou *indevida*, nem graduar-se a pena entre maximo e minimo; e assim ficou virtualmente alterada a disposição da Ref. Jud., que simplificava este processo, reduzindo-a a mera intimação de cumprimento com a comminação das temporalidades.

Similhanças temporalidades não eram meio de punir, mas de *constranger* ao cumprimento das sentenças, como é a prisão de um depositario até que entregue o deposito. O Cod., alterando essa providencia, que era de *execução especial*, preferiu na sua letra a *punição* do não cumprimento das sentenças. Se os juizes ecclesiasticos escolherem a alternativa da multa ou da prisão, arrastados por convicção, capricho ou fanatismo, passarão por martyres ou por Catões, mas os tribunaes civis ficarão sem força a não lhes acudir, por fóra do Cod., alguma auctoridade superior ecclesiastica ou quaesquer outras providencias do governo, que mantenham a prerogativa da corôa confiada pela lei aos mesmos tribunaes.

Isto faz ver: 1.º, que as temporalidades da nossa antiquíssima legislação e costumes do reino, até ao remedio extremo da desnaturalisação, eram meios mais adequados, cuja insufficiencia ou exorbitancia não havia sido conhecida no decurso de tantos seculos; 2.º, que da formula penal contra a desobediencia de que se trata, adoptada pelo Cod., preterida a de comminação segundo a forma de processo estabelecida na Ref. Jud., o Cod. ficou repugnante com o seu mesmo fim e intenção, que não foi punir a falta de cumprimento das decisões dos tribunaes civis, mas *constranger* a esse cumprimento pela temporalidade, multas ou seus accessorios de substituição; 3.º, que não é possível conciliar o pensamento do legislador com a letra da sua disposição, porque exige *condemnação, apreciação do facto e graduação da pena entre máximo e mínimo*; 4.º, que o Cod. é incompetente para assim incriminar a falta de cumprimento das sentenças dos tribunaes civis, por isso que se elles têm competencia para julgar, devem logo ter á sua disposição os meios necessários para a execução material dos seus julgados, sem dependencia de processo criminal, nem portanto de condemnação penal contra aquelles a quem compete obedecer.

Pelo nosso antigo direito era ao juiz da corôa que competia julgar sobre a questão, e, por virtude de Accordão em Relação, se expedia *Carta rogatoria* ao juiz ecclesiastico para que desistisse da violencia e oppressão. Se esta Carta não fosse cumprida se expedia outra dirigida ao respectivo *corregedor* para *intimar* ao mesmo juiz ecclesiastico o cumprimento da sentença.

Com certidão do não cumprimento a questão passava a ser decidida em ultima instancia no Desembargo do Paço, ouvido o mesmo juiz ecclesiastico, que era obrigado a comparecer e assistir ao assento que ali se tomasse. Só depois de esgotadas estas formalidades é que, com simples certidão do provimento, se requeria o cumprimento e se procedia ás temporalidades.

Depois, pelo Decr. de 17 e Port. de 21 de Maio de 1821 ficou revogada esta pratica na parte em que se expediam *Cartas rogatorias* e se tomavam *assentos* sobre ellas; mas

pelo Decreto de 6 de Maio de 1824 foi restabelecida a legislação anterior, com a alteração sómente de se tomarem os assentos sem dependencia de segundas das ditas Cartas e de se declarar que não seriam admittidos *recursos frivolos, nem sobre as materias que tocam privativamente a jurisdicção espiritual*.

Extinctos os antigos tribunaes e substituidos pelos novos em conformidade com a Carta, conservou-se na essencia a mesma legislação e as temporalidades, como meio de coacção, depois de intimada com assignação de dez dias, com a comminação d'ellas, a sentença passada em julgado, nos termos do citado art. 376.º da Ref. Jud.

Agora, convertida a *comminação judicial em comminação penal*, fica virtualmente transformado todo este systema, carecendo-se de autoar a desobediencia, constituir corpo de delicto e seguir novo processo até final condemnação. Processo inutil, inconveniente e incompativel a respeito de um juiz ecclesiastico que se livra solto, que permanece no exercicio de suas funcções e que não pôde ser distraído nem suspenso d'ellas sem grave prejuizo dos negocios da sua jurisdicção.

Em conclusão pois, este objecto deve ser reconsiderado e emendado, e — *pro bono pacis et pro bono ecclesie* — seria mais prudente que elle fosse tratado especialmente fóra do Cod. Pen., contemplado sob o seu verdadeiro ponto de vista, não de *repressão de abuso*, mas de tornar *effectiva a execução* das decisões dos tribunaes civis; não de violação de uma lei penal, mas de *erro de officio* na falta de cumprimento dos decretos de um dos poderes do Estado.

Para este effeito conviria celebrar *concordata*, pela qual se estabelecessem regras certas, nas quacs tomassem parte ambos os poderes espiritual e temporal, e assim se mantivessem entre esses poderes a boa harmonia das suas relações, tão necessaria como a que deve existir entre os poderes politicos do Estado.

«Ce qui est vrai, diz Vivien, Estud. Adm., pour les rapports des pouvoirs politiques entre eux ne l'est pas moins pour les rapports du pouvoir civil et du pouvoir religieux.»

Acrece que as palavras d'este n.º 1.º, fallando de *ministros da religião* e não sómente dos *juizes ecclesiasticos* se-

gundo a Ord., ou *vigários da vara segundo a Ref.*, podem ser entendidas de modo que fundamentem recursos á corda por abuso de funções religiosas, nos actos que não são nem podem ser directa nem indirectamente do dominio das leis civis, como os de cura d'almas, nem mesmo nos casos em que os cidadãos se sintam opprimidos ou violentados, porque essa violencia ou oppressão, toda moral com effeitos meramente espirituaes, ou é estranha aos poderes do Estado, ou dá lugar a representação ou queixa ao superior legítimo, que proverá como for mais conforme aos preceitos do evangelho, disciplina e canones da Igreja; e só podertam ser incriminados os actos de escandalo ou de injuria publica, não para serem objecto de recurso á corda, mas para o fim de serem reprimidos pelos meios de processo ordinario, segundo as circunstancias e ainda precedendo certas garantias, para que só possam taes processos ser intentados com auctorisação previa do governo ou de designado tribunal, em harmonia com o que se acha estabelecido para os mais funcionarios do Estado e se pratica em França, pela actual significação que ali têm os seus recursos = *appels comme d'abus* = mais ampla que a dos nossos = *recursos á corda*. =

O conselho d'estado toma ali conhecimento d'essas queixas ou para as rejeitar *in limine*, se infundadas, ou para concluir por uma declaração de abuso, censura puramente moral, ou para em casos mais graves auctorisar a remessa da questão aos tribunaes communs; em quanto que os antigos recursos com o mesmo nome tinham, como os nossos recursos á corda, por fim reprimir os excessos e invasões das jurisdicções ecclesiasticas¹.

Quanto á determinação do art. em o n.º 2.º se nos offerece a ponderar que é antiquissimo entre nós o exercicio do direito do beneplacito regio, para se podrem dar á execução as bullas, breves ou rescriptos da corte de Roma. Na Ord. Affonsina, liv. 2.º, se encontra o tit. 12.º que trata = Das letras que vem da corte de Roma ou do Gram Mestre, *que nam sejam publicadas*, sem Carta d'El-Rei = e o § un. d'este tit. se refere a uma lei d'El-Rei D. João I e ao costume inalteravelmente seguido pelos Reis seus antecessores.

Segundo esta Ord., § 5.º e 6.º, a pena contra quem publicasse esses diplomas sem o beneplacito era de cem cordões de ouro para a chancellaria, se o delinquente fosse cavalleiro ou fidalgo ou vassallo ou qualquer pessoa de similhante condição; e se fosse de inferior condição era a de açoites publicamente e degredo até mercê regia.

O tabellião que fizesse tal publicação perdia para sempre o officio, era preso e degradado perpetua e irremissivelmente.

O beneplacito, segundo se estabelece n'esta Ord., tem por objecto não só examinar se os diplomas são falsos ou subrepticios, mas tambem se contém alguma coisa que seja = contra os direitos d'El-Rei ou contra sua jurisdicção ou contra o bem do reino ou geralmente contra os seus subditos. =

Comtudo «ao papa Innocencio VIII (diz Rezende na Chronica de D. João II) com o collegio dos cardeaes, por lhe «parecer isto cousa grave, e algum tanto desobediencia e «quebra de sua auctoridade, no anno de 1487, mandaram «requerer a El-Rei que não usasse mais de tal costume. E «El-Rei, por lhe obedecer como catholico principe e com- «prazer em tudo o fez assi, como lho mandaram pedir. De «que o papa e cardeaes houveram muito prazer e muito contentamento, e com muitos louvores d'El-Rei lho mandaram «agradecer, e depois pera cá sempre se fez assi.»

Effectivamente este tit. da Ord. Affonsina não passou para a Man. nem para a Philip., e só em 1663 se tratou de restabelecer o exercicio d'este direito inalienavel da corda, mandando-se fazer consulta *sobre a necessidade do beneplacito regio* para a execução das graças da Sé Apostolica, por Decreto de 16 de Agosto, que vem citado no Repertorio de Fernandes Thomás.

O exercicio pois do beneplacito regio foi-se restabelecendo e reivindicando pelas nossos monarchas, até que, para de uma

¹ Póde ver-se esta materia em Gouveia Pinto, Man. de App. e Aggr., cap. 15.º n.ºs 5.º, 6.º, 7.º, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º e 16.º; Per. e Sousa, l.ºh. Civ. Nota 664; em Gabr. Per. de Castro á citada Ord. do liv. 1.º, tit. 12.º, § 6.º; largamente na Dedução Chron., P. 1.ª; as leis citadas por Fernandes Thomás á palavra *recursos*, sob os n.ºs 90.º, 101.º, 111.º a 114.º

vez se destruir o abuso contrario a direito e aos costumes do reino, foi publicado o Alv. de 6 de Maio de 1763, comminando as penas de real e gravissima indignação, de confisco de todos os bens, e todas as mais penas estabelecidas contra os que conspiram para offender a regia magestade ou perturbar o socego publico.

Estas penas tinham lugar, segundo este Alv., verificado o facto da execução das bullas ou breves sem o beneplacito, contra os auctores d'esse facto:

1.º Se n'esses papeis se attentasse contra a independencia da soberania temporal.

2.º Contra a constante firmeza das leis do reino.

3.º Contra as justas decisões dos tribunaes.

4.º Contra o socego publico.

5.º Se n'ellas se tratasse qualquer materia relativa a estes pontos.

E assim foi plenamente confirmado pelo § 14.º do Alv. de 28 de Agosto de 1767.

Em harmonia com este Alv., se declarou na Carta Regia de 23 de Agosto de 1770, que o beneplacito regio não era de necessidade nos rescriptos da penitenciaria, nem nos ordinarios pertencentes a negocios particulares, quando n'elles se não envolvesse ponto que interessasse a tranquillidade publica.

Mas uma Prov., que cita o mesmo Fernandes Thomás, no seu Repert., com a data de 12 de Outubro de 1793, dá como derogada esta Carta Regia, quanto aos rescriptos em negocios entre particulares.

Efectivamente esta formalidade tem sempre sido guardada em taes negocios, como é pratica estabelecida na secretaria dos negocios da justiça, acerca das dispensas matrimoniaes e outras semelhantes.

Em França havia sido determinado pela Lei de 18 germinal, anno X, que «nenhuma bulla, breve, rescripto ou quaesquer outras disposições da corte de Roma, mesmo relativas a negocios entre particulares, podessem ser recebidos, publicados, impressos ou de qualquer outra forma dados á execução, sem auctorisação do governo.»

Mas os bispos francezes manifestaram o desejo de que se

fizesse, como antes se fazia, uma excepção em favor dos breves da penitenciaria relativos ao fóro interno. O Imperador Napoleão assim o concedeu por Decr. de 28 de Fevereiro de 1810, art. 1.º, concebido nos termos seguintes:

«Les brefs de la penitencerie, pour le for interieur seulement, pourront être exécutés sans autorisation.»

Esta excepção porém estende-se ás dispensas matrimoniaes, como se colhe da Orden. de 23 de Dezembro de 1820, nas palavras «à l'exception de ceux concernant le for «térieur seulement et les dispenses de mariage.»

Entre nós, antes do Cod., e depois dos citados Alv., temos sobre a necessidade do beneplacito regio a disposição da Carta, no art. 75.º § 14.º, enumerando sem a menor excepção, como attribuição do poder executivo:

«Conceder ou negar o beneplacito regio aos decretos dos «concilios e letras apostolicas e quaesquer outras constituições ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e «precedendo approvação das côrtes, se contiverem disposição «geral.»

Assim como temos o Acto Adicional, no art. 16.º, ordenando que no caso de concordatas não possam estas ser ratificadas sem que lhes preceda a approvação das mesmas côrtes.

Nem pois a Carta, nem este n.º 2.º do art. 138.º do Cod., resalvaram os negocios entre particulares, os do fóro interno, os da penitenciaria, os das dispensas matrimoniaes; antes a Carta os comprehendeu todos, desde que fez a distincção entre uns e outros, para exigir a auctorisação previa das côrtes, quando contiverem disposição geral.

As palavras do n.º 2.º «na forma da lei do reino» não podem retrotrahir-se para salvar ao menos os casos da penitenciaria, saltando-se por cima do art. da Carta Constitucional, á Carta Regia de 23 de Agosto de 1770, por isso que a Carta Constitucional é a ultima, assim como a primeira das leis sobre este objecto, e ella nenhuma excepção fez.

É pois esta uma lacuna d'este n.º Outra porém foi a intenção manifestada na Camara dos Pares em 1853, por um dos collaboradores do Cod. Sustentou-se então que se devia ficar entendendo, que as palavras—na forma das leis do rei-

na=eram relativas não só à *forma* da concessão ou denegação do beneplácito, mas também aos *casos* em que elle devia ter lugar.

É provavel que assim se entenda na pratica, e que por este modo se restrinja a incriminação do Cod.; mas fica sempre subsistente a duvida que pôde resultar da sua redacção obscura.

Concorda com esta incriminação o Cod. Hesp., no art. 145.º, concebido n'estes termos:

«El que sin los requisitos que prescriben las leys ejecutare en el reino bulas, breves, rescriptos ó despachos de la corte pontificia, ó les diere curso, ó los publicare, será castigado con las penas de prision correccional, y multa de 300 a 3.000 duros.

«Se el delincuente for eclesiastico, la pena será la de extraiamiento temporal, y en caso de reincidencia la de perpetuo.»

O Cod. do Brazil, no art. 81.º, vai mais longe, porque prohibe a impetra das mesmas bullas ou breves:

«Recorrer á auctoridade ecclesiastica, residente dentro ou fóra do Imperio sem legitima licença, para impetração de graças espirituaes, distincções ou privilegios na jerarchia ecclesiastica, ou para auctorisação de qualquer acto religioso, penas de prisão por tres a nove mezes.»

Ambos estes Cod. porém não fizeram d'este crime um crime especial e exclusivo dos ministros ecclesiasticos, mas um crime commun; e por isso são concordes em trazer a incriminação debaixo de um título generico e como crime de Estado, que realmente é.

Differem portanto os Cod. Hesp. e do Brazil entre si, em que este pune a impetração sem a auctorisação previa, e aquelle pune a execução ou a publicação sem o beneplácito regio. Differe o Cod. Hesp. e o do Brazil do nosso Cod., em quanto punem não só os ecclesiasticos, mas todo e qualquer cidadão que for réu d'este crime. Differe o Hesp. do do Brazil, em que aquelle, fazendo distincção entre uns e outros réus, pune com maior severidade os ecclesiasticos. Differe o Hesp. do nosso Cod.: 1.º, em que, com quanto admittisse a multa para

os seculares, rejeitou essa penalidade quanto aos ecclesiasticos substituindo-a assim como a prisão, pela expulsão do reino (extranamiento) temporaria; 2.º, em que previniu o caso da reincidencia, tornando-as impossiveis de futuro, pela perpetuidade da mesma pena.

Resulta pois d'estas observações e differenças notadas: 1.º, que hoje sómente o facto de que se trata é punivel para os ecclesiasticos, e que assim ficou derogada a disposição do Alv. citado de 6 de Maio de 1765, prejudicadô o direito consuetudinário do reino, e sem a conveniente sanção penal as disposições dos também citados art. da Carta e do Acto Adicional, menos indirectamente, pelas regras da cumplicidade.

2.º Que o secular interessado na execução da bulla, se o negocio é grave, livra o ecclesiastico da pena, respondendo ou indemnizando-o pela multa, em caso de condemnação.

3.º Que nos casos de reincidencia, se reduz sempre o officio do juiz a condemnar em uma quantia de dinheiro, porque no Cod. não se providencia cousa alguma; nem no art. 79.º, nem no art. 85.º e seguintes, excepto quando o maximo da multa é já o decretado na lei, porque então pôde ser aggravado com a prisão até um anno, o que n'este art. 138.º se não verifica.

Cumpra mais advertir: 1.º, com relação á celebrê Port. de 21 de Março de 1853, que qualificado como está no presente cap. o facto de = *abuso de funções religiosas* = fica desarmado o poder civil de proceder energica e promptamente contra os ministros da religião, que julgarem ter motivos justos para dar cumprimento ás bullas de Roma, independentemente do beneplácito regio. O proprio bispo, se for o infractor, ha de previamente ser o juiz e parte n'essa questão, e no entretanto o ministerio publico fica inhibido de requerer a execução do Cod.! Quiz-se emendar um erro, mas a emenda foi peor que o mesmo erro. Nem as determinações do Cod. podem ser cumpridas, nem a Port., que é a morte d'ellas, pôde subsistir.

2.º Que o presente n.º 2.º ficou deficiente em não mencionar a necessidade do beneplácito regio, com relação á introdução dos concilios, como é expresso em França, no art. 3.º dos Art. Organ. de 26 messidor anno IX. Esta omissão é

tanto mais de notar, que a Carta, no art. 26.º § 24.º, menciona expressamente os *decretos dos concílios*. Contudo, se se tratar dos concílios geraes ou ecumenicos, a omissão pôde ser supprida, pois que taes concílios costumam ser publicados por uma bulla do supremo chefe da Igreja, e o exame d'esta importa a dos mesmos concílios a que se refere, como ainda ha podido se verificar a respeito da definição dogmatica, publicada pelas letras apostolicas do S. P. Pio IX, a que com precedencia de deliberação das côrtes, foi concedido o beneplacito regio, pela Carta de Lei de 16 de Março de 1855. Mas, em todo o caso, harmonia que o Cod., em harmonia com a Carta, fosse mais explicito a semelhante respeito, porque as interpretações extensivas são vedadas pelo art. 18.º do mesmo Cod.

Por esta forma a disposição positiva do Cod., a par do seu silencio no que respeita ao mesmo facto, quanto aos mais participantes não ecclesiasticos, faz-nos quasi voltar aos tempos de D. João II, maxime attenta a declaração do cit. Port.

Assim nos approximamos da Concordata ultimamente celebrada entre Pio IX e José I, Imperador de Austria, na qual, art. 2.º, se lê:

«O Pontífice romano, tendo por direito divino em toda a extensão da Igreja o primado de honra e de jurisdicção, e a communicação reciproca, no que respeita a cousas espirituaes e negocios ecclesiasticos dos bispos, do clero, do povo, com a Santa Sé, não será sujeita a necessidade alguma de obter o beneplacito regio, mas ella ficará inteiramente livre.»

Todaya, entre nós ninguém pôe em duvida estes principios, mas não tiramos d'elles uma conclusão exorbitante. A necessidade do beneplacito regio subsiste para se evitar o abuso, e verificar a authenticidade d'esses diplomas, apesar da insufficiencia da sancção penal, o que pôde ser a todo o tempo corrigido pelo poder legislativo, para execução da Carta e leis em rigor.

A pena de prisão de tres mezes a tres annos será imposta a qualquer ministro da Religião do Reino, que commetter algum dos seguintes crimes:

1.º Se estando legalmente suspenso do exercicio de suas funcções ou de algumas d'ellas, exercer aquellas de que estiver suspenso.

Art. 30.º n.º 1.º, e ref.

Aqui não ha abuso de funcções religiosas, mas abuso do caracter sacerdotal. Não corresponde portanto o art. á epigraphe do cap. O clérigo *interdicto*, exercendo todas ou algumas das funcções de que se acha suspenso, fica nas mesmas circumstancias do leigo que commette o crime previsto no art. 134.º, fingindo-se ministro da religião. Assim esta incriminação tinha mais cabimento no cap. antecedente, do que n'este.

A *interdicção* é uma pena canonica que suspende um padre do exercicio do seu ministerio. A mais grave de todas é a que o suspende—*à divinis*—; isto é, a que o priva de celebrar os santos mysterios, e é ou temporaria ou perpetua. N'este segundo caso, com quanto o sacramento da ordem imprima caracter, o padre, para effeitos civis ou criminaes, considera-se haver perdido inteiramente o seu estado, ficando reduzido á communhão leiga.

Esta *interdicção* pôde não ser de todas, mas só de alguma ou de algumas das funcções religiosas.

Pôde limitar-se á privação do direito de *pregar*, ou ao de *pregar* e de *confessar*. Em ambos estes casos a interdicção não induz de per si sómente a presumpção de falta de moralidade, mas de capacidade, de sciencia e de talento.

Em o numero das funcções que exigem o caracter sacerdotal ha uma para o exercicio da qual se não exige em qualquer logar mais que a justificação do presbyterio, e é a de *di-*

zer missa. Mas em todas as que respeitam a administração dos sacramentos, um padre tem necessidade de uma auctorisação especial, porque não as pode exercer sem ter um território e subditos. É preciso ter um rebanho para d'elle ser pastor.

Que pena pois se deverá impor ao padre, que sem estar suspenso do exercício de suas funções administrar sacramentos fóra do seu território ou sem território? O facto tem a sua analogia tanto com o incriminado no art. 134.º, como com o incriminado n'este n.º 1.º; mas porque seja principio de direito criminal, expressamente adoptado no art. 18.º, que não é admissivel o argumento de paridade ou de maioria de razão para a qualificação de qualquer facto como crime, segue-se que o padre em taes circumstancias não commette crime aos olhos da lei penal. O Cod. pois é omisso n'esta hypothese.

Segundo a disposição d'esta n.º 1.º é preciso que o padre esteja suspenso *legalmente* e com justo fundamento, por isso que as penas canonicas são sujeitas a formalidades mais ou menos sollemnes, segundo a maior gravidade das mesmas penas e o titulo ecclesiastico do padre a quem se applicam.

As interdicções de *prégar* ou de *confessar* feitas a um simples padre, sem titulo ou sem missão particular, a um vigário ou cura coadjutor, sem titulo inamovivel, ou mesmo as resultantes de penas impostas a um *parochio inamovivel*, mas temporaria e correccionalmente, segundo os canones da Igreja, estão á livre disposição dos bispos, sem obrigação de explicar as causas nem motivar as determinações.

Mas as suspensões contra um simples padre *— á divinis —* ou contra um *parochio*, inhibindo-o de confessar e de prégar na sua parochia, não podem ser pronunciadas senão por factos extremamente graves, e quando tenham sido regularmente provados e julgados.

Os bispos são então obrigados a observar tudo o que é substancial a qualquer juizo, com quanto a sua jurisdição seja exercida sem estropito nem forma forense.

Na primeira hypothese pois o juiz secular, para os effectos da incriminação, de nada mais tem a certificar-se senão da *competencia* ou *legitimidade* da auctoridade ecclesiastica de quem dimanou a interdicção; na segunda, para satisfazer ao

preceito da lei qualificado pela expressão *legalmente*; precisa examinar se as formas substanciaes da *juizo* foram guardadas, e tal juiz poderá haver que se considere constituido na obrigação de examinar tambem *os motivos da interdicção*, sua gravidade e prova.

Isto porém seria entrar na averiguação de cousas que privativamente pertencem ao fóro da Igreja; seria desconsiderar os bispos, não pela *sejeição* ao exame considerado em si mesmo, mas muito mais quando a apreciação feita no juizo criminal secular fosse contradictoria: seria amortecer a disciplina ecclesiastica, paralysando a superintendencia dos chefes da Igreja sobre os seus inferiores e subordinados: seria enfim não prestar á religião do Estado a protecção garantida na Carta, favorecendo os schismas e as resistencias da parte dos mesmos inferiores.

Julgámos portanto inadmissivel por incorrecta e exorbitante a expressão *legalmente*, devendo antes ser substituida pela de *competentemente*, para que o officio de juiz se reduza a certificar-se unicamente se a suspensão do padre emanou do poder respectivo.

Quanto á pena, parece-nos *excessiva* na duração. O minimo poderia ser convertido em maxime, descendo á quinze dias. Depois se aggravaria com mais justiça a penalidade nas primeiras, segundas e terceiras reincidencias. E ainda se torna mais deficituosa comparada com a que se impõe no art. 134.º, porque se ali se encontra uma pena maior, consideradas como elementos aggravantes do facto a impostura e a usurpação no exercício de funções religiosas por parte do leigo; aqui se dão tambem outros elementos aggravantes da desobediencia, da resistencia por parte do padre, cujo caracter sacrodotál em si mesmo lhe augmenta a criminalidade, segundo o disposto em o n.º 2.º do art. 19.º

De resto, a incriminação de que trata este n.º não se encontra em Cod. algum da Europa; e podia bem dispensar-se: 1.º, porque o padre suspenso e resistente fica sujeito ás penas canonicas e censuras mais severas dos bispos, que são mais que sufficientes; 2.º, porque os fieis, se como catholicos acreditam na auctoridade do episcopado, não podem considerar

proficuos os actos praticados pelo padre suspenso, que assim desamparado por aquelles não tem occasião de exercer as funções religiosas.

Acontecendo o contrario a isto, o acto degenera em *schisma*, equiparado a *heresia* por Mello Freire, no seu Ens. do Cod. Gr., tit. 5.º §. 8.º, conforme a doutrina de S. Jeronymo, que vem no can. 24.º cap. 24.º quest. 3.º

São separados da Igreja, tanto o hereje pela falsidade ou perversidade do seu dogma, como o schismatico pela dissensão com o seu bispo.

ARTIGO 139.º

2.º Se recusar, sem motivo legítimo, a administração dos Sacramentos ou a prestação devida de qualquer acto de seu ministério.

Esta incriminação pôde ter-se como original. Nos termos em que se acha concebida não se encontra em Cod. algum Penal de paiz catholico. Nem no cap. concordante do Cod. Hesp., nem nos logares parallelos do Cod. Fr., art. 199.º e seguintes, se vê cousa que se lhe assimilhe.

Apenas existe em França, no art. 6.º dos Artigos Organicos de 8 de Abril de 1801, consagrado o principio de que ha recurso para o conselho d'estado, quando o padre no exercicio de suas funções se conduz de modo que comprometta a honra dos cidadãos, perturbe arbitrariamente as suas consciencias ou pratique algum acto que degenera contra elles em oppressão, injuria ou escandalo publico.

Este recurso tem como resultado ou uma declaração de simples imprudencia, ou a da existencia do abuso, que é uma censura toda moral, ou, se a gravidade dos factos mostra a existencia de delicto commun previsto no Cod. Pen., a permisso do processo perante a auctoridade judiciaria competente.

Taes providencias têm sido mais que bastantes, como nos affirma Vivien, Estudos Admin., tit. 3.º cap. 3.º, nem podem curial e convenientemente adoptar-se outras, porque a regra é, como diz o mesmo auctor, que o padre pôde conceder ou recusar o seu ministério:

«*Le prêtre peut accorder ou refuser son ministère.*»

Foi immediatamente de Christo que o clero recebeu o poder da administração dos sacramentos=*convocatis discipulis suis dedit illis potestatem*=, e foi a elles que Christo dirigiu as palavras=*quorum relinueritis, retenta sunt*=, e outras concordantes que se lêem nas sagradas paginas.

É preciso dar a Deus o que é de Deus, a César o que é de César. Assim como o poder da Igreja não pôde pedir conta aos funcionarios do Estado dos motivos por que exercem ou deixam de exercer, para com os cidadãos que o reclamarem, o emprego das suas attribuições ou jurisdição, assim tambem o poder temporal não pôde incriminar e punir com penas temporaes a recusa dos actos do ministerio sacerdotal.

Por isso em França foi declarado, que a recusa da administração dos sacramentos, mesmo quando feita em publico pelo párocho, se não é acompanhada de reflexões ou de injurias, não pôde dar lugar nem mesmo a recurso para o conselho d'estado, não devendo consequentemente ser deferido senão para a auctoridade superior ecclesiastica. (Decr. de 16 de Dezembro de 1830).

Para se ver, descendo a especialidades, que esta incriminação é inadmissivel ou por exorbitante ou por inutil, quanto a sacramentos, fallaremos de todos em particular.

O facto de recusa de baptismo a uma *criança* não é moralmente possível. Não existe referido pelos escriptores de direito ecclesiastico em França um só exemplo, não nos consta que tenha acontecido entre nós. Se se desse esse caso, o ministerio sagrado não faria falta alguma, porque a necessidade devolveria a qualquer cidadão o poder de administrar o sacramento; e patente ficaria o recurso para o superior legitimo, até que o mesmo baptismo fosse ratificado canonicamente.

O da recusa do crisma ou da confirmação está no mesmo caso. A sua administração compete aos bispos, e estes se o recusarem é certamente porque têm motivos legitimos, e d'esse facto só poderia recorrer-se para o Supremo Chefe da Igreja.

A necessidade não urge, porque d'esse sacramento não depende necessariamente a salvação dos fieis. Os bispos estão acima de toda a presumpção de abuso. Não ha exemplo d'elle; para que é pois a disposição penal a seu respeito? Para ficar letra morta?

O da recusa da ordem? Pois quem é o juiz da capacidade moral, religiosa e litteraria dos ordinandos senão o bispo, e sómente o bispo? Quem é que lhe pôde sobre a terra pedir contas, porque deixa de ordenar este ou aquelle dos cidadãos?

O da recusa dos actos connexos com a penitencia? Se a recusa é da confissão, como respeitante ao fóro interno, só pôde dar lugar a recurso para a auctoridade superior ecclesiastica, a menos que não seja acompanhada da *injuria publica*, como em geral foi declarado em França pelo cit. Decr. de 16 de Dezembro de 1830.

Se a recusa é da absolvição, se o facto se passa tambem em segredo, não só não é da dominio do Cap. Pen., mas implica o conhecimento dos motivos da recusa com a disposição do art. 136.º § 1.º, sobre a revelação do sigillo sacramental. Não pôde haver recurso nem mesmo para o bispo.

O penitente pôde recorrer ao seu bispo, debaixo do mesmo sigillo da confissão, confessar-se a outro padre ou recorrer á Santa Sé, se for caso de crime cuja absolvição lhe seja reservada e o penitente não tenha bulla de dispensa.

Se o padre se levanta, como já tem acontecido, da sua cadeira do confessorario, e solta clamorosos gritos de injuria e de escandalo contra um cidadão, seria então punivel, não a recusa da absolvição, mas a sua imprudencia no modo por que então se conduziria.

É um delicto commun, aggravado pelas circumstancias da pessoa injuriante e do lugar publico e sagrado. A disposição do n.º 2.º é tambem inutil, quanto ao sacramento da penitencia.

O da recusa dos sacramentos da eucharistia e da extrema uncção? Pois existe na religião coisa mais espiritual e mysteriosa? A apreciação dos motivos não pôde tambem prender com o sigillo da confissão?

Resta-nos o sacramento do matrimonio. A respeito d'este maior é a difficuldade, por isso que não temos matrimonio civil. O contrato, com quanto distincto, acha-se confundido com o sacramento ou com a benção nupcial. A sociedade interessa na celebração e na frequencia dos matrimonios; o contrato com abstracção do sacramento é, sem a menor duvida, sujeito ás leis civis, ás leis do Estado.

Mas, em primeiro lugar, a determinação do art. 2.º, que analysamos devia então restringir-se ao matrimonio, e não fallar em geral dos sacramentos; em segundo lugar os contraentes devem nas questões da recusa recorrer aos superiores

legitimão, em primeira, segunda e até terceira instancia, visto que de facto existem estabelecidos os tribunaes pontificios; em terceiro lugar, como bem nota Vivien no lugar citado, quando se apresentam negocios d'esta natureza mistos, em que se acham confundidos os dois poderes, a maneira de se achar a conciliação e a de se concertarem entre si. É o caso das negociações com a corte de Roma e com os prelados do reino por meio das concordatas. Foi o meio que a commissão dos cultos da assembleia constituinte de França propoz seguir em 1848, e foi sempre o que nós temos seguido a semelhante respeito.

Quanto á recusa do padre em prestar outros actos do seu ministério, que não são administração de sacramentos, o mais importante d'elles é o da *sepultura ecclesiastica*, que tem sido objecto tão controverso, e dado lugar a tantos escandalos.

A este respeito tambem o Cod. Pen. é incompetente. O Cod. não pôde contrariar as leis da Igreja, e segundo estas e as constituições dos bispos acha-se fixado um certo numero de casos em que é prohibido conceder essa sepultura. Os parochos devem conformar-se com essas regras, e consultar, se lhes for possível, o seu bispo ou o superior legitimo mais proximo da sua parochia.

Nesses casos, costumam algumas vezes os parochos, se assim lhes é dictado pela sua consciencia, e mesmo com assenso e approvação dos bispos, impedir que o corpo se deposite no templo e abster-se de o acompanhar. Em França, pela circular do ministro da justiça e cultos de 15 de Junho de 1847, se lhes reconheceu este direito; e a auctoridade civil e então auctorisada a chamar um outro padre que se preste, e não o

* Conforme a doutrina d'esta circular, a denegação de sepultura deve ser considerada de dois pontos de vista inteiramente distinctos. O acto puro e simples d'essa denegação é sujeito á lei civil que regula e prescreve as providencias policiaes e sanitarias que são indispensaveis, e com este nada tem, os ministros da Igreja. Mas as ceremonias religiosas de que esse acto é acompanhado são precisamente da competencia exclusiva da Igreja, cujos ministros estão ligados a regras especiaes canonicas, que não podem deixar de cumprir, segundo a sua consciencia e modo por que apreciem o cumprimento dos deveres do seu ministério.

O caso tem-se dado muitas vezes, como aconteceu na recusa de sacramentos e sepultura ao celebre ministro Serrati na Sardenha, e a um membro da familia imperial de França, por se haver suicidado.

encontrando, a dispensa-lo, procedendo, ao enterramento no cemiterio publico sem as ceremonias prescricas no ritual da Igreja, mas com toda a decencia e attenção devida ás respectivas familias.

Contudo fica sempre salvo o caso da injuria, de violencia ou de escandalo publico, como julgou em 30 de Dezembro de 1830 o conselho d'estado a respeito do conde de Montlosier, par de França, que morreu sem se confessar, por não querer retractar por scripto, estando perigosamente enfermo, as doutrinas heterodoxas que havia publicado, como elle exigia o bispo de Clermont.

Em todo o caso a apreciação da legitimidade dos motivos é meramente espirital, não pôde ser da competencia do poder temporal, mas a incriminação não procede sem ausencia d'essa legitimidade; logo ou não pôde ser objecto do Cod. Pen., ou se o é, aquella apreciação tem necessariamente de ser feita pelo poder judiciario, que não pôde impor penas sem se certificar da intencionalidade, avaliando e pesando os motivos determinantes da deliberação do criminoso.

A Portaria do ministerio dos negocios ecclesiasticos de 21 de Março de 1853 suspende a acção do ministerio publico acerca de semelhantes processos, querendo que a auctoridade ecclesiastica aprecie primeiro o facto, restringindo para o effeito da imposição das penas canonicas, e que somente depois da declaração ou sentença da mesma auctoridade tenha ingresso em juizo criminal qualquer queixa que haja contra os ministros da religião, pelos abusos que praticarem.

Mas em primeiro lugar esta Portaria não é lei, não pôde

A má intelligencia sili do art. 19.º do Decr. de 1804 tinha dado occasião e pretexto a committerem as auctoridades civis attentados contra a liberdade religiosa, ao ponto de arrastarem as portas dos templos e de introduzirem á viva força homens feridos fira do gremio da Igreja ou que tinham morrido impenitentes, recusando com escandalos, blasphemias e injurias receber os socorros da religião. Assim o praticou o prefeito da Dordogne, e duzindo violentamente, com escandalo dos fiéis, da cathedra de Périgueux, e renegado a quem o bispo havia, em conformidade com os canonicos, recusado a sepultura ecclesiastica.

Na referida circular acrescenta o ministro: « Si les réfractaires de sépulture étaient inspirés par des sentimens autres que ceux du devoir, les familles trouveraient dans les dispositions des arts 65 et suiv. de la L. du 18 germ. an X les moyens d'obtenir la répression de tels abus. »

ser cumprida nos tribunaes, e só poderá ser obedecida por um modo indirecto, qual é o de faltar aos processos d'esta natureza a indispensavel promoção dos agentes da justiça criminal.

Em segundo lugar, não só suspende, perime completamente a disposição do Cod. Pen., quando a auctoridade superior ecclesiastica, ou for a mesma que recusou prestar o seu ministerio ou pronunciar sobre o facto uma declaração negativa. Fica portanto em poder dos ordinarios desarmar o braço secular em todos os casos de escandalo, de oppressão ou de violencia aos cidadãos que elles ou seus subordinados praticarem.

Por ultimo notaremos: 1.º, que nas palavras=*qualquer acto do seu ministerio*= se não podem comprehender as certidões que se exigirem pelas partes dos registos sobre casamentos, obitos e baptisimos.

Os respectivos assentos, em quanto não houver um registo civil, para que é competente o administrador do concelho, e não se publicar o respectivo regulamento prometido no § un. do art. 255.º do Cod. Admin., são do dominio da auctoridade temporal, porque substituem aquelle registo.

Quer esses assentos se guardem nas camaras ecclesiasticas, quer se conservem nas parochias, os ecclesiasticos que recusarem as respectivas certidões praticam acto de denegação de officio ou de justiça civil, estranho ao caracter sacerdotal; e o abuso então deve ser reprimido e remediado por outros meios¹.

2.º Que a disposição d'este § só pode comparár-se com o procedimento que antes da referida circular e em tempos mais remotos se tinha em França para com os ministros do culto, que recusavam os actos do seu ministerio. Por uma sentença de 15 de Fevereiro de 1759, um cura de Translay, perto d'Abbeville, foi condemnado em 300 libras de reparação, com comminação de maior punição se reincidisse, em favor de um seu parochiano, a quem havia recusado a communhão quando este se apresentava á mesa santa. Outros julgados da mesma natureza referem os auctores, como se vê em Saint-Edme, Dicc. de la pénalité.

3.º Que a mesma disposição, sendo *repressiva* e não *preventiva* do abuso, sómente o evita por um modo indirecto, collocando o parochio ou sacerdote na dura alternativa ou de relaxar no cumprimento dos seus deveres, pela intimidação da prisão de tres mezes a tres annos, ou de o converter em martyr, preferindo o que deve a Deus ao que deve a Cesar ou á sociedade de que é membro.

4.º Que a penalidade, por isso que é corporal é inhabilita o parochio ou ministro do culto de exercer durante o seu cumprimento as funcções do seu ministerio, é inconvenientissima e inconstitucional. Inconvenientissima, porque ou os fieis se escandalisam com a perseguição que se fez ao seu parochio, ou applaudem o procedimento criminal.

No primeiro caso o poder civil é desconsiderado e a volta do parochio á sua Igreja é recebida em triumpho; no segundo caso a força moral do mesmo parochio fica perdida. É inconstitucional, porque as ovelhas ficam privadas do seu pastor, e assim a pena em seus effeitos passa da pessoa do delinquente.

Por todas estas considerações não podemos deixar de reprovar semelhante incriminação como incompetente, anti-religiosa e anti-politica. Ella foi altamente impugnada no parlamento, e hoje deve reputar-se letra morta, em vista da cit. Port. de 21 de Março de 1853, que absurda como é paralysa completamente a execução do Cod. Pen. n'estes e outros factos que n'este cap. se qualificaram=*abusos de funcções religiosas*=.

Nem salva d'estes inconvenientes a cautelosa redacção do § nas palavras prestação=*devida*=; porque se assim se reconhece que o parochio pôde ser levado á recusa em cumprimento do *dever*, tambem e certo, que não tendo elle sobre os actos do seu ministerio outros *deveres* a cumprir senão os que resultam das leis canonicas, não é o poder temporal, de quem não dimanaram essas leis, competente para julgar da infracção d'ellas, e assim verificar a existencia do elemento essencial da incriminação; e se espera pela decisão ecclesiastica, não julga, homologa, como faziam os tribunaes seculares, para a imposição das penas, a respeito das decisões do Santo Officio¹.

¹ Veja-se ao cit. art. do Cod. Admin. a nota (1) do conselheiro Neto.

¹ Veja-se o ex. indicado no vol. II. pag. 125.

ARTIGO 140.º

Qualquer pessoa que contra a prohibição da Lei se fizer admitir como membro de alguma Sociedade ou Comunidade religiosa, autorizada pela Lei ou pelo Governo, ou que admitir ou concorrer para que se admita outrem, com violação da mesma Lei, será condemnada em multa, conforme a sua renda, de um mez a um anno.

Art. 30.º n.º 4.º, 41.º, 79.º §. 3.º, 83.º, 87.º, 101.º

A incriminação de que se trata, contemplado o facto com abstracção da lei prohibitiva ou restrictiva do direito de associação para objectos religiosos, não é conforme á verdade moral absoluta. Todo o homem tem direito, porque tem o dever, de, nas relações da sua actividade para com Deus, lhe prestar culto pelos modos que na sua consciencia reputar licitos ou mais adequados.

Os factos que n'este sentido praticar são licitos, são innocentes, moralmente considerados em si mesmos, e como taes não podem reputar-se criminosos, só porque para o mesmo fim haça o concurso de muitos.

Ora que taes factos sejam praticados por um, por cem ou por mil, não mudam de natureza e antes se tornam mais dignos de louvor, porque a associação desenvolve e torna mais perfeito o exercicio d'aquella actividade.

Mas o objecto, por mais santo e justo que seja, pôde não ser mais que um pretexto, pôde degenerar em abuso, pôde tornar-se praticamente offensivo da actividade de outros homens que a sociedade deve proteger; e por isso o direito de associação é um dos individuos, que deve ser regulado preventivamente, fixando-se os termos ou as condições em que pôde ser exercido.

D'ahi vem as restricções, os limites postos pelas leis ci-

vis á actividade de homens em associação religiosa, que, longe de serem prohibitivas, são protectoras d'ella, quando a interdição não é absoluta, pois sendo-o, são injustas, porque então offendem a justiça moral e excedem a missão do legislador.

Em todos os tempos se ha visto que, ou a precipitação ou a seducção, ou o fanatismo, ou calculos mundanos, ou a hypocrisia, ou a falta de capacidade, se tem encontrado em muitos homens que ou procuraram associar-se a corporações religiosas ou que para ellas recrutar se por meio de más artes e enganos, e resultando de semelhantes factos uma offensa das regras da moral, da pureza de costumes e da mesma religião, o legislador tem necessidade, e portanto o direito de estabelecer as necessarias cautelas ou garantias em disposições regulamentares.

São leis mantenedoras de policia e ordem publica, a que os individuos devem submeter-se, e a cuja infracção material deve corresponder como sanção uma penalidade, embora da mesma infracção se não siga damno algum social, nem se prove da parte do contraventor intenção malefica.

Portanto, nada temos que dizer contra a incriminação de que trata o presente art.: a critica só pôde recair sobre cada uma das leis prohibitivas ou restrictivas, contempladas nas suas disposições especiaes.

Todavia, sobre a penalidade se nos offerece notar: 1.º, que a multa só deveria ser admittida para casos de menor gravidade, como formula de admoestação, reduzido o seu maximo, mas admittida ao mesmo tempo a prisão correccional para os casos mais graves, seguindo-se por tal forma o systema adoptado por alguns Cod., como o mod. da Prussia, deixando aos juizes a opção entre duas penalidades diversas; segundo as circumstancias; 2.º, que as palavras *conforme a sua renda* podiam dispensar-se em presença do art. 34.º do Cod., e da excepção que ali se estabelece, que firma a regra geral, sempre que a multa não é de quantia determinada.

A mesma imperfeição se nota no art. antecedente, e taes delictos são perigosos, porque sendo regra de direito que as supellidoes se não presumem no estylo do legislador, pôde entender-se que a excepção do art. 34.º não é exclusiva de ou-

tras que possam encontrar-se em diversos art. do Cod., e muito mais porque no art. 138.º e 140.º do cap. antecedente não é a comminação acompanhada de semelhante declaração, o que faz parecer dissimilhanças duas disposições identicas.

Deve mais advertir-se que a presente incriminação é restricta á associação de algum individuo em corporações ou congregações religiosas, *auctorisadas por lei ou pelo governo*, e que portanto não é applicavel á mesma associação em taes sociedades, quando não auctorisadas. O delicto é então outro e mais grave, punivel em conformidade com o art. 282.º e seus §§.

O presente art. parece referir-se principalmente aos conventos de religiosas, que não tendo sido comprehendidos na extincção geral, realisada pelo Decr. de 28 de Maio de 1834, ficaram todavia sujeitos á prohibição do noviciado, antes determinada pelo Decr. de 5 de Agosto de 1833, e portanto á successiva suppressão, logo que, nos termos do Decr. de 9 do mesmo mez e anno, tenham menos de doze individuos professores; disposição sophismada, se não transgredida, por noviciados encobertos com os nomes de serventes ou meninas do côro.

Mas este estado indefinido, quer se considere simulado para a conservação d'estas casas, quer indirecto para a sua extincção, é forçoso que acabe. É digna certamente de toda a contemplação a situação *afflictiva em que vivem tantas pessoas virtuosas, que se dedicaram inteiramente ao serviço de Deus no retiro do claustro*, como ponderou em Abril de 1834, perante a camara dos deputados, o ministro competente na parte do seu relatorio que respeita á Proposta de Lei sobre a *reforma* das ditas casas, que não teve resultado algum na legislação finda.

Por essa proposta ficava o governo auctorisado a conceder a admissão a noviciado e profissão religiosa sómente quanto aos conventos que na actualidade se empregam no ensino e educação de meninas¹. Concessão mesquinha!

As congregações de religiosas não só são uteis ao Estado,

quando se dedicam ao *magisterio*, mas também quando como de irmãs de caridade entram na classe de *hospitaleiras*. São uteis não só quando se esforçam em moralisar, em casas de refugio ou de recolhidas, donzellas perdidas pelo erro ou devassidão, convertendo essas casas em verdadeiras penitenciarías, mas também quando prestam asylo á desgraça, á orphanidade, á honestidade ou ao arrependimento de uma mulher, embora fique entregue unicamente á vida *contemplativa*, que é preferivel em tal situação á desesperação, ao suicidio ou ao mergulho dos desgostos no lethes da corrupção.

Eis porque em França as ordens religiosas, extinctas em geral pela Lei de 18 de Agosto de 1792, téem sido toleradas ou auctorisadas pela Lei de 24 de Maio de 1823 e Decreto de 31 de Janeiro de 1832, e mesmo antes d'esta Lei e Decreto desde o anno de 1800, quanto ás ditas irmãs da caridade ou *sœurs hospitalières*, regularisado o seu serviço e instituição por Decreto de 18 de Fevereiro de 1809. A França tem colhido os melhores resultados da fervorosa dedicação d'essas mulheres, assim honra e gloria do seu sexo, como exemplo de virtude e credito da religião do Crucificado que professam.

« Des soins plus minutieux, plus adroits, plus compatissants, plus tendres, sont un attribut de leur sexe; elles ont sent dans leur piété un dévouement plus absolu, plus héroïque, que, dont la morale donne bien le précepte, mais dont la religion seule peut offrir la récompense »².

Não se achando este serviço nem similhante instituição regularisada entre nós da mesma fórma, ou em quanto analogas instituições não forem adoptadas, levando-se por parte do governo ao corpo legislativo providencias mais amplas que a da referida proposta de 1834, a reforma conveniente ficará incompleta se antes d'ella a acção penal do presente art. e a do art. 282.º e seus §§ não tiver extincto a maior parte dos conventos conservados, impedindo que nova sêve se introduza n'essas arvôres frondosas e fructíferas de abrigo e de piedade christã.

¹ Vid. D. do G. n.º 82.

² Dupin, Hist. de l'admin. des secours publics, cap. 6.º § 2.º, pag. 219.

TÍTULO II.

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DO ESTADO.

CAPÍTULO I.

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA EXTERIOR DO ESTADO.

ARTIGO 141.^o

Todo o portuguez, que, debaixo das bandeiras de uma nação estrangeira inimiga, tomar armas contra a sua patria, será condemnado á morte.

Art. 13.^o n.^o 1.^o e ref.; Acto Addic. art. 13.^o

A rubrica d'este titulo é precisamente a que se encontra no cap. 1.^o do tit. 1.^o do liv. 3.^o do Cod. Fr., com a differença que ali precede uma rubrica mais generica — *crimes et délits contre la chose publique* —.

Assim nos parece que deveria ter sido praticado n'este Cod., para se abranger não só a materia do tit. 3.^o, mas a do tit. 1.^o cap. 1.^o, que trata dos crimes commettidos contra a religião do reino. Por este modo ficaria mais synthetica e clara a classificação e em harmonia com a que foi adoptada no tit. 4.^o, distinguindo-se os crimes contra as pessoas.

O Cod. Fr. fórma uma divisão geral de crimes contra a causa publica e do crimes contra os particulares, a qual nos parece digna de ser adoptada, porque se presta a todas as subdivisões. A epigraphe de Per. e Sousa, na Classe dos Crimes, secç. 2.^a, genero 1.^o, classe 4.^a — *crimes contra o Estado* —, empregada com mais amplitude do que ali se emprega, exprime precisamente a mesma idéa.

Foi este o methodo seguido no Cod. moderno da Baviera (que outros da Allemanha seguiram) com a differença de começar no tit. 1.^o pelos *crimes particuliers* — e tratar no tit. 2.^o — dos crimes publicos ou crimes d'Estado —.

Em nossa legislação anterior ~~crimes de lesa~~ todos os crimes d'Estado pelo titulo de *crimes de lesa magestade* — que se subdividia em divina e humana, e esta ainda de primeira e segunda cabeça, ~~com as~~ ^{antes} ~~outra~~ ^{outra} leis, se achava estabelecido no Alv. de 17 de Janeiro de 1759 e no de 24 de Outubro de 1764, confirmada assim a distincção que estabelecia a Ord. do liv. 3.^o tit. 6.^o

Seguimos n'isto o direito romano e as doutrinas dos interpretes, como haviam seguido muitas nações da Europa, e, não obstante a divisão actual dos poderes politicos, a expressão podia ser conservada, por isso que a palavra *magestade* podia applicar-se não só á pessoa individual do Rei ou do principe soberano, mas á pessoa moral do Estado ou da nação que elle representa.

E está mesma significação, que Cicero, de Invent.^{1.^a} dava a esta expressão: « *Magestatem minuire, est de dignitate, aut amplitudine, aut potestate, p. ii, aut totum quibus possit potestatem habere, aliquis de regere.* »

Mello Freire, no seu Ess. do Cod. Fr., tit. 13.^o, den. a qualificação de crimes de lesa *magestade* aos que directamente offendessem e atacassem a sociedade ou a pessoa do Rei ou o seu supremo poder e auctoridade, e reserva, no tit. 13.^o, a qualificação de crimes de lesa *magestade* para os que, sem terem esta gravidade, offendessem a dignidade, auctoridade e direitos do Rei.

No Cod. de 1837, depois de se haver tratado em primeiro lugar e em tit. especial dos crimes contra a religião do Estado, que mal e indevidamente foram denominados *crimes contra a divindade e das penas d'elles*, — se passou, contando a inscrever o tit. 8.^o — dos malefícios contra o Estado —, para depois se subdividir em capitulos, nos quaes se comprehende materia analoga á dos cap. 1.^o e 3.^o do presente Cod.

O Cod. do Brazil tambem admittiu a grande divisão de *crimes publicos* e de *crimes particulares* — como ad-

mittir por outras palavras o Cod. Fr. e os modernos da Alemanha. Em geral, a classificação parece-nos ali excellente e mais conforme á natureza das incriminações que n'elles vem contempladas.

Os Cod. da Sardenha e das Duas Sicílias haviam feito o mesmo que o nosso Cod. de 1837, admittindo a qualificação geral de *crimes contra o Estado*; e se no Cod. da Austria se não fez outro tanto foi porque n'elle se seguiu diverso methodo, comprehendendo-se penalidades e processo, e dividindo-se em duas partes; uma para *crimes e delictos*, e outra para graves infracções de policia, não tendo cada uma das partes subdivisão senão para se separar o processo respectivo, e por isso em cada um dos cap. da 1.ª e 2.ª part. se trata sómente das diversas incriminações.

Quanto á rubrica do cap. é a mesma que se encontra no Cod. de 1837, cap. 1.º do tit. 8.º, no Cod. Fr., cap. 1.º do tit. 1.º, e Hesp., tit. 2.º do liv. 2.º, com a differença porém que soffre subdivisão em tres capitulos, para *crimes de traição que compromettem a paz ou a independencia do Estado, e os que offendem o direito das gentes*.

As incriminações comprehendidas n'este cap. e nos seguintes são consideradas no Cod. da Baviera crimes de *traição de Estado* em primeiro, segundo, terceiro e quarto grau. No Cod. Pen. da Austria se reservou tambem para ellas o tit. de *alta traição e outros factos turbativos da tranquillidade publica*. Como dissemos, Mello e Freire, no seu Ens. do Cod. Cr., tambem adoptou para os crimes d'esta natureza, de mais gravidade, a qualificação de *alta traição*. Na legislação ingleza existem todos qualificados como de *traição e felonía*; mas se toda a *traição* é ali considerada *felonia*, nem toda a *felonia* é ali reputada *traição*.

Diz-se *alta traição* para a distinguir da *pequena traição*. Esta consiste na violação da fé que um inferior deve a seu superior na *vida privada*. Por exemplo, o filho que attentta contra a vida de seu pae, um menor contra a de seu tutor, um creado contra a de seu amo, um ecclesiastico contra a do seu bispo.

A palavra *traição* parece-nos que devia ter sido conserva-

da por se achar consagrada, não só no *Artigo port. de 1.º de 1801*, liv. 3.º tit. 6.º, mas no *art. 103.º § 1.º da Carta*, e n'esta conformidade, no *art. 862.º da R.ª Jud.*

O bem reflectido Cod. da Prussia comprehendeu debaixo do titulo de *crimes de lesa magestade e de alta traição* toda a acção que tiver por fim *consu...*

1.º A morte do rei, a sua prisão, entrega aos inimigos ou a incapacidade de reinar.

2.º A mudança violenta da successão do throno ou da constituição do Estado.

3.º A incorporação do territorio do Estado no todo ou em parte a um Estado estrangeiro, ou a separação de uma parte do mesmo territorio.

Sem duvida, como se pondera no Cod. da Toscana de 1786, art. 62.º, o mais philosophico dos Cod. do seculo passado, se havia condemnado a denominação de crimes de lesa magestade, provenientes em grande parte do despotismo do direito romano, pela reprehensiva e abusiva extensão que se lhes havia dado. Mas a condemnacão do abuso e das provas privilegiadas em taes crimes não importa a reprobacão de semelhante qualificação, e bem definida, como se acha no dito Cod. da Prussia e outros modernos da Alemanha, e porque ella não contraria a verdade moral e politica sobre a natureza de taes crimes, as interpretações extensivas não podem hoje ter o menor perigo em presença dos principios que as excluem inteiramente em materia criminal, e como se acha estabelecido no art. 18.º das disposições geraes.

Passando á incriminação do presente art., tem por fonte proxima o Cod Hesp., tambem art. 141.º

«El español que tomare las armas contra su patria bajo banderas enemigas, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado maximo à la de muerte.»

É por fonte remota o art. 75.º do Cod. Fr.:

«Tout français, qui aura porté les armes contre la France sera puni de mort.»

O Cod. Hesp. imitou o Cod. do Brazil, no art. 70.º, quanto á incriminação:

«...tomar armas, e que for cidadão brasileiro, contra o «imperio, *debaixo de bandeiras inimigas*» ».

Concordam os Cod. da Austria, part. 1.^a art. 52.^o, das Duas Sicílias, art. 105.^o, e da Sardenha, art. 170.^o.

A expressão *debaixo de bandeiras inimigas* sómente se encontra nos Cod. do Brazil e da Hespanha, mas segundo este art. para se dar o crime n'elle previsto não basta que essa *bandeira* seja *inimiga*, é preciso que a *bandeira* pertença a uma *nação estrangeira*.

Assim, a respeito do portuguez que tomar armas e acompanhar tropas estrangeiras contra a sua patria, se vierem estas organisadas em batalhões com *bandeira nacional*, não sendo inquestionavelmente então uma *bandeira inimiga*, não procede a incriminação.

Assim também os sectarios de D. Miguel, que com armas na mão pretendessem restabelecer a usurpação do throno ou destruir a Carta, e que para este fim entrassem no territorio portuguez, acompanhados de estrangeiros, mas debaixo da *bandeira* portugueza, antiga ou contra de novas cores, mas com as quas reaes, não poderiam ser punidos por este art.

Da mesma forma, como é preciso que a *bandeira* seja *inimiga*, os portuguezes que tomassem armas, em companhia de tropas estrangeiras, mas de nações *amigas*, aliadas, que para bem do reino, no entender d'ellas, vissem exercer um di-

O commentador Pacheco quiz modificar a intelligencia do Cod. Hesp. fazendo uma distincção que pôde ser tomada como uma censura. mas que é contraria á letra do mesmo Cod. Não é lícito fazer distincções quando o legislador as não faz.

Diz elle que a guerra, de que falla a lei, é a guerra *ordinaria* de nação a nação, em que se conquista, em que se ataca a existencia dos povos, ou em que, pelo menos, se trata de lhes impor condições que ferem a sua independencia. Que existam outras guerras que é necessario qualificar de diverso modo; que tães são as intervenções em apoio das contendas politicas de um paiz, deleza de um dos partidos que o dividem e disputam o poder debaixo de um principio ou de um nome; que estas guerras são politicas e que os réus de que se trata podem ser réus politicos de maior ou menor gravidade, mas nunca ser qualificados traidores.

É justa a sua observação para ser aproveitada *de jure constituendo*, para ser attendida pelo poder moderador, dando lugar a uma amnistia, mas não para ser adoptada no reino visinho como *de jure constituto*, para que os sujeitos possam torcer a applicação da lei. *Dura lex sed lex*.

reito de protectorado ou de intervenção para salvar o Rei do captiveiro, destruir uma anarchia assoladora, restituir ou plantar a liberdade, ainda que a *bandeira* seja *estrangeira*, não podendo dizer-se *inimiga*, escapam á determinação d'este art.

A hypothese podia dar-se mesmo para a destruição de uma forma de governo, que podesse julgar-se prejudicial por uma nação vizinha, como a respeito de hespanhões que acompanhasssem os francezes em 1823, para a destruição da Constituição de 1812, em consequencia das deliberações tomadas no congresso de Verona, se porventura Fernando VII não fosse restaurado no seu poder absoluto.

Pôde dar-se hoje nos christãos, súbditos da Porta, que acompanhasssem e fizessem causa commum com as tropas do Czar de todas as Russias, na intenção de proteger a religião que elles professam, e de obter a igualdade de direitos civis e politicos, se acaso o Sultão se não libertasse, talvez por em quanto, da aggressão, ajudado das grandes potencias suas alliadas.

A verdade é que o criminoso será um heroe, ou pelo menos um benemerito da patria, se é feliz na sua tentativa; será o maior dos criminosos, segundo as disposições do Cod. e as inspirações da tyrannia, se for desgraçado.

Nenhum partidario, nenhum entusiasta cuida arriscar a sua cooperação, quando se incorpora nas fileiras de uma nação interventora, nem conta subjugar com partidos mais ou menos numerosos, organisados no estrangeiro, se a opinião nacional não secunda os seus esforços.

A rocha Tarpea está sempre muito perto do capitolio. O auctor do facto não sabe se pratica um acto de coragem e virtude civica ou se pratica um acto criminoso. Depende de uma eventualidade, da sorte das armas.

A ambição do mando e do poder pôde ser algumas vezes o ignobil fim do que introduz ou toma parte na guerra contra o seu paiz; mas um sem numero de vezes ou quasi sempre a intenção do facto é toda generosa, e o agente, em lugar de tomar armas contra a sua patria, toma com mais verdade ou pensa tomar armas a favor d'ella, moral ou politicamente fallando, e tem o valor de expor a sua vida no campo da batalha ou no logar do supplicio. É uma coragem, uma

dedicação, uma virtude como qualquer outra, muito distante da enfermidade característica do malfetor.

Um homem d'estes não é um perverso, não é um facinoroso como é um vil saltador de estrada, que o Cod. todavia pune com penas menos severas. Vede como elle caminha impavido e tranquillo para o logar do supplicio, a compaixão com que é acompanhada pela opinião geral, as lagrimas que faz derramar!

Não ha, pois, verdade moral nem de consciencia publica na qualificação que se faz n'esta art. É preciso que o delinquente não fique impune, para se não facilitarem e multiplicarem as tentativas d'esta natureza, como de participação em actos de perturbação social; mas o legislador deve lembrar-se que pene não tanto um crime moral, como uma gravissima imprudencia, um erro de calculo e talvez nada mais que um azar da fortuna, que não era dado á providencia humana prevenir. O mesmo Cod. no art. 20.º n.º 3.º considera attenuante — *a falta de pleno conhecimento do mal que deve causar o crime* —.

Isto nos leva a tecer os maiores elogios ao Cod. do imperio do Brazil n'esta parte, que, no cit. art. 70.º, commina sómente, em similhante incriminação a — *prisão com trabalho por seis a quatorze annos* —.

A maxima parte dos Cod. modernos da Allemanha evitam a pena de morte n'este crime. O legislador deixa ali uma immensa latitude ao juiz. Em um d'estes Cod. a prisão com trabalho pode ir desde dois annos á perpetuidade. (Chauveau e Helie, loc. comp., pag. 536.)

O Cod. Hesp. seguiu um meio termo, porque só estabeleceu a pena de morte como maximo da penalidade, sendo o seu minimo a de ferros (*cadena*) temporaria no seu grau maximo, de sorte que, como ensina o commentador Pacheco, a pena, em conformidade com as regras prescriptas no liv. 1.º do mesmo Cod., é triplice de morte, se o facto é revestido de circumstancias aggravantes, de ferros a perpetuidade, se não as ha nem attenuantes nem aggravantes, ou se se compensam umas com outras, e de vinte annos dos mesmos ferros, se existem ou preponderam as circumstancias attenuantes.

Dura e muito dura ficou ainda esta penalidade, mas mais dura ficou ainda a disposição d'este nosso art., preferindo as caducas disposições dos Cod. Fr., da Austria, da Baviera e da Italia.

O Projecto do Cod. Belga, apresentado em 1834, art. 75.º, assim como o de M. Haus, art. 87.º, baniram d'esta incriminação, não só a pena de morte, emendando o Cod. Fr., mas ainda a de trabalhos publicos, adoptando a de reclusão perpetua.

A razão d'esta alteração vem de que se considera a materia da incriminação como politica, que não comporta, segundo as idéas modernas, a imposição da pena de morte.

Esta pena considera-se effectivamente como antiquada para taes crimes, mesmo entre os debéis defensores d'ella¹.

Ha uma grande differença, dizem elles, entre os meios de

¹ Acaba de ser publicado pela imprensa o importante relatório de Odillon Barrot, dirigido á academia das sciencias moraes e politicas de Paris, sobre o Tratado de Direito Penal de Rossi.

Este insigne criminalista havia sustentado por um modo perplexo e contradictorio a necessidade da pena de morte, o que Odillon Barrot demonstra e refuta por um modo irrespondivel.

Entre os argumentos de Rossi se encontra um que não importa menos que a asserção da indifferença dos povos sobre a conservação ou abolição da pena de morte. Esta indifferença não existe, e sim unicamente em estado de hesitação da opinião publica combatida e incerta entre dois sentimentos contrarios: a humanidade, de um lado, que protesta contra o assassinato legal, e a segurança publica e privada, que no seu terror reclama a manutenção da ordem.

Se Rossi, diz Odillon Barrot, presenciasse o assentimento universal com que em 1848 se decretou em França a abolição da pena de morte nos crimes politicos, conheceria que sempre que o sentimento não é complexo, a indifferença desaparece.

Debalde, acrescenta elle, o raciocinio e a necessidade se esforçarem por justificar similhante penalidade; a conveniencia e a humanidade protestarão sempre.

«La question est ouverte, elle fait son chemin; bien des esprits, même des plus sages et des plus prudents, entrevoient et admettent la possibilité de se passer de la peine capitale. Ce n'est plus qu'une question de temps et de prudence.»

Assim os homens mais esclarecidos, que já não podem nem ousam sustentar a pena de morte, com boas razões de direito e de moral, recorrem já não á necessidade absoluta com abstracção da justiça, mas a uma mesma necessidade sómente relativa, como se a justiça não fosse a primeira e mais vital necessidade social. Não é com taes exemplos e com tal prudencia que se pode combater o crime! Os resultados serão sempre contraproducentes.

Um adiamento, em materia de *damno tão irreparavel*, como é a vida do homem, é um conselho perigoso e de uma atrocidade inqualificavel!!!

defeza de que podiam em outras eras dispor os estados contra os crimes politicos, dos que existem na presente situação dos costumes e que bastam aos governos modernos.

Outr'ora, quando as classes medias eram fracas e alguns homens poderosos podiam adquirir no Estado uma preponderancia ameacadora, concebe-se que a existencia d'esses homens podesse ser considerada como incompativel com a segurança publica.

Mas actualmente não pôde haver no Estado existencias que se considerem perigosas a esse ponto. Em politica não podem hoje os homens ser fortes nem perigosos, senão pelas idéas ou pelos partidos que representam. Ora a pena de morte nem destróe as idéas nem os partidos; pelo contrario robustece umas e outros.

Sendo porém isto exacto, a pena imposta n'este nosso art. repugna com o art. 16.º do Acto Additional, que aboliu a pena de morte nos crimes politicos. Ficou assim, se declara ohi, ampliado o n.º 18.º do art. 145.º da Carta, para que a pena n'estes crimes fosse fundada nas solidas bases da justiça e da equidade. A penalidade pois é aqui estabelecida contra as regras da justiça e da equidade, adoptadas e proclamadas no Acto Additional.

Por último, cumpre notar que este art. não deveria ser applicavel ao portuguez que sem licença previa se alistasse em serviço militar estrangeiro, debaixo das bandeiras d'essa nação. Por esse facto e nos termos do art. 8.º § 2.º da Carta, perde elle a qualidade de cidadão portuguez. *ipso jure et ipso facto*, sem necessidade de processo nem de sentença condemnatoria. Devia ser então tratado como estrangeiro.

Tambem não deveria ser applicado aos que desertarem das bandeiras da patria, para se alistar sob as bandeiras do inimigo.

Temos então a disposição especial das leis sobre a deserção dos militares, mandada guardar no art. 15.º n.º 2.º

Este art. pois não deveria ter applicação alguma senão no caso de invasão do territorio, quando portuguezes se reunissem ao inimigo, para o secundar com as armas na mão. Mas para esta hypothese bastava a disposição do art. 143.º, nas

palavras=*empregando quaesquer meios ou praticando quaesquer factos*=, assim como já era excessiva a sua penalidade=*prisão perpetua*=.

«L'art. 75.º (diz portanto M. Hauss, fallando do art. 75.º «do Cod. Fr.) nous paraît donc, superflu; mais, *quod abundat non vitiat*; il faut bien qu'un code pénal ait un beau commencement.»

Acrescentaremos ainda, que se o fim principal da pena de morte é a intimidção, não pôde ella nos casos de que se trata ter importancia alguma; porque, depois de repellido uma aggressão, os réus envolvidos n'ella, que são sempre em grande numero, começam por obter a commutação da pena e mais tarde ou mais cedo uma amnistia, se é que, mudadas as circumstancias, não são indemnizados pelo premio do revez que soffreram.

Não pôde ter importancia alguma, porque crimes taes são sempre precedidos de premeditação longamente amadurecida, e portanto o delinquente, alem de calcular a pouca probabilidade da execução da pena, conta em ultimo caso com o risco que corre; e portanto a comminação não foi efficaz, nem para elle nem para outros que se achem em identidade de circumstancias.

Não pôde ter importancia alguma, porque similhantes factos são quasi sempre acompanhados de outros de igual natureza, poisque a cooperação de muitos é essencial para se aggreir uma nação, e os exemplos de uns ou determinam ou fortificam a resolução de outros, que julgando-se fortes por seu numero e embriaguez da experiencia, consideram a lei penal como letra morta.

Em presença do que temos ponderado, parece-nos preferivel, quanto à incriminação sómente, a disposição que se encontra no moderno Cod. da Baviera, art. 302.º n.º 3.º, nos termos seguintes:

«Le sujet qui, après la guerre déclarée, passera à l'ennemi et portera les armes contre sa patrie.»

É precisamente a que se lê no Cod. de 1837, art. 108.º,

* Segundo a traducção de Ch. Vatel, edição de Paris, 1852.

nas palavras: «...ou que se reunir a qualquer força estrangeira, «que obre hostilmente contra o territorio de Portugal ou de «suas possessões.»

O mesmo pensamento teve Mello Freire, Ens. do Cod. Cr., tit. 13.º § 7.º: «É traidor, propriamente fallando... o «que vae para o inimigo no tempo de guerra, para o servir...»

Mas o que é ainda mais para admirar é que a determinação do moderno Cod. da Baviera n'este sentido parece ser a traducção fiel da nossa Ord. do liv. 5.º tit. 6.º no § 3.º: «se em tempo de guerra algum se fosse para os inimigos do «Rei, para fazer a guerra aos logares dos seus reinos.»

Teria sido melhor aproveitar o que era nosso, que aproveitar e mal o que era dos outros.

Alem d'isso a nossa incriminação consiste sómente no facto de um portuguez tomar armas contra a sua patria. Que pois o criminoso tenha commettido centenaes de mortes, derramado a jorros o sangue de seus concidadãos, levado tudo a ferro e fogo, assolado os campos, destruido as searas, roubado os cofres publicos e particulares, ou que tenha respeitado o feito respeitar a ordem publica, a vida, a propriedade e a honra das familias; que o fim da guerra seja ignobil ou glorioso, que seja um simples soldado ou um dos chefes ou subchefes; que tenha vindo incorporado nas fileiras ou commandando como general, coronel ou capitão; a pena será sempre a mesma! Unica e indivisivel, a *morte*.

Se ha circumstancias aggravantes, a respeito de um ou de outro dos co-réus, como a pena de morte não póde, nos termos do art. 78.º § 1.º, ser aggravada em caso algum, fica o braço do juiz desarmado, para com justiça fazer punir o crime. A igualdade da lei no castigo, tão recommendada no § 18.º do art. 143.º da Carta, é menoscabada e de impossivel execução.

Se ha circumstancias attenuantes, acontece que ou o juiz, por ser de uma opinião politica contraria á do réu, as desconhece inteiramente; ou que esse juiz, por ser da mesma opinião, facilmente as admite, o que tambem procede, quando os sentimentos da tolerancia e da equidade forem dotes da sua alma; e ainda n'este caso lhe resta o immenso arbitrio, não

quanto á duração da pena que ha de substituir á de morte, porque é sempre uma das perpetuas, mas quanto á qualidade d'ella, tendo a escolher entre os trabalhos publicos e a prisão, e podendo até descer ao degredo simples, como preceitua o art. 81.º § 1.º, a não existir sómente a consideração da menoridade, porque então póde elle entender que tem precisamente de cingir-se á disposição do art. 71.º, substituindo a pena com a de prisão perpetua com trabalho.

Partindo portanto sempre a attenuação da pena de morte, segundo as regras geraes do Cod., toda a punição, por mais que os juizes a queiram modificar, ficará sempre exagerada, excessiva e injusta.

ARTIGO 141.º

§ unico. Se, antes da declaração da guerra, o criminoso estivesse no serviço da nação inimiga, com auctorisação do Governo, a pena será a de prisão perpetua.

Art. 29.º n.º 3.º e ref., 147.º, Carta Const., art. 8.º
§ 2.º

Da disposição da lei fr. de 10 de Abril de 1825, art. 3.º n.º 2.º, que parece ter sido a fonte proxima da disposição do nosso Cod. no art. 161.º, como ali notaremos, concluíram alguns commentadores, por identidade de razão, que não era lícito, mesmo ao individuo auctorisado antes da guerra a servir uma nação estrangeira, voltar as armas contra a França¹.

Mas a par d'essa disposição existe a do Decr. de 26 de Abril de 1811, impondo aos que solicitassem similhante auctorisação a prestação de juramento de deixarem o serviço estrangeiro, logo que a respectiva potencia entrasse em guerra com a França.

Tambem entre nós se ordena, no art. 147.º, que todo o portuguez deixe o serviço estrangeiro depois da guerra declarada, de sorte que não se carece para o cumprimento d'esse

¹ Sulpici, not. 3.ª ao art. 75.º do Cod. Pen.

Os Decr. de 6 de Abril de 1809 e 26 de Agosto de 1811 não eximem da pena do art. 75.º do Cod. Pen. o francez que se naturalisa em paiz estrangeiro.

Mas estes decr. não podiam derogar os principios estabelecidos na Const. de 22 frim., ann. VIII, e Cod. Civ., art. 17.º e 21.º Esta é a opinião de Chauveau e Heite, *Théorie du Cod. Pen.*, tom. 2.º

Rogron sustenta a mesma opinião, tanto ao art. 75.º do Cod. Pen., como ao art. 17.º do Cod. Civ. Renega da patria, abdica a qualidade de cidadão aquelle que se naturalisa em paiz estrangeiro. E esta naturalisação um facto que induz uma presumpção *juris et jure* sobre essa abdicção, sendo principio certo, que ninguem para effeitos civis, a não ser por excepção, como Lafayette, pôde ter duas patrias. Concorde Carnot, *Observ.* ao mesmo art. do Cod. Pen.

dever que tenha ou não havido auctorisação, nem que esta seja clausulada nos termos da cit. lei fr.

O facto é em si da mesma gravidade, e a consequencia d'elle e a morte civil e politica do infractor, o que é conforme ao § 2.º do art. 8.º da Carta.

Mas, riscado elle assim do numero dos cidadãos portuguezes por um facto anterior, que fica elle sendo em relação ao paiz sendo um estrangeiro? E como estrangeiro, como e que pôde ser considerado portuguez por um facto posterior?

Isto ainda mais procede, se o portuguez passou ao serviço estrangeiro com auctorisação e na qualidade de militar, porque não pode elle sem incorrer nas penas das leis militares d'esse paiz resistir, não obedecer ou deixar o serviço; a nossa mesma Carta reconhece, no art. 113.º, que a força militar é *essencialmente obediente*.

Parece-nos pois que não ha verdade moral n'esta incriminação. Todos os casos d'esta natureza se devem arrumar em tres hypothese: 1.ª, ou o portuguez se associou ao serviço militar sem auctorisação, e por esse facto ficou *estrangeiro*, nos termos da Carta, e não lhe é applicavel a disposição do art.; 2.ª, ou a auctorisação que lhe foi concedida não foi senão com a condição de não usar das armas em caso algum contra o reino, e pelo facto da infração annullou a auctorisação e se colloca nas circumstancias da antecedente hypothese; 3.ª, ou a auctorisação foi concedida sem reserva, e então o governo que a concedeu deve sujeitar-se as consequencias do proprio facto e da sua omissão, porque não acatou a hypothese de uma guerra superveniente.

Em qualquer d'estes casos só se podem applicar os principios do direito internacional no estado da guerra, antes, durante e depois do conflicto: nos dois primeiros, porque se trata de um portuguez de origem que se tornou estrangeiro por haver renegado a patria e perdido os direitos de cidadão, segundo a Carta; no terceiro, porque se trata de um portuguez que contrahiou novos deveres, com o consentimento do seu governo, deveres a que não pôde faltar durante o prazo do seu compromisso ou contrato. Embora seja ainda membro da familia portugueza, é um captivo, é um escravo da sua promessa compo-

tentemente autorizada, e em virtude da qual se tornou um instrumento material e passivo da nação estrangeira, que está na posse e disposição do seu serviço e do seu braço; e portanto, esse homem, embora portuguez, é para o caso como se estrangeiro fosse.

Alem d'isso, o portuguez autorisado ou não autorisado, que estando ao serviço de uma nação estrangeira continua n'esse serviço, é condemnado a *expulsão perpetua*, como prescreve o art. 147.º

Marchar para a direita ou para a esquerda, fazer a guarda de uma praça das fronteiras inimigas, ficar em disponibilidade ou em corpo de reserva, manter a tranquillidade e segurança interna do paiz invasor ou aggressor no estado de guerra, ou fazer parte do exercito em campanha effectiva, tudo é a *continuação do serviço*, já punida pela disposição do art. 147.º

Temos portanto aqui offendido a regra de direito criminal — *non bis in idem* —. E nem se diga que o facto augmenta de gravidade, e que por isso na continuação de actos de serviço o qualificado n'este § un. merece uma pena maior, pois que nos exercitos ou nas armadas não ha escolha, não ha opção, não ha liberdade entre obedecer e não obedecer. As distincções, as restricções da parte do official ou do soldado, repugnam com a natureza e essencia do serviço.

Mas então mesmo, optando pela continuação do serviço, apparece a abdicção da patria, temos um renegado que soffre não a pena do seu delicto, mas a consequencia constitucional do seu facto, e desde esse momento, não sendo mais que um estrangeiro, não deveria ficar sujeito á lei penal do Cod.

Sobre a penalidade pouco nos resta a dizer. Reprovaríamos em todo o caso a sua perpetuidade. Morte da vida, morte civil, morte de esperanza, morte da liberdade, todas são desnecessarias ao fim social, todas são contrarias á moral. Condemnâmos pois todo o genero de morte.

Mas comparada, não dizemos já com o Cod. do Brazil, unico que se approximou *n'esta parte* dos principios da justiça e da equidade, recommendada no § 18.º do art. 179.º da Constituição do imperio, mas com a dureza do Cod. Hess., lamentâmos o requinte de crueza, por isso que sendo ali ad-

mittida uma pena *temporaria*, como minimo na hypothese d'este nosso art. 141.º, que o presente § un. considera de menor gravidade, se impõe aqui ainda uma pena *maior perpetua*, não inferior na escala d'ellas, que sómente se houverem circumstancias attenuantes pôde ser modificada pela prisão maior temporaria, ou pelo degrado perpetuo ou temporario, aggravado ou não aggravado, como prescreve o § 2.º do art. 81.º

O mod. Cod. da Prussia é digno de ser especialmente indicado a similhante respeito, como se vê do § 86.º:

«Todo o prussiano, que durante uma guerra contra o estado prussiano entrar no serviço militar do exercito inimigo, e voltar as armas contra a Prussia ou seus alliados, será punido com a morte como traidor á patria.

«Todo o prussiano, que estando anteriormente ao serviço estrangeiro, permanecer n'elle depois da guerra declarada e voltar as armas contra a Prussia, deverá ser punido com trabalhos forçados de tres a dez annos.

«Se for demonstrado que existem circumstancias attenuantes, a prisão será simples de tres até dez annos.»

Evidentemente pois trata do que entra no serviço militar estrangeiro ou n'elle permanece e volta as armas contra a patria; considera o facto na primeira hypothese do mesmo modo que o nosso Cod., mas fica muito distante na segunda hypothese, reduzindo a pena a temporaria, susceptivel ainda de maior redução na intensidade, em caso de concurso de circumstancias attenuantes.

Assim vemos confirmadas as reflexões escriptas antes de termos conhecimento d'este Cod., demonstrativas da nimia severidade d'este nosso art. e seu § un., que alias não releva da pena de morte, como releva aquella Cod., o que estava sem authorisação ao serviço estrangeiro antes da declaração da guerra; sendo bem de notar tambem sobre a materia, que a pena de morte não se encontra em caso algum nos outros Cod. mod. de Alemanha (extr. em Chauv. e Hel.), á excepção dos de Hesse e de Bade, e que em geral deixam uma immensa latitude aos juizes para modificar a pena, umas vezes temporaria outras perpetua, de prisão em caso de força. O de Saxe toma por minimo dois annos e por maximo a perpetuidade.

Todavia o Cod. da Baviera, no art. 302.º n.º 3.º, e art. 303.º impõe a pena de morte simples aos que depois da guerra declarada se passarem ao inimigo e voltarem armas contra a sua patria; mas deixou em silencio o caso de faltar a primeira circumstancia, por que o criminoso estivesse ao serviço estrangeiro antes da declaração da guerra.

D'este silencio porém não resulta a impunidade, porque provado o facto principal de voltar armas contra a patria, a ausencia dos outros elementos constitutivos do crime não impede os juizes, na conformidade do art. 106.º das disposições geraes, de applicar uma pena inferior á normal ou outra *extraordinaria*.

ARTIGO 142.º

Todo o portuguez, que se concertar com qualquer potencia estrangeira para declarar a guerra a Portugal, ou que a induzir ou tentar induzir para o mesmo fim, tendo com ella ou com os seus agentes communicações verbaes ou por escripto, ou entrando em negociações, ou praticando quaesquer enredos, ou procurando preparar os meios por quaesquer factos, será condemnado, se a guerra ou as hostilidades se seguirem, a prisão perpetua; e se não se seguirem, será condemnado a degredo perpetuo.

Art. 29.º n.º 3.º e ref. ao art. 36.º; art. 29.º n.º 4.º e ref. ao art. 35.º

O Cod. do Brazil contém a respeito da materia d'este art. as seguintes providencias, que julgamos dignas de ser aqui transcriptas:

«Art. 69.º Provocar *directamente e por factos* uma nação estrangeira a declarar a guerra ao imperio, *se tal declaração se verificar, e se seguir a guerra.*

«Penas—de prisão com trabalho por seis a dezoito annos. «Se da provocação *se não seguir a declaração da guerra*; ou «se esta, *posto que declarada, se não verificar*, ficando a nação sem damno ou prejuizo.

«Penas—de prisão com trabalho por dois a seis annos. «Se para se não verificar a guerra declarada em consequencia da provocação for preciso algum sacrificio da nação «em prejuizo da sua integridade, dignidade ou interesses.

«Penas—de prisão com trabalho por tres a doze annos.»

São duas hypotheses distinctas, que tambem o nosso art. distinguia, mas a segunda se subdivide, para dar logar á aggravação da pena, quando se não póde desviar o estado de guerra sem algum sacrificio nacional.

A pena n'este nosso art. é sempre indivisível, a de *degrado perpetuo!*

O Cod. Hesp. contém a incriminação formulada nos seguintes termos:

«Art. 140.º El Español qui indujere á una potencia extranjera á declarar guerra á España, ó se concertare con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de muerte, «si llegasse á declarar-se la guerra, y en otro caso, con la *cadena perpetua.*»

Resulta d'esta comparação, que o Cod. Hesp. não tomou em consideração a circumstancia de se haver ou não seguido a guerra, bastando-lhe a de se haver ou não declarado, em quanto que o nosso Cod. tomou sómente em consideração a circumstancia de se haver ou não seguido a guerra, desprezando a de se ter ou não chegado a declarar.

O Cod. Fr. exprime-se nos seguintes termos:

«Quiconque aura pratiqué des machinations ou entrete-
«nu des intelligences avec les puissances étrangères ou leurs
«agents, pour les engager à commettre des hostilités ou à en-
«treprendre la guerre contre la France, ou pour leur en pro-
«curer les moyens, sera puni de mort.»

Resulta mais da confrontação do nosso art. com os dos tres Codigos antecedentes, que não seguiu a nenhum d'elles, adoptando porém de todos alguma cousa.

Adoptou quanto á incriminação o Cod. Fr., por isso vemos confundidos n'ella dois factos diversos, os da *provocação*, e os do *fornecimento de meios preparatorios*. *Procurando preparar os meios por quaesquer factos*, diz o nosso art. traduzindo as palavras do Cod. Fr., *ou pour leur en procurer les moyens*. Esta confusão não foi imitada pelos dois Cod. do Brazil e Hespanha; mas tem concordancia com o Cod. da Austria, se bem que este não pôde n'esta parte ser invocado, nem tomado n'esta parte por modelo, por isso que comprehendu nos art. 52.º e 53.º em termos genericos e debaixo de uma unica incriminação, como *alta traição*, tudo quanto podesse offender a segurança do Estado, posto que ficasse frustrado e não saísse dos limites de uma simples tentativa.

Concorda igualmente com o art. 171.º do Cod. da Sar-

denha, que é precisamente em tudo e por tudo a copia literal do cit. art. do Cod. Fr.

É porém muito notavel a disposição do Cod. das Duas Sicilias, que no art. 106.º se exprime pela maneira seguinte:

«Quiconque, par suite d'un concert formé avec les puis-
«sances étrangères ou avec leurs agents, aura contribué à
«une declaration de guerre ou à un acte d'hostilité, sera puni
«de mort.»

Limita-se portanto ao caso do *concerto*, quando seguido da declaração da guerra ou de algum acto hostil, para comprehender todos aquelles que por qualquer modo tenham contribuido para esse resultado. E podiamos bem ficar por aqui; por isso que todos os co-réus do delicto teriam a responder sómente pelas penas correspondentes ao delicto frustrado ou á tentativa, segundo as disposições geraes.

Quanto á pena, não adoptou a de morte, do Cod. Fr., Hesp., Sardenha e Duas Sicilias, nem conservou portanto a da Ord., liv. 5.º tit. 6.º § 12.º, mas approximou-se muito d'esta penalidade, admitindo uma das immediatas e que podem ser ou tornar-se mais cruéis que a morte, e morte são da esperança, da liberdade e da sociedade para com o réu.

O maximo da pena nas tres hypotheses, que na incriminação distingue o Cod. do Brazil, é a de prisão com trabalho de seis a dezoito annos, e o minimo de dois a seis annos da mesma pena. É enorme a desproporção; e ou o Cod. do Brazil ultrapassa as metas da indulgencia ou o nosso Cod. toca n'este logar as da nimia severidade.

Tambem não adoptou o Cod. Fr., Hesp., nem o do Brazil, nem o da Baviera, quanto á qualificação da incriminação, que toma n'estes Cod., em lugar do segundo, o primeiro logar, seguindo antes o Cod. Fr., da Sardenha e das Duas Sicilias, se bem que estes Codigos, punindo sempre com a mesma pena, a de morte, mal podem ser a este respeito comparados.

Pacheco, commentando o art. 140.º, correspondente do Cod. Hesp., e comparando a gravidade da incriminação, com a do art. 141.º do mesmo Cod., nota que a da primeira é maior que a da segunda. Porquanto a primeira tem logar or-

dinariamente por effeito de paixões exaltadas, sem que medie uma premeditação verdadeiramente criminosa, em quanto que a segunda, para que tenha lugar o concerto ou indução, ou se poderem entabolar negociações com governos estrangeiros, torna indispensavel o tempo, e a meditação, não bastando nunc um momento de colera ou de despcito.

Pelo contrario, quando ha já uma guerra declarada, quando um exercito invade o paiz, pôde então bastar um momento de exaltação para arrastar sem reflexão qualquer a tão deploravel proposito, como é o de tomar armas contra a sua patria.

Na primeira incriminação só podem achar-se envolvidas pessoas influentes, nem é facil que outras o sejam; em quanto que na segunda podem ficar incursas todas as pessoas ainda as de mais baixa condição.

Para se tomar pessoalmente parte em uma guerra basta ter vontade, saude e braços; mas para entrar em altos concertos e levar por diante as machinações d'esta natureza é preciso estar em posição de as emprehender e de as conduzir. Um homem insignificante não pôde commetter similhante crime.

Resulta d'aqui, em regra geral, que consideradas uma e outra incriminação, em relação ao perigo que os factos podem causar ao Estado, a primeira é mais grave que a segunda. Esta só grangeará ao inimigo uma força physica, excepto em casos excepçionaes (como, nos de um valente e habil general ou grande do reino), mas aquella produzirá sempre uma força moral muito mais damnosa, muito mais terrivel, muito mais digna de ser prevenida e castigada.

D'aqui procede seguramente a diversidade das penas.

Assim justifica este commentador a qualificação das duas incriminações feita pelo Cod. Nesp.

Se são exactas como nos parecem estas observações, aos grandes delictos apontados acresce o desacerto com que se collocou em primeiro lugar o que devia ficar depois, e com que no art. 141.^o se pune com pena capital um facto, que era menos grave que o contemplado n'este art. 142.^o, que apparece punido com a pena immediata.

Se a pena d'este art. é justa, a do art. 141.^o, longe de ser a mais grave, devia ser ainda mais leve.

Adoptou finalmente a disposição de todos estes Cod. que era tambem a da nossa Ord. supracitada, em punir o facto da conspiração ou da provocação, embora ella fique frustrada; mas admittiu na pena a distincção, para a imposição da pena ficar menos severa, com quanto maior e perpetua sempre.

ARTIGO 143.º

Todo o portuguez que ajudar ou tentar ajudar uma potencia estrangeira inimiga na execução de medidas hostis ao Estado, tendo com ella ou com seus agentes, ou directamente ou por qualquer intermediario, correspondencia a fim de facilitar essa execução, ou empregando quaesquer meios ou praticando quaesquer factos destinados ao mesmo fim, será condemnado a prisão perpetua.

Art. 29.º n.º 5.º e ref. ao art. 34.º

O Cod. do Brazil, ainda digno dos nossos elogios pela clareza e precisão das incriminações concordantes na materia, contém as seguintes disposições:

«Art. 71.º *Auxiliar* alguma nação inimiga a fazer a guerra ou a commetter hostilidades contra o imperio, fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições ou embarcações.

«Penas—de prisão perpetua com trabalho no grau maximo, por dezenove annos no grau medio e por oito no minimo.

«Art. 72.º *Entreter* com uma nação inimiga ou com seus «agentes intelligencias por que se lhes communique o estado «das forças do imperio, seus recursos ou planos, ou dar «trada e auxilio a espiões ou a soldados inimigos mandados «pesquisar as operações do imperio, conhecendo-se por taes.

«Penas—de prisão com trabalho por vinte annos, no grau «maximo, por doze no medio e por seis no minimo.»

A confrontação d'este nosso art. com estes do Cod. do Brazil nos faz ver desde logo os defeitos capitaes da nossa incriminação.

Qualquer que seja o auxilio, grande ou pequeno, quaesquer que sejam os meios, com ou sem importancia, e mesmo que os factos não passem de mera tentativa, como se vê das

palavras = *tentar ajudar* =, o crime é sempre punido com uma pena indivisivel, insusceptivel de ser graduada na sua applicação, qual é a prisão maior no seu maximo de perpetuidade, que sómente pôde ser aggravada se concorrerem circumstancias aggravantes, e que só pôde ser diminuida se essas circumstancias forem attenuantes, segundo as disposições geraes do Cod., mas que tem de ser conservada se não houver concurso de umas ou outras, ou se no concurso se não der preponderancia, conforme aos art. 78.º, 81.º e 84.º, em quanto que o Cod. do Brazil, incomparavelmente mais perfeito, não só distinguia factos que definio, que explicou, mas n'elles mesmo admittiu maximo, medio e minimo sobre a applicação da pena.

Um outro defeito capital resulta da confrontação d'este art. com o antecedente, e é que não distinguia aqui, como distinguia ali, para attenuar ou aggravar a pena, a circumstancia de se haver ou não seguido a guerra, como se acha n'este mesmo art. § un., para quando o réu for um ministro d'Estado.

Isto é uma grave omissão, uma falta de coherencia que envolve ao mesmo tempo uma desigualdade a nosso ver indisculpavel. Pois sómente o ministro d'Estado soffre a pena de morte, seguindo-se a guerra na hypothese d'este art. 143.º, e qualquer outro portuguez não ha de ter aggravação da pena, ainda que de morte não seja, dada a mesma circumstancia?

Podem-se ter offertado, posto até á disposição de uma nação estrangeira inimiga, braços, embarcações, armas, munições, dinheiro, e contudo não se ter seguido a guerra, não se terem chegado a romper as hostilidades; e então se isto é possível, por que se havia de omitir a distincção?

Menos vaga e mais bem formulada nos parece a incriminação que se acha no Cod. Fr., art. 77.º; muito melhor a que se acha nos seis n.ºs do art. 122.º do Cod. Hesp., e muito digna de ser imitada, salvas algumas modificações, a que se encontra no Cod. da Baviera, comprehendida nos differentes graus de alta traição, com relação a uma guerra exterior, art. 300.º n.º 2.º: «*Lorsq'un sujet aura ... donné ... la facilité de faire cette guerre, etc.*»; e art. 302.º n.º 4.º: «*Le sujet qui,*

d'une manière quelconque, pendant une guerre, favoriser l'ennemi intentionnellement et volontairement, par conseils ou par actions—etc.

Concordam com o Cod. Fr. o da Sardenha, art. 172.º, e o das Duas Sicílias, art. 107.º

O nosso Cod. de 1837 também continha a incriminação de que se trata, incluída no art. 108.º, como se vê das palavras —ensinando-lhes e facilitando-lhes os meios de fazer a guerra, quaesquer que sejam os meios que para esse fim empregue— e das palavras:—o que fornecer aos inimigos de Portugal, para o fim de o hostilizar, soccorros de gente, viveres—etc.; e de outras mais que completam e precisam, de um modo claro e definido, quaes os actos puníveis e a sua importância, para que assim sejam considerados de alta traição e sujeitos á pena capital.

Mello Freire, no seu Ens. do Cod. Cr., tit. 13.º § 7.º, também incriminou factos semelhantes, mas sempre designando-os especialmente.

Finalmente, em vista das palavras do art. —ajudar ou *tentar* ajudar— se vê que o legislador, punindo a tentativa como o crime consummado, se afastou aqui das regras geracs estabelecidas nos art. 6.º, 7.º e 89.º

Fez uma excepção a essas regras, caso em que, em conformidade com o art. 9.º, a suspensão da execução do crime por vontade do criminoso não é causa justificativa, e consequentemente só é uma circumstancia attenuante para que a pena fique sendo algum tanto modificada, nos termos do art. 81.º

Mas note-se que a tentativa aqui é uma tentativa qualificada não por um simples começo de execução, mas por um facto material realiado de auxílio, de correspondencia ou qualquer outro, posto que depois de praticado esse facto o seu auctor voluntariamente se arrependa e desista.

As palavras, portanto, —*tentar ajudar*— exprimem assim o mesmo que —*pretender ajudar*— ou —*procurar ajudar*— ou a intenção criminosa, manifestada por facto ou factos positivos, embora o serviço não aproveitasse, não fosse efficaz, sufficiente ou não continuado.

A nossa Ord. do liv. 3.º tit. 6.º § 4.º era sobre a materia d'esta incriminação redigida com a sufficiente clareza:

«... se algum der conselho aos inimigos do rei per carta ou por qualquer outro aviso em seu desserviço ou de seu real estado.»

Note-se porém que sobre a applicação d'este art. a estrangeiros residentes em Portugal tem a pena de ser substituida pela immediata em vista do que dispõe o art. 151.º

ARTIGO 143.º

§ unico. Em qualquer dos casos declarados n'este art. e no art. antecedente, seguindo-se a guerra ou as hostilidades, se o criminoso for Ministro d'Estado corrompido por dadivas ou promessas, ou Agente diplomatico, encarregado em rasão das suas funcções de negocios com a mesma potencia estrangeira, corrompido do mesmo modo, será condemnado á morte.

Art. 29.º n.º 1.º e ref. ao art. 132.º

Cart. Const., art. 103.º § 1.º

Em nenhum dos Cod. europeus por nós comparados achamos, para os casos de traição ou crimes d'estado, disposição especial alguma aos ministros d'estado.

E comtudo, a Carta quer que elles sejam punidos por um modo especial, como se vê dos seguintes art.

« Art. 103.º Os ministros d'estado serão responsaveis:

« § 1.º Por traição.

« § 2.º Por peita, suborno ou concussão.

« § 3.º Por abuso de poder.

« § 4.º Pela falta de observancia da lei.

« § 5.º Pelo que obrarem contra a liberdade, segurança « ou propriedade dos cidadãos.

« § 6.º Por qualquer dissipação dos bens publicos.

« Art. 104.º Uma lei particular especificará a natureza d'estes delictos e a maneira de proceder contra elles.»

Mas deduz-se da disposição do § un. d'este art. 143.º, que a falta de uma lei regulamentar especial não é essencial, e que as determinações do Cod., nos seis objectos mencionados na Carta, relativos em geral a empregados publicos, comprehendem os ministros d'estado.

Esta intelligencia se confirma: 1.º, em vista da termi-

nante definição que de empregado publico dá o art. 327.º; 2.º, em vista do indice da edição official do Cod., por um dos seus collaboradores, no qual se lê—*ministro d'estado: V. empregado publico—injúria—interesses—rebellião* etc.

Acresce especialmente quanto aos crimes de que tratam os art. d'este e do segundo cap., que as palavras—*tudo o portuquez*—são tão absolutas, que não permitem a exclusão dos ministros d'estado, assim como a não tolerariam a respeito dos agentes diplomaticos ou quaesquer outros funcionarios.

Em quanto pois, para restrictamente se cumprir o preceito e promessa da Carta, se não fizer melhor lei de responsabilidade ministerial, temos lei applicavel nas disposições do Cod. Pen., e não será portanto á mingua d'ella, como tantas vezes temos visto pretextar, que os ministros d'estado deixariam de ser punidos por seus crimes especiaes.

Se foi porém como supponos intenção do legislador comprehender nas disposições do Cod. os crimes dos ministros d'estado, na qualidade commum de funcionarios publicos, a idéa foi feliz; porque procurou vencer uma das grandes difficuldades e anomalias existentes entre nós desde que ha systema representativo.

A responsabilidade ministerial é um dogma do systema representativo, sem a qual a inviolabilidade do rei não pôde ser moral nem politicamente mantida e acatada como deve ser. Mas para que essa responsabilidade seja uma verdade, cumpria, segundo a promessa da Carta, que se fizesse *lei particular*, como seria mais adequado*, para que as devidas incriminações fossem bem formuladas, escolhida a penalidade, e esta distribuida em proporção da maior ou menor gravidade dos diversos factos que os ministros d'estado podem commetter. Comtudo, apesar da imperfeição do Cod., a comprehensão dos

* «D'abord la Charte a dit que la *trahison* et la *concussion*, relativement aux Ministres seraient spécifiées par des *lois particulières*; et puis que la Charte le prescrit, il faut exécuter la Charte. En suite, n'est-il pas évident que malgré les dispositions législatives, qui s'appliquent, dans l'état actuel de la législation, aux faits de *concussion* et de *trahison*, en général, ces faits réclament une *définition particulière* quand il s'agit des ministres? Graverand. tom. 2.º cap. 3.º

ministros d'estado foi um grande serviço feito ao systema representativo¹.

Até aqui podiam elles tornar esteril o principio e cobrir-se com o manto do monarcha inviolavel. Desde a promulgação do Cod. não poderão mais allegar a falta de lei regulamentar do mesmo principio, poisque se o Cod. os não puniu por incriminações especiaes, foi porque os incluiu na lei commun, a que sómente fez a excepção deduzida no presente §, que assim confirma a regra em contrario.

A razão por que o legislador aqui contemplou especialmente os ministros d'estado e os agentes diplomaticos (como já contemplou estes nos art. 137.º e 138.º), fóra dos logares em que tratou dos crimes commettidos pelos funcionarios publicos, foi porque, não se satisfazendo em tal hypothese de traição qualificada por abuso de confiança, de poder, e corrupção, senão com a maxima das penalidades, não podia chegar a esse fim pelas regras geraes da aggravção das penas perpetuas, senão por excepção e incriminação distincta, poisque taes penas nunca podem ser aggravadas subindo á de morte, como é expresso no art. 86.º e 78.º § 2.º

E tanto mais, que tambem o fim do legislador, e o art.

¹ Graverand, escrevendo em 1834, sobre as lacunas da legislação criminal e politica de Franca (tom. 2.º cap. 3.º), lamentava que se houvesse deixado correr um espaço de dez annos a contar desde a promulgação da Carta, sem que alguma lei tivesse sido promulgada para organizar e desenvolver o principio da responsabilidade ministerial. E que diremos nós, que vemos este objecto gravissimo dormir ha mais de trinta e seis annos, e que ainda dormirá, porque sem um ministerio patriótico, que se esqueça de si para admente se lembrar do paiz, será muito difficil que haja quem tome em alguma das camaras legislativas a conveniente iniciativa. Tem havido muitas dictaduras, mas em nenhuma tem lembrado fazer essa lei. Houve contudo um ministerio, o de 22 de Agosto de 1847 (a que tivemos a honra de pertencer), que havia solememente contrahido para com o paiz o dever de apresentar ao corpo legislativo a necessaria proposta de lei, e o teria assim cumprido, se circumstancias politicas e de força maior lhe não abreviassem a duração de sua existencia. Essas circumstancias foram victoriosamente apresentadas á camara dos deputados, por um membro d'essa administração, o nosso distinctissimo collega o sr. Mello e Carvalho, em discurso proferido na sessão de 2 de Maio de 1856, dado á estampa em separado, e que se torna um escripto digno do seu auctor, como documento da sua illustração e moralidade politica, e tributo de justiça e de rectidão que tanto caracterisam um magistrado e homem d'estado tão benemerito.

103.º da Carta, se acha satisfeito pela publicação da Lei de 13 de Fevereiro de 1849, reguladora da forma de processo que deve seguir-se na camara dos pares, quando se constitue em tribunal de justiça, e á qual compete julgar os ministros d'estado, na conformidade do art. 41.º § 1.º da mesma Carta.

Tambem a Carta Fr. de 1814, fallando dos crimes de traição e de *concessão*, de que era juiz competente a camara dos pares, acrescentava no art. 56.º:

« Des lois particulières spécifieront cette nature de délit et en détermineront la poursuite. » E essas *lois particulares* sempre se entenderam ser as dos respectivos art. do Cod. Pen., como foi decidido nos processos do marechal Ney, de Louvel e dos ministros de Carlos X¹.

Assentada bem esta opinião, veremos se as incriminações do Cod. sobre os crimes especificados na Carta estão feitas e sancionadas de modo que possam ser applicadas aos ministros d'estado.

Havemos mais de uma vez concluir pela negativa, mostrando a deficiência do Cod.

Quanto á penahidade, se podessemos applaudir a pena de morte como aggravção na especie de que se trata no presente art., certamente o faríamos.

Mas reprovando esta penalidade como altamente viciosa, e sem reserva nem excepção alguma, menos a podemos levantar aqui.

Para criminosos d'esta ordem, para empregados de tal elevação e qualidade, quando descobertos e convencidos de traidores, a infamia resultante do seu crime é só de per si uma pena da maior intensidade moral.

Se a vindicta publica, no seu maximo transporte, inspirou aqui a pena de morte, essa vindicta ficaria muito mais, cem vezes mais saciada com uma pena maior temporaria. A

¹ A nossa Constituição de 1838 supprimiu a disposição da Carta, quanto a exigencia de uma lei regulamentar para se tornar effectiva a responsabilidade dos ministros.

O mesmo se havia praticado na Const. Fr. de 1791, art. 5.º e 72.º, e ultimamente na Const. de 1852, art. 13.º

morte, o suicidio mesmo é para taes criminosos um mal menor, um bem relativo preferivel á vida com a infamia.

Um mez á grilheta, seguido de alguns annos em prisão ou degredo, com privação de todo o emprego, honras e condecorações, seria pena muito mais severa.

A morte sem confisco, a morte sem transmissão de infamia nem de inhabilidade a filhos ou a parentes, a morte sem torturas, sómente pôde servir ou para livrar o culpado de todo o castigo, pela impunidade a que conduz a nimia severidade, ou para o alliviar de um mal maior, qual o de viver para padecer, morrer lentamente e supportar o remorso e a deshonra.

Alem d'isso se nos crimes de traição, assim qualificada, a pena deve ser aggravada especialmente quanto aos ministros d'estado e agentes diplomaticos, qual deverá ser a aggravação que deverá ter logar quando elles, achando-se incursos na disposição d'este §, tiverem abandonado as suas funções para tomar armas contra a sua patria, debaixo das bandeiras de uma nação estrangeira? Nenhuma, porque a pena do art. 141.º é tambem a de morte, que não soffre aggravação em caso algum, como declara o § 1.º do art. 78.º Isto demonstra, alem da injustiça absoluta, a relativa da pena de morte. Não pôde ser distribuida, sem que o remedio da pena seja inadequado já por excesso, já por diminuição.

Por ultimo, cumpre notar: 1.º, que referindo-se este § aos crimes enunciadados no presente art. e no antecedente, e sendo ambos relativos á effectividade de participação na execução de procedimentos hostis, incriminados com a *prisão perpetua*, as circumstancias aggravantes do abuso de confiança e da corrupção não produzião a pena de morte; porque antes d'ella havia o *degredo* que podia ser accumulado, assim como o isolamento, pelo tempo que parecesse aos juizes, conforme ao § 3.º do art. 78.º, e havia ainda uma pena intermedia superior, qual a dos trabalhos publicos, conforme ao art. 47.º, assim como a aggravação d'estes com o mesmo degredo, nos termos do cit. art. 78.º § 2.º

O salto portanto á pena de morte é uma aberração injustificavel das regras estabelecidas pelo legislador.

2.º Que sendo elemento constitutivo da incriminação especial ter-se seguido a guerra ou as hostilidades, a falta d'esta circumstancia, na hypothese do art. 142.º, sujeita o delinquente, com quanto ministro d'estado ou agente diplomatico, encarregado de negocios com a potencia estrangeira, sómente a *degredo temporario para as possessões orientaes*, podendo ainda mais aggravar-se com a prisão no logar do degredo a arbitrio dos juizes, conforme ao § 4.º do dito art. 78.º

Ora o concurso de mais um elemento de aggravação, tirado não do facto criminoso em si mesmo, mas da circumstancia accessoria dos seus resultados, que não dependiam só da vontade do delinquente, não é motivo bastante para se saltar por cima das duas penalidades perpetuas superiores e suas aggravações, e sómente se parar na pena de morte.

Ou aqui a penalidade pecca por extremo exagerada ou pecca por diminuta em excesso na segunda hypothese e em todas as do art. antecedente, quando applicada a taes funcionarios, desprezadas assim as regras prescriptas no mesmo Cod., art. 89.º § un., sobre crime frustrado.

3.º Que o Cod. pela disposição especial d'este §, deixando por argumento de regra em contrario provada pela excepção a applicação das incriminações communs aos ministros d'estado, devia ser explicito a similhante respeito.

Uma lei organica particular é necessaria, e ao Cod. omitindo-a cumpria, pelo menos, declarar o que os tribunaes competentes deviam seguir a similhante respeito.

A Const. Belga assim o fez no art. 134.º, determinando: «*Jusqu'à ce qu'il y soit pourvu par une loi, la chambre des représentans aura un pouvoir discrétionnaire, pour accuser un ministre, et la cour de cassation pour le juger, en caractérisant le délit et en déterminant la peine.*»

«*Néanmoins, la peine ne pourra excéder celle de la réclusion, sans préjudice des cas expressément prévus par les lois pénales.*»

4.º Que o Cod. revela, na incriminação especial de que trata este §, a opinião do legislador sobre a responsabilidade individual exclusiva dos factos criminosos, que praticarem os ministros d'estado, punindo sómente o ministro traidor, re-

jeitada portanto a tão apregoada responsabilidade solidaria, que é falsa, tanto em moral como em politica.

Assim foi declarado na Const. Fr. de 1852, art. 13.º:

«...les ministres... ne sont responsables que chacun en «ce qui le concerne, des actes du gouvernement; il n'y a «point de solidarité entre eux.»

5.º Que em harmonia com a Carta, art. 105.º «não salva «aos ministros da responsabilidade a ordem do rei vocal ou «por escripto», o Cod., comprehendendo os ministros d'estado em suas disposições, devia reproduzir o mesmo principio para que se não podesse inferir do seu silencio a similhante respeito, que essa declaração se acha prejudicada, ou que similhante defeza lhes pôde ser attendida, segundo as regras geraes do Cod.

· Todavia, a observancia do principio deve ser mantida, apesar do silencio do Cod. Só um rei absoluto ou responsavel pôde attenuar a culpa dos seus ministros com as suas ordens, porque a lei é a vontade do rei absoluto, a responsabilidade deve caber inteira ao rei responsavel. Mas nós temos um rei constitucional e inviolavel.

6.º Que não obstante a existencia das disposições do Cod. e a possibilidade de serem applicadas aos ministros d'estado, tendo-os a Carta declarado responsaveis pelo crime de *traição*, pôde similhante applicação repellir-se fóra do caso especificado no presente §, por isso que esta qualificação, em desharmonia com a Carta, não foi adoptada no Cod., ficando portanto em pé a necessidade de se declarar por uma lei especial quaes sejam os crimes de *traição* a que a Carta se refere¹.

¹ Este provisorio da lei commum em factos politicos que demandam uma lei particular é uma calamidade. É de facto fazer reviver a jurisdicção dos cunhos de Roma, ou a da camara dos lords em Inglaterra, pronunciando penalidades sem uma lei especial, precisa e adequada. Em Portugal, aonde a camara dos deputados para accusar e a dos pares para julgar têm uma jurisdicção restricta, mas não sufficiente para legislar sem o concurso do rei, é uma anomalia que tanto a camara dos deputados como a dos pares se crijam em legisladores e juizes ao mesmo tempo: só em Roma, em que a soberania do povo não era partilhada, podia tolerar-se o direito absoluto dos seus comícios. Assim mesmo uma lei especial para julgar um ministro d'estado, feita depois do seu crime, como a que respeitou ao cidadão Millo, seria reputada hoje uma violação dos principios mais sagrados da defeza e da justiça criminal.

O argumento não seria novo, pois foi logicamente deduzido por M. de Martignac, na defeza do principe de Polignac, primeiro dos ministros de Carlos X. O mesmo se pôde dizer a respeito de todos os outros factos que podem ser objecto de accusação contra os ministros d'estado.

É certo que durante os debates d'esse processo celebre, M. Persil, commissario da camara dos deputados, procurou prevenir esta objecção preliminar de incompetencia de julgar por deficiencia de lei; mas ella não foi refutada pela replica do outro commissario, M. Mandier de Montjau, nem destruida pela sentença da camara dos pares, aonde pelo contrario a applicação da penalidade foi precedida da declaração expressa e formal de não existencia de lei penal. nos termos seguintes:

«Considérant que ces actes constituent la crime de trahison, prévu par l'art. 36¹ de la Charte de 1814;
«Considérant qu'aucune loi n'a déterminé la peine de la trahison, et qu'ainsi la Cour est dans la nécessité d'y suppléer.»

E tambem é certo que este procedimento, que hoje pertence à historia, pôde ser considerado como uma aberração do principio consignado no Cod. Pen. Fr., art. 4.º:

«Nul contravention, nul délit, nul crime, ne pourront «être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi «avant qu'ils fussent commis.»

E de facto, tem esse procedimento sido condemnado, como, entre outros, por E. Laboulaye. Essai sur les lois crim., publicado em 1845:

«Chez nous, dans un procès fameux, la chambre des pairs «s'est prétendue souveraine, et maitresse à la fois de la procédure et de la pénalité, sans qu'une loi antérieure eût déterminé ni la procédure ni la peine.»

Portanto, o perigo da provisoria e questionavel applicação do Cod. Pen. aos ministros d'estado subsiste em presença dos termos pouco explicitos do mesmo Cod..

7.º Que ainda por estes motivos muito lamentámos que o Cod. se afastasse da linguagem juridica, admittida pela Constituição do Estado, qualificando de crimes *contra a segurança exterior do reino* = factos que são qualificados pela

mesma Constituição, e pelos melhores Cod. assim do velho como do moderno mundo, como de *=traição=*.

Lamentámos, porque, se é certo que sempre que a Constituição do Estado tem proclamado um princípio, não compete às leis secundarias, como é um Cod. Pen., nem altera-lo, nem illudi-lo, nem ultrapassa-lo, senão harmonisarem-se com elle, e indicarem os meios de se cumprir, quando se fizesse a lei organica particular, promettida no art. 104.º da Carta, se deviam designar os crimes de *traição*, a que se refere o § 1.º do art. 103.º da mesma Carta.

De outro modo, um portuguez qualquer, dado o mesmo facto e com as mesmas circumstancias, será accusado de *crime* ou *attentado contra a segurança do Estado*, em quanto que um ministro d'estado, ainda que accusado no mesmo processo, conjuntamente com um par ou um deputado, o devera ser *=por traição=*.

As palavras de qualificação criminoso devem ser rigorosas e sacramentaes, porque exprimem idéas precisas de criminalidade, e não devem por isso ser substituidas nem supprimidas, sem motivo algum justificado e indispensavel.

8.º Que a pena de morte, comminada aqui contra um ministro d'estado, por um facto politico, ainda que de alta traição, é repugnante com o Acto Adicional, que aboliu semelhante penalidade em taes crimes. A morte dada com todas as aggravações de *publicidade* definidas no Cod. é não só desnecessaria mas inconveniente, por ser em desconsideração da elevada posição de um ministro d'estado.

Repugna que morra às mãos de um executor ou um carasco o homem que teve a honra de ser executor das ordens do rei. Por esta consideração os imperadores da China, com quanto severos na punição dos crimes dos seus ministros, têm dispensado na *publicidade* da execução, e mesmo quando condemnados por um tribunal supremo a soffrer morte *lenta e dolorosa*, têm permittido que sejam os mesmos criminosos os que por suas proprias mãos executem a condemnação suicidando-se. Assim o vemos concedido por diversos imperadores chinezes, como, por exemplo, n'um edicto contra o primeiro ministro *Ho-Quen*, em que se lê:

« Notre royale indulgence permet donc a *Ho-Quen*, par ces présentes, d'être lui-même son exécuteur; mais qu'il soit connu en même temps, que c'est notre considération pour la dignité qui doit accompagner l'administration de cet empire, et non aucun égard de notre personne impériale pour *Ho-Quen*, qui a dicté notre présente détermination. »

ARTIGO 144.º

Todo o portuguez, que conjurar contra a segurança exterior do Estado, concertando com outra ou mais pessoas, e fixando a sua resolução de commetter qualquer dos crimes declarados nos dois artigos antecedentes, será condemnado, se a conjuração for seguida de algum acto preparatorio de execução, á pena de degredo perpetuo.

§ unico. Se não for seguida de algum acto preparatorio de execução, será condemnado a degredo temporario.

Art. 29.º n.º 4.º e ref.

Temos n'este art. incriminada a *conjuração*, com relação aos crimes de *excitação* ou *provocação* á guerra, e aos de *auxílio* ou *auxílios* ao inimigo.

Tem por fonte esta disposição o Cod. Hesp. no art. 143.º, quanto á incriminação que ali se chama = *conspiração* =; e quanto á definição de *conjuração* (*complot*) = concertando com outra ou mais pessoas, e fixando a resolução de commetter qualquer crime = o art. 89.º do Cod. Fr.: «Il y a «complot dès que la résolution d'agir est concertée entre «deux ou plusieurs personnes.»

Esta disposição passou textualmente para o mesmo Cod. Hesp., art. 4.º

A palavra = *conspiração* = de que usa o Cod. Hesp. n'este art. 4.º e no cit. art. 143.º, e de que também se serve o Cod. do Brazil, nos art. 108.º e 109.º, parece-nos preferivel á de *conjuração*, que suppõe pacto com juramento, e que poderia fazer entrar em duvida, se o concerto firmado sem essa solemnidade é ou não o crime previsto n'este nosso art., se desde muito esta palavra não estivesse consagrada para exprimir a mesma idéa, embora não intervenha o juramento. A *conjuração* sem juramento é propriamente *confederação*,

ou antes a *conspiração* é o genero de que são especies a *conjuração* e a *confederação*¹.

Quanto ao numero de pessoas para formar a *conjuração* ou *conspiração*, o Cod. do Brazil exige = *trinte ou mais* =, que é o mesmo que o nosso Cod., no art. 179.º, exige como elemento constitutivo da incriminação nos casos de *sedição*; e em geral, no art. 282.º, para considerar *illicita* uma *associação* qualquer, por falta de auctorisação.

O minimo que exige o nosso Cod. para constituir reunião criminosa é de quatro individuos = *mais de tres* =.

Não nos parece pois haver coherencia entre estas determinações. Temos por muito diminuto o numero de *duas* pessoas no caso da *conspiração* que o Cod. Fr. admittiu e imitou o Hesp., embora se considere excessivo o numero de vinte do Cod. do Brazil; e pelo menos seria preferivel o numero de quatro, adoptado pelo nosso Cod., no cit. art. 177.º

Mello Freire, que escrevia o seu Ensaio de Cod. Cr. em tempo em que a sciencia do direito criminal não tinha feito os progressos que hoje se lhe notam, exigia para este elemento da incriminação o numero de *tres* ou *mais* pessoas no tit. 13.º § 10.º

O legislador deve ter em vista que d'esta palavra = *conspiração* = se tem feito um abuso atreccissimo, que tem sido o meio mais terrivel de perseguição contra homens, que não têm tido contra si mais que uma suspeita de não serem affectos ao governo dominante.

A *conspiração* é um phantasma que o terror, a imaginação, a mentira, as denuncias fazem avultar com dimensões de gigante, para destruir contrarios, e opprimir muitas vezes o homem innocente, respeitado e influente por suas qualidades e virtudes, dentro e fóra do paiz, e é sómente a respeito de homens de certa importancia que a *conjuração* ou *conspiração* pôde ser temida, em relação á segurança exterior do Estado.

Se por um lado a lei penal tem por fim e objecto prestar um apoio tutelar á sociedade inteira, e a não devia por isso deixar desarmada, entregando á impunidade factos de

¹ Mello Freire assim o distinguia, Ens. do Cod. Cr., tit. 13.º § 10.º

semelhante natureza, também a mesma lei tem por fim e objecto garantir aos cidadãos a sua segurança individual, defender a sua innocencia e manter a sua liberdade, mesmo para a escolha entre o bem e o mal, quando este não é immediatamente perigoso á sociedade, ou quando a repressão sómente possa achar fundamento em terror panico, e accusar a instabilidade de um systema de governo, ou por fraco ou por tyrannico.

A regra de direito criminal é que a simples resolução de commetter um crime, por mais formal que seja, e ainda que d'ella se faça comunicação e seja adoptada por duas, tres, dez, vinte, cincoenta ou mais pessoas, não é do dominio da lei penal.

Sómente por excepção a esta regra é que a lei, em attenção á necessidade de prevenir a execução do crime, pelo perigo que d'ella poderia resultar á sociedade, tem incriminado a simples resolução. E por isso que cumpre bem definir os termos da excepção e restringi-la por tal forma que não offenda os principios em que a regra se funda, fazendo ver sómente a razão excepcional, que n'uma hypothese determinada faz cessar a applicação dos mesmos principios.

Isto posto, considerámos summa sabedoria e acerto na disposição do Cod. do Brazil, art. cit., fixando o *mínimo* de vinte pessoas para constituir a conspiração nos crimes de que se trata; não podemos applaudir de modo algum a adopção do insignificante mínimo de duas pessoas, que é o mínimo de todos os mínimos, para haver concerto, e do qual não pôde imaginar-se perigo para uma nação composta de milhões de individuos.

Quanto á incriminação é ella aqui considerada em dois graus: 1.º, de ter sido a conspiração seguida de um acto preparatorio de execução; 2.º, de não ter sido seguida de algum d'esses actos.

Esta distincção também parece d'ella haver dado a idéa o disposto no Cod. Fr., no art. 89.º, que não foi admittida pelo Cod. do Brazil, e com justa razão se vê repellido do cit. art. 143.º do Cod. Hesp.

Nas regras geraes d'este nosso Cod., art. 10.º, foi deter-

minado expressamente que os actos puramente preparatorios não podem ser puniveis senão quando a lei os qualifica como taes; e também com justa razão, porque taes actos não precedem, não começam a execução do crime, e em quanto um homem não toca as raízas d'essa execução, deve suppor-se que as teria evitado, na presença do adimplemento do projecto do mesmo crime. Depois é reconhecida geralmente por todos os criminalistas a dificuldade ou quasi impossibilidade de achar as relações, intimas, directas, de actos preparatorios com o crime, e isto basta para que a lei penal seja muito cautelosa, quando por um modo excepcional deva fazer-se cargo d'elles.

Contudo, nos casos d'este art. como nos do art. 165.º e 172.º, o Cod. *sem qualificar* os actos preparatorios pelo seu valor intrinseco, e sem os punir directamente, pune-os indirectamente, como circumstancia aggravante do delicto, não designando o facto ou factos que em relação com o crime devam ser considerados *preparatorios*. Assim ficou vaga e incompleta a determinação do art., com todos os defeitos que os commentadores notam ao Cod. Fr.¹

Devemos contudo notar que este Cod. não se occupou da *conspiração*, senão em relação aos crimes previstos no art. 86.º, ou de *attentado* contra o Rei e mais pessoas da Familia Real, no art. 87.º, contra a forma de governo estabelecida, e no art. 91.º, de excitação á guerra civil. O Cod. Hesp. emendou esta omissão que tinha acautelado o Cod. do Brazil.

Quanto aos actos preparatorios, postoque este nosso art. ficasse no mesmo vago e obscuridade do Cod. Fr. e de

¹ Assim caiu o Cod. no grande defeito apontado pelo distincto criminalista Rossi, liv. 4.º cap. 4.º, não negando ao legislador a necessidade nem portanto o direito de incriminar os actos preparatorios, mas impondo-lhe a rigorosa obrigação de não fazer a excepção em termos vagos:

« Il ne doit pas seulement indiquer le crime dont même les seuls préparatifs donnent ouverture à l'action pénale; mais il doit d'écrire les faits particuliers qui les constituent; en d'autres, il doit ériger ces actes préparatoires en délit spécial et positivement caractérisé. »

O acto preparatorio para determinar uma pena ou uma aggravação de pena é sempre um facto principal ou accessorio criminoso, cujos elementos essencialmente constitutivos é preciso se verifiquem, o que é impossível sem que a lei expressamente os designe, como se reconhece e ordena na segunda parte do art. 18.º, e que o juiz não pôde supprir aqui senão violando o mesmo art. e tornando-se a seu arbitrio um legislador supplementar do Cod.

todos os que o imitaram, é lícito precisar a intelligencia do mesmo art., não se admitindo como actos preparatorios senão aquelles: 1.º, que demonstrem a resolução formada; 2.º, que não possam ter outro fim nem objecto senão os attentados previstos; 3.º, que consistam em factos materiaes.

Assim ficará restringida esta circumstancia, quasi inadmissivel, de actos preparatorios, contra a qual clama M. Haas, assim como Chauveau, Helie e Morin, produzindo razões sem replica.

Tambem quanto à conspiração em si mesma, posto que desde que esse facto foi incriminado, se possa invocar a regra de que o arrependimento não dirime a culpabilidade, n'este caso contudo a renuncia ou desistencia, quando bem provada por um modo positivo e evidente, releva.

E releva, sem n'isso se offender a letra da lei, porque uma semelhante mudança de vontade demonstra que a resolução ou projecto do crime não era nem seria definitiva. O art. empregou as palavras *—fazendo a sua resolução—*, que comportam seguramente esta interpretação, que os commentadores tambem applicam ao Cod. Fr.

O Cod. do Brazil, ainda digno dos nossos elogios a este respeito, foi sobre a especie muito explicito, como se vê dos seguintes art.:

«Art. 108.º Se os conspiradores desistirem do seu projecto antes de elle ter sido descoberto ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e por ella se não procederá criminalmente.

«Art. 109.º Qualquer dos conspiradores que desistir do seu projecto, nas circumstancias do art. antecedente, não será punido pelo crime de conspiração, ainda que esta continue com os outros.»

O Cod. Hesp., art. 143.º, exprime-se da seguinte maneira:

«Exime de toda a pena el desistimiento de la conspiración ó proposición, dando parte, y revelando sus circunstancias à la autoridad publica, antes de haver comenzado el «procedimiento».

² Esta disposição foi supprimida na segunda edição d'este Cod., mas encontra-se transposta em addicionamento ao art. 4.º, para se erigir em regra geral e common em toda a especie de conspiração.

Ha uma differença importantissima a notar entre estas duas disposições, e é a de que no Cod. do Brazil é o arrependimento, considerado em si mesmo, levado em conta para destruir a incriminação, em quanto que no Cod. Hesp. só se attende o serviço que o arrependido presta à auctoridade publica, pela denuncia e revelação!

Ha n'isto, a favor do Cod. do Brazil, consagrado um principio de alta moralidade, que cumpre louvar e respeitar.

O Cod. Fr. porém contém, no art. 108.º, uma doutrina analogia à do Cod. Hesp. que o seguiu, e com relação a este mesmo art. 144.º contém o nosso Cod., no art. 176.º, a materia de ambos os art., obrigando um co-réu, para o relevar da pena, não só à participação à auctoridade publica, da conspiração e suas circumstancias, mas tambem de quaes são os auctores ou cúmplices de que tiver conhecimento, contanto que assim o pratique, tanto antes de que por outrem sejam descobertos, como antes de haver começado qualquer procedimento judicial!

Foi contudo omittida, em relação aos crimes de que se trata n'este cap., a disposição do art. 143.º do Cod. Hesp., que iacriminou a simples proposta de conspiração:

«La proposition para los mismos delitos sera castigada «com presidio correccional.»

E isto o que o Cod. Fr. de 1810 chamava, no art. 90.º, *—proposition faîte et non agréte—*, que foi stygmatisada pelo criminalista Roesi, e que igualmente condemna Chauveau, Helie e Morin.

«Est-il besoin (exclama Rossi) de démontrer que la simple «proposition ne devrait jamais se trouver inscrite au catalogue «des crimes?»

A reforma porém de 1832 não supprimiu esta incriminação, como se vê do art. 99.º, conservada tanto no projecto do Cod. Belg. de 1834, como no de M. Haas, art. 86.º; mas restrictamente aos crimes de que trata o art. 86.º e 87.º, isto é, relativas aos attentados contra as pessoas do Rei e da Família Real.

Segundo o systema seguido no mod. Cod. da Baviera, art. 300.º, os conspiradores são punidos como co-auctores do de-

licto, mas só depois da consummação do crime a que visava a conspiração.

Se o réu não tiver cooperado para a execução do crime, e o tiver denunciado antes d'ella á auctoridade publica, fica livre de toda a pena; se sem fazer essa denuncia desistiu ou abandonou a conspiração, é sempre considerado depois do crime como *complice*.

Mas no caso de que se trata, o conspirador é sempre ali considerado criminoso de alta traição, e como tal punido em primeiro grau, art. 300.º n.º 2.º

Assim em these geral (se diz no commentario official), o membro de uma associação criminosa qualquer, que se entrega com os seus complices, antes de qualquer começo de execução, goza de uma impunidade completa, porque a conspiração não seguida de effeito é assimilhada á *tentativa*, e n'esta a desistencia voluntaria importa a isenção da pena.

Mas em materia de alta traição a conspiração é igualada, pelo simples facto da sua formação, ao crime consummado.

Desde essa assimilhação, os principios sobre a tentativa não podiam mais ser applicados, e portanto nem a desistencia nem a revelação podiam isentar da pena.

Sentiu por isso o legislador a necessidade de recuar na presença das consequencias incalculaveis que poderiam resultar das conspirações, se em lugar de impellir os culpados ás derradeiras extremidades, os não incitasse á revelação e lhes não abrisse uma porta ao arrependimento; e foram estas considerações as que produziram a determinação do art. 304.º, assim concebido:

«Celui qui, étant engagé dans une association coupable de trahison, se livrera, lui et ses complices, avant que la conspiration ait éclaté et que le gouvernement en ait été instruit d'une autre manière, pourra espérer sa grace.»

E uma disposição analogá á do art. 176.º do nosso Cod., e á que se encontra no Cod. de Austria, part. 1.ª art. 56.º

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 6.º § 5.º era, a respeito da incriminação, concebida em termos muito claros:

«... se algum fizesse conselho e confederação contra o Rei e seu Estado.»

De resto cumpre notar-se que nos termos do art. 151.º do nosso Cod., quando o conspirador, com relação aos crimes previstos no art. 143.º, for um estrangeiro residente em Portugal, a pena tem de ser modificada, substituindo-se pela immediata, segundo as regras geraes do Cod.

Outras ponderações temos a deduzir sobre a materia, que reservámos para o art. 172.º¹

¹ Quanto á penalidade cumpre-nos advertir que o que temos expellido sobre o seu abuso nós o vemos confirmado nos Annuaes publicados pelo conselho ultramarino, n.º 4 de 1854, em um documento em que se diz, que nos degradados se senta praça logo que chegam a Moçambique, que o que ali se lhes dá para nada lhes chega, que por isso continuam no roubo, no jogo, etc.; terminando sempre por novos degredos e outros castigos severos e muitas vezes *mesmo o fuzilamento*, mas sempre *uma morte prematura*.

O degredo é pois hoje entre nós quasi sempre a pena de morte mais cruel, mais desmoralisadora que a dos trabalhos publicos, e que a da morte na forca!

Podiam os logares de degredo ser convertidos em colonias penitenciarias. em meios de colonisação, mas esse fim não se consegue, e os degradados são mesmo nocivos a ella, da fórma por que são empregados, como se diz no mesmo documento; as mulheres degradadas são da ultima classe da prostituição, e assim tanto os homens como estas desmoralizam a sociedade por sua relaxação e escandalos.

N'este estado de cousas melhor fóra suspender a remessa de degradados, em quanto se não converterem por lei em colonias penitenciarias os logares de degredo no ultramar, ou em quanto, a exemplo da Inglaterra, se não fizer preceder ao degredo o tempo necessario de penitenciaria adequado a garantir as nossas possessões dos flagellos de destruição politica e moral que para lá enviamos.

ARTIGO 145.^o

Todo o portuguez, que com quaesquer subditos da potencia inimiga tiver correspondencia prohibida pela lei ou pelo Governo, sem que o seu objecto seja o que se declara no art. 143.^o, e n'ella envolver alguma informacão ou revelacão prejudicial aos interesses do Estado ou que possa aproveitar aos projectos hostis do inimigo, será condemnado a prisão correccional de seis mezes a tres annos.

Art. 30.^o n.^o 1.^o

Parece haver dado a idéa d'este art. a disposicão do art. 78.^o do Cod. Fr., e do art. 162.^o do Cod. Hesp., mas alterada a incriminacão. Este art. não existia no projecto do Cod. Fr. de 1810, mas sobre proposta de Cambacères no conselho de estado foi introduzido, porque podia a correspondencia com uma potencia inimiga não ter por objecto crime de traição ou felonias, propriamente ditas, mas envolver substancialmente alguma informacão ou revelacão, que podesse considerar-se como prejudicial a situação militar ou politica da França.

Comtudo, acrescentava o mesmo Cambacères, que era preciso redigir a iacriminacão de maneira que na apreciação do crime os juizes pronunciassem mais attendendo á intenção que ao facto material.

O art. porém ficou enunciado de modo que o que essencialmente constitue o crime não é a correspondencia, mas o seu resultado, por fórma que sem este, aquella não pôde ser punida.

O nosso art. não emendou este inconveniente, aggravou-o. Não se tornou elemento essencial o resultado prejudicial, bastando que a correspondencia com os subditos de uma potencia inimiga seja prohibida por lei ou por determinacão do governo, ainda que da contravenção não resulte damno algum para a causa publica.

O damno causado sem duvida que deve ser tomado em consideração, mas é para se aggravar a pena ou para se incriminar a contravenção especialmente, quando for do tal ordem que assim convenga.

Este nosso art. seguiu este ultimo systema, ao que podia poupar-se em vista do n.^o 22.^o do art. 19.^o, mandando considerar como agravantes as circumstancias de que resulta maior perigo á causa publica.

O legislador suppõe positivamente que a intenção do agente não tinha por objecto produzir algum dos resultados previstos no art. 143.^o, e por consequencia *que haviu falta de pleno conhecimento do mal que devia causar o crime*, o que nos termos do n.^o 3.^o do art. 20.^o é uma circumstancia atenuante.

Em taes termos a pena de prisão até seis mezes e multa até um mez contra o infractor da prohibição, não resultando damno, comparada com a de seis mezes até ao maximo da prisão correccional pela simples circumstancia de haver resultado damno, mas sem intenção de o causar, parece-nos excessivamente desproporcionada, injusta e contraria aos principios proclamados nas disposições geraes do Cod.

O maximo da penalidade estabelecida no § unico, com a declaracão de que se poderia esse maximo aggravar até um anno quanto á prisão, conforme a gravidade do damno, se algum resultasse da informacão ou revelacão, nos parece que seria mais equitativo e mais harmonico, em presenca d'aquellas disposições geraes.

Alem d'isso o art. não aggravou a penalidade, em rasão do facto material e involuntario do prejuizo resultante da contravenção, mas ainda na ausencia d'esse resultado em rasão da possibilidade de elle se seguir. Isto é exorbitante e de inconstitucional execucao, principalmente porque os jurados não pronunciam sobre probabilidades de facto possivel, mas sobre realidades de facto praticado¹.

Dura parece tambem á primeira vista a disposicão do art.,

¹ São excellentes as observações deduzidas a este respeito pelo sr. Levi sobre este art., a que nos reportamos.

em quanto supõe que pôde haver sanção penal, quando a correspondencia for prohibida não por lei, mas por determinação do governo, em quanto que, entre as garantias individuais do cidadão, é considerada como a primeira no art. 145.º da Carta, a de que *nenhum cidadão possa ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

Mas esta disposição da Carta entende-se em circumstancias ordinarias; porque, nas extraordinarias de que se trata, pôde o governo adoptar as medidas de segurança que entender necessarias, suspendendo alguma ou algumas d'essas garantias, como lh'o permite o § 34.º do mesmo art., devendo alem d'isso ser concordada com a do § 9.º do art. 75.º, segundo a qual ao governo toca dirigir os negocios da guerra, como julgar indispensavel.

O Cod. Hesp., no supracitado art. 162.º, especial para o caso da correspondencia, faz distincção entre a correspondencia por certas siglas ou cifras convencionaes ou por letra em forma commum, se houver prohibição da parte do governo. No primeiro caso impõe a prisão maior, no segundo a de prisão correccional. O nosso Cod. omittiu esta distincção.

Concorda na incriminação com o Cod. Fr., o da Sardenha, art. 173.º, e o das Doas Sicilias, art. 114.º

Mas nem o Cod. da Baviera nem o da Prussia contêm determinação similhante, e sempre o facto, qualquer que elle seja, é subordinado a intenção criminosa, e relevam portanto as imprudencias da correspondencia, embora d'ellas se siga alguma informação ou revelação prejudicial ou que a possa ser aos interesses do Estado.

No delicto assim formulado, como se acha no art., falta o elemento constitutivo de toda a criminalidade, a intenção. O que se pune simplesmente, como se deprehende do art. comparado com o seu § unico, é a contravenção da lei ou prohibição do governo, preventiva de segurança publica, agravando-se especialmente a pena em rasão do damno material resultante ou da sua possibilidade com violação das regras geraes, o que importa a punição de um delicto voluntario na causa, mas *involuntario nos effeitos*, comprehendidos na mesma linha os possiveis.

Assim a incriminação ficou dividida em duas com pena distinctiva, sendo elemento essencial da primeira o damno ou a sua possibilidade consequente; e reduzindo-se os da segunda á simples e material infracção da lei, sendo porém elemento commum a ambas o serem subditos de uma potencia inimiga aquelles com quem se tiver a correspondencia.

A disposição do § unico, não fazendo distincção, nem de objectos da correspondencia nem das pessoas a quem se escreve, é injusto. Pois o commerciante não poderá escrever a subditos estrangeiros, sobre objectos do seu commercio ou quaesquer outros negocios particulares? Não de ser interrompidas as relações de amizade ou de parentesco? Um portuguez não ha de poder escrever a um filho, pae ou irmão, porque este é subdito da potencia inimiga?

Hoje que o direito internacional tem melhorado a situação dos individuos durante o estado de guerra, para que em qualquer dos paizes belligerantes se respeite plenamente a propriedade de subditos estrangeiros, ha de a estes ser permitido entre nós dar as providencias que tiverem por conveniente transmittir por suas missivas, e a portuguezes ha de ser vedado usar de igual direito acerca da sua propriedade existente no territorio inimigo?

Logo temos por certo que esta incriminação, nos termos absolutos em que se acha concebida, carece de ser corrigida e, talvez melhor, eliminada, punindo-se unicamente os actos intencionaes de *traição*, por isso que a facilidade de communicações entre os homens torna impossivel a occultação do verdadeiro estado das forças de um paiz inimigo, e o legislador deve fugir quanto lhe seja possivel de incriminar factos moralmente innocentes, como de violar, tanto o art. 145.º § 3.º da Carta, que só auctorisa a punição do *abuso* na propagação de idéas, por palavra ou por estcripto, entre os homens, como do § 25.º do mesmo art. sobre a inviolabilidade do segredo das cartas, que deve necessariamente ser infringido para se applicar ou a pena do presente art., ou a menos grave do § unico.

Mais poderíamos aqui dizer sobre o objecto, mas reservámo-dos para o art. seguinte e seu § unico.

ARTIGO 146.º

Todo o portuguez que, sem auctorisação do Governo, se passar para uma nação inimiga, ou abandonando o territorio portuguez ou saindo voluntariamente para esse fim de territorio estrangeiro, sem que todavia ajude ou tente ajudar de qualquer modo o inimigo na guerra contra a sua patria, será condemnado a prisão correccional de um a tres annos, e multa de um mez a um anno.

§ unico. A tentativa d'este crime, estando o criminoso no territorio portuguez, é punivel segundo as regras geraes.

Art. 30.º n.º 1.º e n.º 4.º e ref.: art. 7.º, 8.º e 9.º e art. 89.º

Este art. parece-nos repugnante em parte com a disposição constitucional do art. 145.º § 3.º, que nos termos do art. 144.º da mesma Carta não podia ser derogada pelo Cod.

A Carta, no logar citado, diz assim:

«Qualquer póde conservar-se no reino ou sair do reino, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, *guardados os regulamentos policiaes*.

Se pois o portuguez safu do reino antes da guerra, tendo satisfeito a todas as exigencias da policia, nada podia impedir-lo de fixar a sua residencia no paiz em que melhor lhe convenha, durante o conflicto, uma vez *que não ajude ou tente ajudar de qualquer modo o inimigo na guerra contra a sua patria*, como diz o art.

Póde ter negocios de commercio, negocios de familia que providenciar, que acautelar no paiz inimigo e que demandem a sua presença pessoal; póde estar ligado em parentesco com pessoas envolvidas na guerra contra a sua patria; póde jul-

gar-se compromettido por alguma cousa que tenha dito ou escripto, que tenha relação não com a guerra, mas com os factos, motivos ou procedimentos que a provocaram; póde, em uma palavra, ter inimigos pessoas em territorio portuguez ou de alliados do reino, e por isso não se julgar em segurança senão no territorio inimigo; e em qualquer d'estes casos seria uma barbaridade e uma injustiça fazer-lhe da sua resolução um crime, stygmatisar e punir por este modo o refugio que buscou ou a resolução que tomou.

Ha certamente alguma cousa de repugnante em correspondermos nós assim a generosidade com que uma nação nossa inimiga receba, consinta e defenda com a protecção das suas leis portuguezes inoffensivos que ahi mesmo se conservam leaes e fieis á sua patria.

Todavia a disposição d'este art., n'esta parte que censuramos, tem a seu favor algum escriptor do direito internacional. Uma das consequências immediatas d'esse direito, diz elle, resultante do começo das hostilidades, é a interrupção de todas e quaesquer relações, mesmo commerciaes, entre os subditos de estados inimigos, excepto com a permissão dos governos respectivos.

«O sentimento universal, pondera H. Wheaton, nos seus «Elem. du droit intern., tom. 1.º part. 4.º cap. 1.º, tem reconhecido os effeitos immoraes que resultariam de se admittirem relações individuaes entre os estados em guerra.

«Cada individuo de uma das nações deve reconhecer cada «individuo da outra como seu proprio inimigo, porque o é do «seu paiz. Sendo este o dever do cidadão, qual deverá ser a «consequencia de uma infracção do mesmo dever?»

Mas não obstante, e mesmo com quanto possa ser combatida a nossa opinião, dizendo-se que o direito da guerra faz nascer o das *représalias*, e que é dar occasião e facilidade de as exercer contra nós o permittir-se tanto a saída do reino, como de qualquer outro paiz, para o territorio inimigo, não vemos destruidas as razões em que nos fundamos.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 6.º § 3.º só incriminava o facto da saída do reino para os inimigos do Rei, quando se verificasse com animo hostil; mas o Aliv. de 6 de Setembro de

1645 prohibiu essa saída em termos absolutos, por causa da guerra, como deixam ver as palavras: «... porque do contrario «se seguem no tempo presente a meu serviço os danos que «facilmente se deixam considerar.»

Assim foi confirmado e ampliado pelo Alv. de 3 de Setembro de 1646 e de 6 de Dezembro de 1660.

Todavia o Alv. de 9 de Janeiro de 1792 declarou que estas leis eram com a maior evidencia estabelecidas, para serem observadas em tempo de guerra, e nem podiam ter por objecto punir o facto «verificando-se motivos que reduzam a «ausencia aos termos de *se não poder considerar puramente «voluntaria, nem feita com animo hostil*, de que pôde resultar ou proceder-se à condemnação por um delicto imaginário, ou fallar-se à justa proporção que deve haver entre a «pena e a culpa.»

O mesmo Alv. considerou como *não puramente voluntarias* as saídas do reino sem auctorisação, quando tiverem causa *attendivel e tendente a evitar algum damno*.

Mas toda esta legislação era restricta ás saídas do reino, e não prevenia as da saída de outro paiz para paiz inimigo, sendo em consequencia inteiramente nova a incriminação d'este art. n'esta parte. Ora cumpre notar que o Cod. é inteiramente omisso a respeito dos cidadãos portuguezes, que tendo saído do reino para paiz estrangeiro, com auctorisação ou sem ella, ahí se conservarem sem animo hostil depois da declaração da guerra. Com que justiça pois se ha de incriminar aquelle que para ahí foi residir depois d'essa declaração, se a nova residencia de um e a permanencia de outro é puramente inoffensiva?

Para que houvesse coherencia entre esta omissão e esta parte da incriminação seria necessario estabelecer em principio geral, que a declaração de guerra torna prohibitiva de um modo absoluto a residencia em paiz inimigo, obrigando a recolher, ou pelo menos a sair d'esse paiz todos os portuguezes que ahí se achassem antes da mesma declaração, e fulminar uma pena contra os infractores d'essa prohibição, o que se não praticou assim.

O Decr. de 6 de Abril de 1809, do imperador Napoleão,

tit. 3.º § 1.º, 2.º e 3.º, expressamente declarou que a obrigação imposta aos francezes, residentes em paiz estrangeiro, de recolher depois da declaração de uma guerra, *sómente se entende com os que estiverem em serviço militar, ou exercendo funções politicas, administrativas ou judicarias*, excepto sendo nominal e especialmente chamados por um acto do poder legislativo.

Quanto á determinação do § un. do presente art., sendo correccional a pena imposta neste art., não poderia ser punida a tentativa d'este crime, ainda que *surta* por causa não dependente da vontade do criminoso, em conformidade com o art. 8.º; o legislador quiz porém aqui fazer uma excepção a respeito do que tentou sair do reino, e consequentemente, applicadas as regras geraes estabelecidas nos art. 88.º e 89.º, assimilada a tentativa a uma circumstancia attenuante do crime, pôde ter logar a redução auctorisada no art. 83.º, até ao minimo de multa e prisão a tres dias.

O Cod. Hesp., no art. 133.º, exprime-se nos termos seguintes:

«El español culpable de tentativa para passar à paiz inimigo, quando lo hubiere prohibido el gobierno, sera castigado con las penas de prision correccional, y multa de 30 «a 300 duros.»

E note-se: 1.º, que este Cod. incriminou a tentativa e não incriminou o facto consummado. O commentador dá a razão por que difficilmente se poderá impor a prisão e multa a quem conseguiu pôr-se a coberto da acção das leis e dos tribunaes do paiz.

E certamente, ou o transfuga conta com a amnistia depois da guerra para voltar ao reino, ou já saiu d'elle na intenção de se expatriar, se as suas esperanças de graça se não realisarem, ou se resigna á prescripção da pena, a um exilio voluntario.

Só por imprudencia, por uma fatalidade ou por um decidido amor pela patria é que virá submeter-se á prisão de um a tres annos e multa, excepto se vier fiado na circumstancia attenuante da *apresentação voluntaria*, nos termos do art. 20.º n.º 7.º, e na redução das penas, em conformidade com o art. 83.º,

podendo ainda allegar em seu favor o banimento temporario a que elle mesmo se condemnou. Melhor fôra pois que imitassemos o Cod. Hesp., no silencio que guardou sobre o facto consummado.

2.º Que o mesmo Cod. exige essencialmente, que a saída do reino tenha sido expressa e especialmente prohibida pelo governo.

A este respeito diz o citado commentador, que os cidadãos têm por certo o direito para sair do reino e passar áquelle ponto que mais convenha a seus interesses, e que este direito não pôde restringir-se por via de regra, nem ainda mesmo pelo facto accidental de ser inimigo o paiz a que se dirijam.

A elles toca ver se podem correr algum perigo com essa mudança. O Estado não os tem em sequestro dentro dos limites do seu territorio. Só tem a exigir d'elles fidelidade, e esta pôde subsistir tanto n'um como n'outro paiz.

As guerras actuaes não transformam os contrarios em brutos ferozes. Os exercitos combatem, mas os homens pacificos se eximem quanto lhes é possivel dos horrores de uma situação de si mesma transitoria.

Todavia podem dar-se casos, ainda que raros, em que por motivos accidentaes se prohiba a saída do reino, e então ser necessaria a penalidade.

Por isso o Cod. Hesp. não incriminou a tentativa, senão quando houver prohibição. O presente art. e seu §, em des-harmonia com o art. antecedente, não torna dependente d'essa condição a penalidade que estabelece, convertendo assim em regra geral o que sómente poderia ter cabimento para casos exceptionaes.

Quanto á penalidade, se se considera como *continuação* que é, a pena correccional até um anno é excessiva; se porém as circumstancias exigissem uma prohibição da parte do governo, então a contravenção, como qualificada, converteria a infracção em delicto, para que poderia ser admissivel esse maximo. Em todo o caso porém a aggravação da multa é desnecessaria e inadequada: 1.º, porque sendo accumulada não formula a condemnação; 2.º, porque é um pequeno confisco; 3.º, porque

se não dá motivo excepcional que lhe dê analogia com a natureza da infracção.

A multa serve aqui para distinguir a hypothese de outra semelhante, mas menos grave, incriminada no § 1.º do art. 133.º; mas o maximo da penaahi deve ser diminuido, e assim concordadas em termos rasoaveis as duas disposições.

ARTIGO 147.º

Tudo o portuguez, que, estando antes da declaração da guerra no serviço da nação inimiga, com auctorisação ou sem auctorisação do Governo, continuar a servir a mesma nação, depois da guerra declarada, será condemnado a expulsão perpetua.

Art. 29.º e ref.; Carta Const., art. 8.º § 3.º

O Decr. Fr. de 26 de Abril de 1811 impunha aos que solicitassem auctorisação para servir uma nação estrangeira a obrigação jurada de deixar o seu serviço se essa nação entrasse em guerra com a França.

Este nosso art. porém impõe esse dever, quer houvesse quer não essa auctorisação e independentemente de algum juramento ou promessa.

Sobre isto se nos offerece notar, que não confundindo o Cod., como se vê do art. 141.º § un., o auctorisado com o não auctorisado, relevando da pena de morte somente aquelle e não este, considerando-os ali em circumstancias diversas, é incoherente, desigual, a applicação que a ambos aqui se faz da mesma penalidade.

Tambem, não se fallando no art. expressa e exclusivamente do serviço militar, ainda mais desigual se torna, quando se applique a mesma pena aos portuguezes, que, com auctorisação ou sem ella, foram buscar fortuna ou subsistencia no serviço publico, civil, administrativo, litterario ou artistico de uma nação que sendo então amiga se tornou inimiga depois.

Finalmente cumpre-nos notar que a incriminação deveria omitir-se por incompetente, como se vê omitida em quantos Cod. consultámos. A Carta declara, que perde os direitos de cidadão portuguez o que aceitar algum emprego de nação estrangeira. Esta perda verifica-se *ipso facto et ipso jure*, sem dependencia de sentença condemnatoria.

ARTIGO 147.º

179

A expulsão perpetua do reino, com os effeitos que o Cod. admite, não risca inteiramente um subdito portuguez da lista dos cidadãos, porque essa penalidade importa a perda dos *direitos politicos*, e com esta outras, em conformidade com os art. 35.º e 36.º do Cod., mas não a de todos os *direitos civis*.

Mas se o criminoso deve considerar-se, como tendo perdido, por escolha propria, todos os direitos de cidadão portuguez, de que serve expulsa-lo, se elle se expulsou a si mesmo, se renegou da patria, se se constituiu membro de outra sociedade?—Suicidou-se civilmente, e assim como não tem lugar impor uma pena com effeitos corporaes a quem praticou o suicidio natural, tambem o não deve ter a quem perpetrou um suicidio civil e politico.

Demais, occorre a mesma difficuldade que no art. antecedente; como e quando se ha de fulminar contra o criminoso uma similhante condemnação?

No Alv. de 6 de Setembro de 1765, fallando-se dos que desertam das tropas do reino para fóra d'elle, crime punido de morte pelas Ordenações de 20 de Fevereiro de 1708, e outros regulamentos de guerra, se determinava que essa pena fosse irremissivelmente executada, para o que, ou a deserção fosse feita em tempo de paz ou em tempo de guerra, logo que d'elle constasse se devia formar auto de corpo de delicto, tirar sumario de testemunhas, affixar editaes de trinta dias, e em seguida proferir sentença condemnatoria, declarando-se n'ella os réus por *infames e banidos*, para que depois de confirmada pelo Rei, se levantasse uma forza em o lugar mais publico da terra, e n'ella se affixasse copia da mesma sentença, e assim ficasse notorio que qualquer podia impunemente matar os taes banidos aonde quer que fossem encontrados, como era permitido, segundo o liv. 5.º da Ord. tit 126.º § 8.º

Este mesmo Alv., para mais impedir o regresso de similhantes condemnados ao reino, os considerou em todo o caso como desnaturalisados e inhabeis para qualquer perdão ou amnistia, ponto este em que era concorde o Cod. Pen. da China, e outras leis criminaes de povos menos civilisados.

Isto entendia-se, porque o processo para a condemnação não precisava da presença dos réus, nem dependia do seu re-

gresso ao reino, nem para os editaes se carecia de se justificar a ausencia em logar incerto ou de perigoso accesso, como se exige no Dec. de 18 de Fevereiro de 1847. Para o processo á revelia dos réus poder ter logar bastava o facto da ausencia, e a contumacia presumida pelo lapso do termo fixado na citação edital.

Portanto ou se devia hoje omitir esta incriminação, porque não é crime social a renuncia tacita ou expressa que alguém faz, significando, por factos que a Carta qualificou, a sua intenção de abandonar os direitos de cidadão portuguez, ou se devia omitir, porque alem de conter uma alteração na disposição da Carta, é incompativel, tanto com as prescripções da legislação vigente que, em regra e como é essencial, para que os jurados pronunciem sobre o facto, nos termos da mesma Carta, exigem sempre a presença dos réus; como com o Decr. citado de 18 de Fevereiro de 1847, que confirma essa legislação, admittindo a citação edital e a revelia, para quando a ausencia for sómente em logar incerto ou de perigoso accesso; a menos que este mesmo Decr., em logar de ser, como deve, revogado por considerações que não é para aqui expender, não seja ampliado para comprehender o caso de que se trata.

Por ultimo devemos notar que não nos parece haver antinomia, nem mesmo apparente entre o presente art. e o § un. do art. 141.º Ali trata-se do portuguez que, estando no serviço da nação estrangeira, com auctorisação, não só continua no serviço, depois da declaração da guerra, mas toma armas contra a sua patria; aqui trata-se do mesmo portuguez, que estando ao serviço da mesma nação, com auctorisação ou sem ella, simplesmente continua no serviço, depois da declaração da guerra, sem a circumstancia aggravante de tomar armas contra a patria. Com razão portanto a pena é mais grata na primeira hypothese e inferior na ultima.

ARTIGO 148.º

Todo o portuguez que, por quaesquer actos não auctorisados pelo Governo, expozer o Estado a uma declaração de guerra ou expozer os portuguezes a represalias da parte de uma potencia estrangeira, será condemnado, se a guerra ou as represalias se seguirem, a degredo temporario; e se a guerra ou as represalias se não seguirem, a prisão correccional desde um a tres annos. Salva a pena maior em que possa ter incorrido se o facto praticado for crime punido pela lei com pena mais grave.

Art. 29.º n.º 4.º e ref.; art. 30.º n.º 4.º e ref.; Cart. Const., art. 9.º § 2.º

Concordam com a letra e disposição d'este art. o Cod. Fr., art. 84.º e 85.º, Hesp., art. 148.º, do Brazil, art. 73.º, das Duas Sicilias, art. 117.º e 118.º, da Sardenha, art. 179.º e 180.º, e o nosso de 1837, art. 113.º

Com a differença de que o Cod. Fr. e os das Duas Sicilias e Sardenha, que o imitaram, distinguiram a incriminação para tratar d'ella separadamente, quando resultasse compromettimento da paz, e quando sómente a provocação a represalias.

O Cod. do Brazil, o nosso de 1837 e o Hesp. fizeram de ambos os casos uma só incriminação. Este nosso art. assim o praticou tambem.

Mas sem razão sufficiente, e considerámos preferivel a apreciação feita pelo Cod. Fr. e seus imitadores. Se é necessaria, nos termos d'este art., para constituir a criminalidade, a eventualidade do mal resultante de um facto material, a gravidade da pena deve ser medida sobre a gravidade das consequencias d'esse facto.

Or se as consequências são maiores no caso da eventualidade da guerra que no das represalias, quando não sejam *geraes e continuas*, a incriminação devia dividir-se para dar lugar a descriminar a pena, attenuando-se na segunda hypothese.

Outra differença notavel existe no Cod. Fr., art. 84.º, quanto ao facto material. Não basta que esse facto não seja auctorisado pelo governo, é preciso tambem que seja *hostil* de sua natureza *== par des actions hostiles ==*.

Os Cod. da Sardenha e das Duas Sicílias conservaram para o caso a mesma expressão, e o ultimo lhe acrescentou a hypothese de o facto ser tal que a lei o qualificasse crime *== par quelque crime ou par des actes hostiles ==*.

Assim a lei, quando se tratasse de avaliar se o facto era ou não *hostil* não definia quaes eram os que deviam ou não tomar esse character, mas ficava então ao arbitrio dos juizes o pronunciar a tal respeito, absolvendo os réus sempre que se tratasse de acções illicitas só pelo fundamento *negativo* de não ser o facto auctorisado pelo governo, fundamento inadmissivel por inconstitucional; porque a auctorisação do governo só é necessaria quando se exige não vagamente, mas para certos e determinados actos, e a lei tolera, permite, tudo quanto não prohibe.

O Cod. Hesp. não conservou a expressão *== hostis ==* do Cod. Fr., mas corrigiu a do mesmo Cod., pondo em lugar da expressão *== non approuvés par le gouvernement ==* a de *== no autorisados competentemente ==*, e assim não requer auctorisação do governo quando o facto se achar auctorisado pela lei, que dispensa toda e qualquer outra auctorisação, e para o caso dispensava o emprego da expressão *== hostis ==* assim como abrangia as duas idéas do Cod. das Duas Sicílias *== crimes ou hostis ==*.

O Cod. do Brazil ainda é mais explicito que todos estes Cod., como se vê das palavras que julgámos dignas de aqui transcrever na sua integra:

«Commetter sem ordem ou auctorisação do governo *hostilidades contra os subditos de outra nação*, de maneira que se comprometta a paz ou provoquem as represalias.»

Assim se fica entendendo que, se o facto em si for tal que

segundo o direito internacional não podesse dar justo motivo de guerra, nunca, com quante não auctorisado pelo governo e mesmo quando a eventualidade da guerra se seguisse, poderia ser reputado crime. Similhante facto não é então motivo, mas mero pretexto.

Cabe nos limites da possibilidade moral evitar factos de que possam resultar justos motivos de guerra, reconhecidos geralmente por taes; não é dado porém á prudencia humana prevenir até os pretextos.

A incriminação, tal como se acaba feita n'este art., não seguiu estes modelos.

Alem de não distinguir factos de diversa gravidade, caindo a esse respeito no defeito do Cod. Hesp., do Brazil e do nosso de 1837, comprehendendo *== quaisquer actos ==*, abriu a porta a processos, cuja criminalidade não tem nem pôde ter verdade moral.

Por este modo e debaixo d'estes dois pontos de vista, o art. é mais defeituoso que os do Brazil, Hespanha e de 1837, e não adoptou d'estes e que tinham de bom, não imitando, precisando ou ampliando o que o Fr. e os da Italia supracitados haviam prescripto.

Quanto á penalidade, alem do grande perigo de se poder incriminar um facto licito, resulta da confusão das duas consequências eventuaes, diversas em gravidade, a desproporção da mesma pena em relação aos factos provocadores das *represalias*.

Esta incriminação, na sua significação mais ampla, comprehende todas as vias de facto offensivas de um subdito ou de uma nação estrangeira, mesmo as que se reduzem a simples injurias. Assim, a pena poderá ser gravissima quando o facto de provocação for insignificante ou insignificantissimo, e ainda quando os da represalia, tendo-se seguido, forem de consideração pouco attendivel.

Cemto, para se reduzir tanto quanto é possível a applicação d'este nosso art. a proporções justas, os juizes poderão encontrar, quanto á criminalidade do facto, quando avaliada pelas suas consequências, a disposição do Cod. no art. 20.º n.ºs 5.º e 11.º, combinada com o art. 82.º, e quando se não

verificarem essas consequências ou forem sem importancia, a disposição do mesmo art. 20.º n.º 11.º combinado com o art. 83.º n.º 4.º

O Cod. porém é aqui previdente em parte, pois se não resalvou os casos em que ao facto material corresponda uma *pena menor*, resalvou aquelles a que deva impor-se uma *pena maior*.

Emendou assim a omissão dos Cod. Hesp. e Fr., adoptou a que se acha nos da Italia supracitados, e evitou o defeito de igual declaração do Cod. do Brazil, restricta ás offensas commettidas contra subditos brasileiros.

No Cod. da Baviera, art. 300.º, se incrimina o facto d'aquelle que tenha dado não só um motivo fundado, mas ainda occasião, facilidade e até *pretexto* para uma nação estrangeira se collocar em estado de guerra, mas exige essencialmente que o tenha assim praticado com esse mesmo fim — *dans une intention hostile* —, o que salva completamente todo o odioso que resulta do emprego da palavra *pretexto*, excepto quanto á penalidade; porque aquelle que n'uma intenção hostil pratica factos de provocação de guerra fundados, não deve ser considerado na mesma linha de criminalidade que o que na mesma intenção só subministrou um *pretexto*.

Se a guerra se não justifica pela gravidade da provocação, a imputação moral das suas consequências se divide e recae sobre a nação inimiga.

O crime, como temos exposto em outros logares, para ser punido com justiça deve ser considerado tanto na sua *causa moral remota* como na sua *causa moral proxima*, sem abstractir dos seus *effeitos* e da influencia que uma ou outra causa tenha para elle exercido.

Antes de concluirmos as nossas observações sobre o presente art. notaremos que se tem censurado n'elle um defeito mais de redacção que de doutrina; porque comprehendendo para a repressão, tanto a provocação productiva de *declaração de guerra* como de *represalias*, parece deixar impune a provocação a *hostilidades*, que não tomam o character nem de *guerra declarada*, nem de ataque ou offensas individuaes a portugueses. Esta omissão tem parecido gravissima em um

Cod. Penal, principalmente em presença do art. 18.º das disposições geraes, vedando ampliar a interpretação alem dos seus termos, embora exista identidade ou ainda maioria de razão.

Todavia, como as *represalias* comprehendem todos os meios possíveis de uma nação alcançar *reparação* do mal que recebeu, e podem ser *negativas* ou *positivas*, e estas *geraes* ou *especiales*, recaído ou sobre cousas da nação ou de individuos a ella pertencentes; na expressão *represalias* se comprehendem as *hostilidades*. Alem d'isso na *declaração de guerra*, expressão de que se serve o art., se comprehende como equivalente a *declaração de hostilidades*, á qual póde preceder o *embargo* ou *arresto*, que se relaxa obtida a reparação, mas que entra essencialmente na expressão *represalias*.

O verdadeiro defeito de redacção que notámos é o que faz suppor no presente art. como impossível uma guerra sem declaração previa. Assim é recebido como principio entre as nações antigas e modernas; mas na pratica, sem represalias nem declaração alguma previa solemne se tem visto, e é portanto possível começar a guerra de facto, quando a nação offendida ou aggressora tem por inconveniente prevenir e avisar a nação offensora ou aggreddida.

Assim a expressão do art. — *a uma declaração de guerra* — devia ser emendada pela expressão — *a uma guerra* —. « *Aucune déclaration ou autre avis à l'ennemi de l'existence de la guerre est nécessaire pour légaliser les hostilités* ». Quando porém não precede á guerra a declaração, é o mesmo facto da guerra que dispensa e prejudica ou antes exprime a declaração; e assim deve entender-se o presente art.

Com mais fundamento deve notar-se que nas palavras de que lançou mão o legislador — *tudo o portuguez* — imitação do Cod. Fr. — *tout français* — parece achar-se um argumento conclusivo da comprehensão dos ministros d'estado; mas que este argumento perde grande parte da sua força, em vista dos art. 146.º, 147.º e 148.º, aonde as mesmas palavras — *tudo o portuguez* — são tomadas como entidade distincta da entidade *governo*, e portanto distincta dos individuos que o compõem.

¹ Wheaton, *Droit intern.*, tom. 1.º pag. 279.

Parece resultar da redacção especial d'este art., que sómente poderão ser culpados os ministros d'estado pelos crimes previstos no art. 146.º e 148.º, quando *autorisarem* os factos geralmente puníveis contra *todo o portuguez* = autor principal e directo, se a authorisação, considerada como ordem, conselho ou provocação, for *causa determinante* ou uma das causas determinantes do mesmo facto, qualificados então os ministros d'estado como participantes, co-auctores ou cúmplices, segundo o grau de influencia que tiveram e pelas regras geraes dos art. 25.º e 26.º

Isto porém accusa a deficiência e incoherencia do Cod. com relação aos ministros d'estado. Se estes se consideram participantes em igual grau, o facto em relação a elles devia ser mais severamente reprimido do que a respeito dos outros co-réus, porque o abuso de poder e falta de lealdade não é menos um elemento aqui de aggravação que na hypothese do § un. do art. 143.º

Seria injustificavel que um portuguez se cobrisse para desviar a pena com a authorisação de um ministro d'estado, causa remota das hostilidades ou represalias, e o mesmo ministro ficasse irresponsavel pela concessão da mesma authorisação em diametral repugnancia com o art. 298.º

Demais, nos termos d'este art. 298.º, quanto ao delinquente directo, a authorisação do governo para se tornar causa justificativa dos crimes que produziram resultados prejudiciaes á segurança do estado, deve ser *obrigatoria*, isto é, tal que importe a *obediencia* correlativa ou uma *ordem*.

Se a *authorisação* é contra a lei fundamental do Estado ou contra outras leis, ella é *facultativa*, e como tal não releva o que d'ella usou, podendo sem crime deixar de a usar, maxime quando entre o delinquente principal e o ministro de estado não houver relações hierarchicas que façam considerar este superior, como se demonstra por argumento do n.º 20.º do art. 20.º, e do n.º 5.º do art. 144.º

Teria sido conveniente que o Cod. realzasse aquelles actos de defesa ou de provocação que os delegados geraes do governo, constituidos em necessidade, podem ser obrigados a praticar sendo incompativel o seu procedimento com a authorisação do governo, determinadamente para esses actos.

Portanto o elemento dirimente, admittido sem excepção no presente art., não pôde com verdade moral ser admittido.

Os nossos governadores do ultramar, mesmo de provincia e postos maritimos distantes da costa, os commandantes de corpos militares, os de navios de guerra, etc., podem sem ordem expressa do governo repellir pela força das armas um ataque, ou mesmo, para manutenção da dignidade e interesses nacionaes, tomar a iniciativa de hostilidades ou represalias: (Ortolan, Rég. intern., liv. 3.º cap. 3.º princ. gén.).

Assim em presença do que levámos dito, as palavras do art. = *toda a portuguez, que por quaisquer actos não autorisados pelo governo expozer o Estado a uma declaração de guerra* = poderiam ser convenientemente emendadas dizendo-se = *toda a portuguez não autorisado pelo governo, que por quaisquer actos hostis ou criminosos expozer o estado a uma guerra* =.

A guerra mesma não é em si mais que um estado de *represalias geraes e continuas*, em quanto d'esse estado tudo o que é permittido a uma das partes belligerentes se considera licito á outra. (Schmalz, Droit. des gens europ., liv. 6.º cap. 1.º pag. 214.)

Este conceito soffre uma limitação a respeito das mesmas nações que sustentam no estado de paz um apparato bellico, tanto em terra como no mar, cujos exercitos e armadas, confundido por sua attitude o estado preventivo com o de ameaça e aggressão permanente, compromettem a existencia ou independencia de outras nações, mais ou menos determinadamente, podendo de improviso e por ordens expedidas em segredo, verificar um ataque naval ou uma invasão.

Estas palavras = *declaração de guerra* = não têm hoje a mesma significação que tinham em outras eras, consistindo na *intimação* marcada fazer a uma nação em seu mesmo territorio por um abalo d'armas ou mensageiro, precisamente como um reptio ou desafio. Esta forma solemne cessou desde o meado do século 17.º, e ficou substituída pelo decretamento da guerra e sua communicação official ás nações, agredidas, aliadas ou neutras, acompanhada de manifestos ou exposição de motivos de justificação, a que respondem os contra-manifestos, até que effectivamente rompem as hostilidades. Todavia auctores existem como Bynkershoek, que sustentam que nem estes manifestos são necessários, e muitas vezes de improviso, no de hostilidades em hostilidades, se agrava entre as nações a sua situação até á manifestação formal do estado de guerra. Guerras tem havido sem previa declaração; como foi a que rebentou entre a França e a Inglaterra em Junho de 1755, somente declarada solememente em Maio de 1756; e nas negociações movidas em 1761 sobre restituição e indemnização de presas feitas antes d'essa declaração, entre a corte de Versailles e a de Londres, sustentou esta abertamente a falta de direito á reclamação como infundada por falta de convenção especial e dependente de um principio de direito das gentes sujeito a contestação.

As surpresas porém d'este genero tomam o caracter de perúdis e allowana. É a guerra dos piratas e saqueadores em ponto grande. Felizmente similiaes aggressões inesperadas são hoje pouco provaveis de facto, porque a *toda a guerra* precedem symptomas e actos preparatorios que manifestam o estado de transição e constituem como uma *declaração tacita*, que substitue a *solemne* ou *expressa*. O segredo absoluto não é possível no estado actual da organização, relações e facilidade de communicações entre as nações modernas. Ortolan, Rég. intern., liv. 3.º cap. 1.º

A malícia ou imprudencia do ministro d'estado que auctorisa o acto, não destroe nem o elemento moral malefico na pessoa do auctorisado, nem a responsabilidade directa que lhe resulta do abuso que fez da sua liberdade e actividade.

Além d'isso, assim como lembrou no § un. do art. 143.º particularisar os ministros d'estado, quando fossem auctores directos dos factos a que o mesmo § se refere, e em geral no art. 198.º, os funcionarios superiores que *ordenassem* aos seus inferiores um acto criminoso, tambem aqui deviam elles ser particularisados, quando simplesmente o *auctorisassem*, e que assim, dando a outrem carta, diploma ou instrucções em prejuizo de uma nação estrangeira ou de seus subditos, fossem causa da guerra ou represalias.

Um ministro d'estado em semelhantes circumstancias é criminoso, ou por traição ou por imprudencia, e em todo o caso é sempre responsavel por todos os actos directos ou indirectos de provocação: 1.º, quando lhe falta a justiça para aggressão; 2.º, quando não lhe faltando a justiça, resulta maior mal politico e material contra a nação de recorrer á sorte das armas; 3.º, quando provoca directa ou indirectamente sem ter de antemão calculado as forças da reciproca defeza e ataque.

Tanto maior é a extensão do direito politico, que sobre declaração de guerra a Carta, no art. 75.º § 9.º, concede ao poder executivo, sem dependencia de deliberação das camaras legislativas, quanto maior e mais especial deve ser a repressão legal contra os ministros de estado, que auctorisarem pela provocação as represalias, e em seu seguimento envolverem por tal fôrma a nação em immensos sacrificios, difficuldades e perigos.

Portanto, se o presente art. toma como circumstancia dirimente e em termos absolutos a auctorisação do governo, para a provocação á guerra ou represalias, a justiça e a politica pediam que o Cod. incriminasse o facto da auctorisação em si mesmo, quando abusiva por malefica ou culposa contra os membros do gabinete que d'ella participassem como auctores ou cúmplices.

Se os crimes que os ministros de estado podem commetter no exercicio de suas funcções têm uma natureza especial

que deva ser estudada e tratada para uma lei particular, cumpria então elimina-los completamente do Cod., e não os comprehender, já por determinação especial, como se fez no cit. § un. do art. 143.º, já como a cada passo por determinações geraes absolutas=*todo o portuguez, todo o funcionario publico*=sem resalva alguma dos mesmos ministros, o que muitas vezes, como veremos, lhes torna o Cod. de irrisoria, absurda ou impossivel applicação.

ARTIGO 149.º

Todo o portuguez que acolher ou fizer acolher qualquer espião inimigo, conhecendo-o por tal, será condemnado a prisão perpetua com trabalho.

Art. 29.º n.º 3.º; 34.º e ref.; art. 199.º e ref.; Carta Const., art. 9.º § 2.º

Concordam n'esta incriminação os Cod. Fr., art. 83.º, do Brazil, art. 72.º, da Sardenha, art. 178.º, das Duas Sicílias, art. 108.º e o nosso de 1837, art. 108.º e 110.º Concordam mais o Projecto belga de 1834, art. 83.º, e o de M. Haus, art. 95.º

O Cod. da Austria e o Hesp. omittem esta incriminação sem duvida porque, como se declara na part. 1.ª do Cod. da Austria, art. 60.º, tem todos os crimes sobre *espionagem* de ser processados e punidos pelas leis militares, e consequentemente não deviam fazer objecto do Cod. Pen.

Nos termos do art. 26.º n.º 4.º d'este nosso Cod. os que ajudam os espiões facilitam a execução do seu crime, e portanto se tornam cúmplices da espionagem; e se esta é um crime militar, é pelo Cod. Pen. militar ou pelas leis militares que deve ser qualificado, e não pelo Cod. Pen. dos delictos communs, embora o delinquente seja remetido como não militar aos tribunaes civis.

Nas mesmas circumstancias se acha o crime de *deserção*, e de facto os que acolhem, favorecem ou asyiam os desertores não são contemplados no Cod. Pen., posto que o estejam na lei militar de 6 de Outubro de 1765 e outras concordantes. É para essas leis que o Cod., no art. 30.º, remette os réus d'esses crimes.

Quanto á pena não podemos approvar a que se acha no art., não só porque em these reprovámos todas as penas perpetuas, mas porque a perpetuidade e a obrigação do trabalho

são duas idéas que repugnam; e a perpetuidade assim qualificada não é só a morte civil, a morte da esperança, mas a escravidão penal, peor que a morte. O legislador tem o direito de segurar os criminosos, de lhes fazer expiar o crime e de os corrigir, nunca de os escravizar.

Além d'isso o trabalho em si exprime uma idéa moralisadora, abre as portas ao arrependimento, á correção dos culpados, mas para produzir estes resultados é de sua natureza temporario. Póde e deve alongar-se ou encurtar-se o tempo da expiação, o tempo da experiencia segundo a qualidade do crime que tem de ser punido; mas se é perpetuo, longe de moralisar o culpado, impacienta-o, e a desesperação ou a perspectiva de uma evasão e da perpetração de novos crimes são as consequencias moraes de uma similhante penalidade.

O Cod. Fr. é certo que, ainda depois da reforma de 1832, fulmina a pena capital contra este crime, no que foi imitado pelos Cod. da Sardenha e Duas Sicílias, mas já o nosso Cod. de 1837, no art. 140.º, havia reduzido a pena a degredo perpetuo, conservando, no art. 108.º, a de morte só para quando ao asylo se juntasse a cooperação na espionagem. O Projecto do Cod. Belg. de 1834 substituiu á pena de morte a de detenção de dez a vinte annos, o que foi conservado no Projecto de M. Haus. «Le fait dont il s'agit (diz elle) dans cet article ne mérite pas une punition plus grave.»

Da mesma fôrma o Cod. do Brazil tinha avaliado a gravidade d'este delicto, porque, no art. 72.º, estabeleceu a pena «de prisão com trabalho por vinte annos no grau maximo, por «doze no medio, e por seis no minimo.»

Concordam pois aquelles projectos com o Cod. do Brazil, em quanto adoptaram uma pena temporaria, cujo maximo de duração não excedesse a vinte annos, excedendo-os este em equidade permitindo que a mesma pena podesse descer, não a dez mas a seis annos.

Em vista de taes exemplos, que as razões expostas confirmam, a penalidade d'este nosso art. está muito longe de poder ser considerada equitativa.

Não só isto, passa a ser absurda e injusta, comparada com

a que é imposta no art. 133.º Abi se impõe tambem a prisão maior perpetua nos actos de traição por auxilio directo, com determinada e positiva intenção de coadjuvar a nação inimiga; e aqui, em que o facto se reduz directamente a dar conta a um individuo com quanto perigoso em razão da sua commissão especial, e por um portuguez que não tem directamente a intenção de favorecer a nação inimiga, porque se a tivesse, o facto entraria nos previstos pelo mesmo art. 143.º, a pena é a mesma, mas aggravada!

A traição, o crime é muito mais grave na primeira que na segunda hypothese; como é pois que se justifica pelo contrario a maior pena n'esta do que n'aquella? Se no crime da primeira se dá um grau de perversidade maior da parte do agente, se o prejuizo nacional é mais transcendente, como é que, preteridas as regras de justiça e de moral, não foi distribuída a penalidade segundo a maior ou menor importancia ou valor do elemento moral e material do crime?

Depois, se os que acoutam ou acolhem malfeteiros não soffrem, na conformidade do art. 197.º, senão a prisão até tres annos ou a multa segundo as circumstancias, se mesmo, tendo esses malfeteiros commettido crimes contra a segurança do Estado, para os encobridores serem considerados cúmplices do crime posterior é preciso que o acolhimento seja *habitual*, como prescreve o art. 198.º; como é que o acolhimento dado a um soldado inimigo, com quanto espiao, mas que por isso não é um criminoso porque cumpre o seu dever, pôde dar lugar a uma pena tão severa?

Por um acto de humanidade e com grave risco pessoal, por entre os horrores de uma guerra ha um portuguez que, sem perversidade, mas por um imprudente excesso de generosidade, salva a vida a um espiao estrangeiro; ha de esse excesso, essa imprudencia ser punida como um dos maiores crimes, como se existisse no criminoso um grande grau de corrupção moral?

Sabemos que se ha de argumentar com a necessidade de medidas penaes extraordinarias, exorbitantes mesmo, em tempo de guerra; mas esse argumento é peremptorio para excluir do Cod. Pen. semelhante incriminação, reservando-se ou para

as leis militares ou para disposições transitorias, que serão mais ou menos repressivas segundo o perigo social e na presença d'elle.

Quanto aos estrangeiros residentes em Portugal que forem culpados d'este crime deve esta pena ser substituida pela immediata, segundo o disposto no art. 151.º, mas ainda assim fica gravissima por dever ser a de degredo, ao mesmo passo que muitas vezes será illudida, porque do logar do degredo facilmente se transportarão os estrangeiros ao seu paiz, aonde poderão até reclamar o premio dos serviços que lhe prestaram.

Por ultimo notaremos: 1.º, que o art. nas palavras = *qualquer espiao inimigo* = restringe a sua disposição ao acoutamento ou asylo de *espies* da nação *inimiga*, que de ordinario são *soldados inimigos* que, embora cumprindo um dever militar não commettam crime punivel e só possam ser feitos prisioneiros de guerra, não devem ser ajudados nem auxiliados por portuguezes que incorrem então no labéo de traidores á nação. Assim os portuguezes que acoutarem um espiao portuguez ao serviço da nação inimiga devem ser punidos por outras regras e em conformidade com as leis militares, como cúmplices da espionagem punida por essas leis, como se declara no art. 161.º

Certo é que as palavras = *espiao inimigo* = se poderão tomar, segundo a opinião de Carnot e de Chauveau, como exprimindo o mesmo que = *espiao do inimigo* =. Mas se o facto criminoso da espionagem e portanto da sua cumplicidade se acha previsto nas leis militares não ha necessidade alguma de se forçar a letra do art., com violação do art. 18.º e do art. 151.º, e tanto mais que o facto incriminado no presente art. pôde ser diversamente qualificado e punido, em conformidade com essas leis, pelos tribunaes militares, embora esteja no mesmo caso o acoutamento de um portuguez que exerce essa infame commissão em favor dos inimigos da sua patria, e ainda com mais razão por lhe ser não só mais facil o differe, mas o asylo.

2.º Que o Cod. não incriminou a espionagem em si mesmo, remetendo unicamente, no art. 164.º, para as disposições

especies militares esse facto, quando praticado nos campos ou praças de guerra.

Em França acha-se punido geralmente no art. 2.º do tit. 4.º da Lei de 21 de *brumaire*, anno V, assim como na Baviera, Cod. Pen., art. 302.º n.º 4.º

3.º Que o Cod. da Baviera n'este art. comprehende todos os factos que *durante uma guerra* forem de auxilio ou ajuda ao inimigo *intencional e voluntariamente*, o que comprehende a incriminação d'este nosso art., em quanto que n'este cap. somente se tratou no art. 142.º, 143.º, 144.º e 145.º dos actos de auxilio *preparatorio*, á excepção do caso d'este nosso art. e do art. 141.º

4.º Finalmente, que se omitiu aqui o definir-se quem na intenção do legislador se deve considerar *espiao*. Este nosso art., em harmonia com todos os Cod. supracitados, torna indispensavel a prova de que o réu sabia que acolhia um espiao *=conhecendo-o por tal=*.

Logo era necessario que a lei indicasse os caracteristicos legaes ou as circumstancias, dado o conhecimento das quaes o réu não podesse allegar ignorancia.

Na Baviera, como se pondera no commentario official ao seu Cod., se acha a definição do termo em uma lei militar de 29 de Agosto de 1813.

Mas n'este nosso art., ficando a expressão por definir, na incriminação torna-se imperfeita e póde dar logar ou á impunidade ou a um procedimento arbitrario, segundo a significação mais ou menos restricta que se der á palavra.

A vulgar em tempo de guerra comprehende *=o que andar desconhecido entre os inimigos para descobrir os seus intentos e para dar aviso aos seus=*¹.

A definição era pois essencial, por dizer respeito a um elemento constitutivo da incriminação, que assim como está fica obscura e incompleta.

É considerado espiao, segundo aquella lei da Baviera, o que é sorprendido no momento em que levanta a planta dos campos, acampamentos, aquartelamentos, fortalezas, arsenaes,

manufacturas de armas e outros estabelecimentos militares, canaes, rios e enfim de tudo o que serve á defeza do paiz ou suas dependencias.

Uma similhante definição legal era tanto mais necessaria, que segundo a opinião de muitos auctores, não devem ser considerados *espiaes os soldados, officiaes* ou engenheiros que, *cumprindo o seu dever*, vão reconhecer a praça ou campo inimigo, seguindo-se d'ahi que o auxilio prestado por este meio aos inimigos da patria devia ficar impune, o que repugna com os termos absolutos do art. *=qualquer espiao inimigo=* e com os logares concordantes dos Cod. Fr., da Sardenha, das Duas Sicilias e do Brazil *=ou soldados inimigos mandados a pesquisar.*

¹ Blateau, á palavra *=espia=*.

ARTIGO 150.*

As mesmas penas serão impostas aos estrangeiros que se acharem ao serviço de Portugal, se commetterem algum dos crimes mencionados nos art. antecedentes.

Art. seg., 27.º e ref.

A regra de direito internacional, adoptada no art. 27.º do Cod., é de que as disposições das leis de um paiz ficam sujeitos todos os estrangeiros em materia criminal, logo que no territorio tenham entrado e n'elle pratiquem os factos criminosos previstos nas mesmas leis. Mas ha factos, que ou em razão da violação de dever especial a subditos do paiz, ou da mesma natureza d'esses factos, por dizerem respeito ás relações de nação a nação, collectiva ou individualmente consideradas, não podem ser incriminados contra estrangeiros, ou não o devem ser senão dado o concurso de mais alguma circumstancia, que os equipare ou approxime a nacionaes.

Entram n'esta classe os factos incriminados no presente cap., e por isso quiz o legislador bem fazer sentir que as suas disposições não eram applicaveis a estrangeiros, servindo-se constantemente da expressão *—toda a portuguez—*, e o confirma no presente e seguinte art., declarando como e quando os estrangeiros culpados dos factos incriminados devem ser punidos.

Os estrangeiros, durante a estada em um paiz, podem ser considerados, ou com residencia puramente voluntaria, ou com residencia obrigada em razão de compromisso especial voluntario, ou sem residencia e sómente viajando ou transitando.

Dos primeiros se trata no art. seguinte, dos segundos no presente art. Tanto uns como outros contraem o dever especial de não abusar da sua residencia para hostilisar a nação que os acolhe. É uma traição que tem todos os caracteres de ingratitude e de perfidia. O crime se agrava, quando

pelo facto de não terem vindo ao paiz por simples curiosidade, visita ou negocios particulares acataram exercicio em algum ramo de servico publico, e assim se equipararam completamente aos nacionaes, e ainda mais pela facilidade tanto com que podem atraisgoar e encobrir-se, como adquirir e dirigir as cousas e os acontecimentos do modo mais util á nação inimiga.

D'aqui resultam desde já duas reflexões criticas em relação aos art. presente e seguinte, e é: 1.ª, de ficarem impunes os estrangeiros que não tiverem *—residencia—* no paiz ou *—estada permanente—*, não comprehendendo portanto os *—visitantes—* ou *—passageiros—*, a que não pode quadrar a expressão *—residentes—*, que exprime não só a idéa de *—estar—*, mas a de *—permanecer—* no territorio; 2.ª, de que sendo facil confundir os *—passageiros—* ou *—visitantes—* com os *—residentes—*, e tornando-se por isso incerta a maior ou menor demora em uma *—estada de transito—* ou *—de visita—*, por motivos de descanso, falta ou espera de transportes, incommodidades de sande e varios accidentes materiaes, não se definiu o que, para effeitos penaes, deva ser considerado *—residencia—*.

Assim ou os estrangeiros *—existentes—*, mas não *—residentes—* no paiz, escapam á sujeição ás leis penaes, que respeitam a factos que compromettem a segurança do Estado, contra o principio proclamado no art. 27.º do Cod., que é de direito das gentes,

* A palavra *—residencia—*, tomada tanto na sua significação etymologica e natural, como na juridica, exprime a idéa de *—assistentia—* ou *—morada—* continua, assim como a de *—residir—* exprime a de *—estar de assento—* em algum lugar, cidade ou casa. Limitar a applicação das leis penaes aos estrangeiros residentes n'este sentido é um absurdo que contraria o principio de direito internacional, de que ficam sujeitos ás leis do paiz os estrangeiros que n'elle pessoalmente commetterem qualquer crime; e por isso nos parece que o legislador quiz comprehender mais do que comporta a sua expressão, como já notámos ao art. 27.º, vol. 1.º pag. 239.

Mas em todo o caso cumpria, vista a disposição prohibitiva do art. 13.º, que outra fosse a redacção do presente art., assim como do art. 27.º, seguindo-se a dos Cod. de Austria e da Prussia que ali citámos, assim como tambem se vê na lei de promulgação do Cod. da Baviera, art. 3.º:

«Les étrangers seront jugés selon le présent Code pour tous les crimes ou délits commis dans les limites de notre royaume.»

A competencia de uma nação sobre a pessoa de um estrangeiro não vem da sua residencia ou não residencia no paiz, mas do facto material committido dentro dos limites do seu territorio.

ou podem ficar ou não envolvidos a arbitrio dos juizes sobre a qualificação de *residencia*, segundo as circumstancias especiaes de cada um dos culpados.

Assim do mesmo facto criminoso em que forem participantes estrangeiros, uns serão punidos como *residentes*, outros o não poderão ser nem como *cumplices*, restando sómente a policia o direito de os expulsar quanto antes do territorio portuguez.

Pondo de parte estas observações, e restringindo-nos á materia do art., se nos offerece notar: 1.º, que em these geral, a assimilação para a identidade do castigo é justa, porque o estrangeiro, se não se naturalisa portuguez durante o seu serviço, naturalisa-se temporariamente em relação a todos os actos que praticar, principalmente se o serviço a que se prestou for o militar, porque então offende especialmente as leis militares; e esta ampliação faz ver o defeito do Cod. em não resalvar os crimes militares ou os actos praticados durante o serviço militar, que são regidos, não pelo Cod., mas pelas leis militares, conforme ao art. 13.º e 16.º; com os quaes a expressão = *serviço de Portugal* = vaga e indefinida, e portanto comprehensiva de = *qualquer serviço* =, sem exclusão do militar, fica repugnante e antinómica.

Esta antinomia se torna mais sensível, comparado o presente art. com o seu antecedente e consequente, porque n'este se resalvam as disposições especiaes das leis militares sobre a espionagem nos campos e praças de guerra, em quanto n'aquelle se incriminou um facto de encobrimento ou de auxilio ao mesmo crime, facto connexo, e mais de cumplicidade que distincto, que devia ser regido pelas mesmas leis.

Todavia em taes casos, como o estrangeiro tomado ao serviço militar tem de ser julgado no fóro militar, ali serão applicadas com preferencia as leis militares, maxime entendendo-se que entre duas especialidades, relativas a estrangeiros, uma estabelecida no Cod. Pen. e outra nas ditas leis, esta como *especialissima* deve reger, preterida a disposição do mesmo Cod.

2.º Que se um estrangeiro tomado ao serviço militar de Portugal se achar em collisão de soffrer a pena de morte, na

hypothese do art. 141.º, quer voltando as armas contra o seu paiz ou seus alliados, depois da manifestação da guerra, quer desertando, para as voltar contra Portugal, como subdito do paiz inimigo, a penalidade se annulla, quanto aos seus exclusivos effeitos da intimidação.

Elle preferirá desertar das nossas bandeiras logo que o possa fazer sem perigo, e calculará que se depois for apahado com as armas na mão debaixo das bandeiras inimigas, obterá a sua liberdade por qualquer tratado de paz ou troca de prisioneiros.

3.º Que a applicação da nossa lei penal em tal hypothese é injusta e repugnante á que se estabelece no art. 147.º, porque se por aquelle art. se considera justa, moral e politica, a respeito de um portuguez, que, sobrevindo o caso de guerra, continua no serviço da nação inimiga, não devemos achar injusto, que nas mesmas circumstancias um subdito d'essa nação abandone o nosso serviço para seguir a sorte das armas do seu paiz. O contrario fica repugnante ao principio de moral, que não tolera se prohiba para os outros o que não só se permite, mas se ordena para nós mesmos.

Quanto porém aos *actos preparatorios* da guerra, de provocação ou de instigação, art. 142.º, de auxilio, por meio de correspondencia, actos ou factos, art. 143.º, de concerto ou conspiração, art. 144.º, de violação contra a prohibição absoluta de correspondencia, art. 145.º, de abandono de serviço e do territorio portuguez, para nação inimiga, que não seja patria do estrangeiro, nem sua alliada na guerra contra Portugal, art. 146.º, tentativa do mesmo crime, § un. do mesmo art., de comprometimento á paz ou represalias, art. 148.º, de acoutamento a espíes, art. 149.º, o presente art. não offerece difficuldade alguma seria na sua applicação pratica, conforme aos fundamentos de justiça, com que em geral se justifica; mas a regra, em termos absolutos, como aqui se acha, parece-nos inadmissivel.

• As razões geraes em que se funda o art. 27.º § 1.º, acrescentam as do compromisso especial, em que o estrangeiro se constituiu de servir a nação portugueza e de não trahir a hospitalidade que se lhe concedeu ou de não abusar da confiança que n'elle se depositou.

Se a nossa Carta estabelece que perde os direitos de cidadão portuguez todo o que aceitar emprego, sem licença, de uma nação estrangeira, e se o Cod. prohibe e portanto retira essa licença, depois da declaração da guerra; seria justo se assestasse entre as nações:

1.º Que todo o portuguez que estando empregado em outra nação prefere continuar no seu serviço militar ou alistar-se em suas bandeiras contra a patria, a abandona e deve ser considerado subdito adoptivo d'essa nação, cuja sorte segue.

Este abandono nada tem que o possa converter em crime. É um facto que nasce de um direito commun, natural a todos os homens. A gratidão para com uma patria adoptiva, os laços de sangue, de afinidade ou de afeição n'ella contrahidos, a consciencia da justiça da sua causa, devem justificar reciprocamente o procedimento dos individuos subditos das nações belligerantes ao serviço de uma d'ellas, não naturalisados, antes da guerra.

2.º Que todo o estrangeiro que estando ao serviço de uma nação, se esse serviço não for o militar, mas litterario, de direcção de obras publicas, engenharia civil, de clinica medica ou cirurgica, ou outro similhante, pôde continuar no mesmo serviço depois do rompimento das hostilidades, se não for chamado por decreto especial do governo; e que a desobediencia a esse decreto não produz infracção de dever punivel, mas a manifestação, expressa ou virtual, de abandono da patria ou a *desnaturalisação voluntaria*, e a *adopção*, expressa ou virtual, da nação que o consentir no seu serviço depois d'esse chamamento.

3.º Que todas as nações podem fazer intimar os estrangeiros empregados no seu serviço, civil ou militar ou qualquer outro publico, para que em termo breve e peremptorio saiam do seu territorio, ou declarem se querem permanecer no mesmo ou em outro serviço, ficando porém livres ás mesmas nações, conforme as conveniencias politicas, variaveis segundo as circumstancias, adoptar ou não como seus subditos os estrangeiros que manifestarem a intenção de abandono.

4.º Que todas as nações devem respeitar a manifestação

d'essa vontade, cujo resultado se não consummou pelo facto da não verificação, e mesmo consentir ou no regresso do seu subdito em plena segurança ou permittir-lhe a residencia em paz neutra durante as hostilidades.

E assim, e sómente assim, entendemos nós que podem ser conciliados os deveres da moral universal, os da politica e da humanidade e os de sociabilidade entre as nações, nas quaes se dá solidariedade de deveres e obrigações, que devem ser observadas entre governos e individuos, sem que se convertam em crimes factos innocentes, licitos e que nem denotam perversidade ou existencia de *elemento moral* nem *perigo social* ou existencia de *elemento material*, sem os quaes não pôde haver na incriminação, nem *verdade moral* nem *verdade politica*, se é que estes dois elementos podem separar-se, como negativamente sustentámos.

Por ultimo devemos notar: 1.º, que os juizes podem, em caso de concurso de circumstancias attenuantes, que não faltarão nos crimes de que trata o presente cap., annullar completamente com relação a estrangeiros a applicação das penas n'elle estabelecidas, á excepção da de morte, art. 141.º

Consiste a operação legal para esse effeito em fazer descer as penas maiores perpetuas a maiores temporarias, e depois em substituir pela expulsão perpetua do reino em conformidade com o disposto no art. 76.º¹, e ficam assim os estrangeiros habilitados a voltar ao reino, se quizerem sujeitar-se a outra condemnação pela nova infracção, fixando-se temporariamente nas nossas possessões da India, conforme ao art. 166.º § 3.º

2.º Que a disposição do presente art. é um favor que se concede aos estrangeiros, e uma excepção repugnante aos principios geraes applicaveis aos nacionaes. Todos os crimes aqui previstos, exceptuando o reprimido com a pena de morte, podem ser punidos com aggravação, se os delinquentes são funcionarios do Estado, como é expresso no art. 19.º n.º 9.º

Os estrangeiros que ficariam no mesmo caso, estando ao serviço do Estado, sómente ficam então equiparados para a

¹ Vid. Comm. a este art. vol. 2.º a pag. 41 e seg.

pena commum e ordinaria. D'onde é obvio que, em geral, faltando nos estrangeiros esta circumstancia, a pena deve descer e effectivamente desce, como se prescreve no art. seguinte, aonde refutaremos esta apreciação, que temos por injusta e contraria a todos os principios.

ARTIGO 151.º

Salvas as disposições especiaes das leis militares sobre a espionagem nos campos e praças de guerra, e salvo o que se acha estabelecido pelo direito das gentes ácerca dos ministros diplomaticos, todo o estrangeiro residente em territorio portuguez que commetter o crime previsto no artigo 143.º, ou o de conjuração para elle ou os crimes previstos nos artigos 145.º e 149.º, será condemnado na pena immediatamente inferior áquella que é decretada em cada um dos ditos art.

Art. 27.º n.º 1.º, 47.º e § un., 81.º, 82.º, 83.º e 159.º
Lei de 12 de Março de 1845.

Este art. contém uma modificação á regra geral estabelecida no art. 27.º n.º 1.º de que as disposições d'este Cod. são applicaveis a quaesquer *estrangeiros residentes* em domínios portuguezes, não havendo tratado ou lei especial em contrario.

Um sentimento a que é difficil resistir pôde levar um estrangeiro a favorecer os interesses do seu paiz, aproveitando a occasião da sua residencia em paiz estranho. O legislador podia tomar em conta esta difficuldade como circumstancia atenuante para modificar a pena, nos casos a que se refere quando relativos á patria do estrangeiro.

Mas como se trata de crimes prejudiciaes á segurança do Estado em relação ás nações estrangeiras, não foi essa certamente a razão da lei no favor com que os estrangeiros são tratados.

Foi portanto porque o legislador considerou que taes crimes, quando praticados por portuguezes, eram mais graves em razão de uma mais forte violação de dever.

Nós porém não podemos concordar com similhante aprecia-

ção. No Cod. Pen. da Austria, art. 36.º, se mede também a maior gravidade de um crime por essa mais forte violação: «En général un délit est d'autant plus grave... que les devoirs ont été plus fortement violés»; e contudo no art. 31.º equiparou em termos absolutos o estrangeiro ao nacional.

Os nacionaes são sujeitos ás leis penaes portuguezas por um dever commun, *imposto*, sem acto algum precedente de sua vontade á sujeição; basta que comecem a ter uso de razão, e ainda antes de ter chegado á epocha da emancipação ou á de poderem valida e civilmente obrigar-se, mas somente á do maior ou menor discernimento para conhecerem o mal que praticam e sentirem a correção adequada á sua emenda e reparação. Os estrangeiros porém, se o não são por acto involuntario ou de força maior, ou sendo trazidos a Portugal em menor idade, e n'esta se conservarem ao tempo do crime, contrahem pelo facto da entrada, residencia ou permanencia uma convenção tacita e espontanea de sujeição, que é anterior, que lhes não é *imposta*, mas que é por elles livremente aceita.

Portanto, se ha distincção entre uns e outros ella é, longe de favoravel, contraria, porque um portuguez tem contra si a violação de um dever commun, o estrangeiro não só a violação do mesmo dever, mas a do que especialmente contrahiui.

Assim considerámos destruida a base em que assenta tanto a attenuação estabelecida no presente art., como a assimilhação em razão da violação de outro dever especial, levada em conta na apreciação feita no art. antecedente.

Demais, se nenhuma distincção se faz em outros crimes, segundo o preceito geral do art. 27.º, e os especiaes de attentados de regicidio, homicidio, roubo e outros, offensivos ou da tranquillidade interna do paiz ou da ordem estabelecida ou da moral publica; com que fundamento de razão e de justiça hão de ser attenuadas as penas, quando se trata de comprometter a segurança da nação com relação ás nações estrangeiras, provocando-se assim, contra a independencia, vida e propriedades da mesma nação, uma serie de males incalculavel?

Não é isto uma injustiça relativa aos nacionaes resultante da desigualdade da lei penal? Não é um erro contrario á theo-

ria do direito penal, que manda applicar o mesmo remedio penal á mesma quantidade de mal moral e social? Não é uma violação directa do art. 19.º n.º 22.º, que em geral considera nos factos criminosos, como elemento de aggravação, a *maior perversidade do agente e o maior perigo á causa publica?*

Não é uma ingratitude, uma perfidia, um abuso de confiança, com que um estrangeiro compensa a hospitalidade, a benevolencia, a generosidade com que foi recebido, como irmão, como amigo, com violação do principio em que se funda o n.º 8.º e 10.º do mesmo art. 19.º?

A este respeito é digna dos nossos elogios a disposição do moderno Cod. da Prussia nos §§ 4.º e 24.º Quer o legislador, que o prussiano que commetteu em outro paiz um crime punivel segundo as leis da Prussia, soffra na mesma Prussia o castigo correspondente, se não pôde ou não chegou a ser punido no paiz estrangeiro; e mesmo manda submeter o prussiano a novo processo, para os effeitos de se lhe impor ou não a perda ou a interdicção dos *direitos da honra civil*, se essa aggravação corresponde, segundo as mesmas leis da Prussia, á natureza e qualidade do crime.

Mello Freire já havia proposto entre nós esta igualdade penal com relação a estrangeiros, como se vê do tit. 13.º §§ 2.º e 3.º:

«São réus d'este grande crime não só os nossos vassallos «seculares e ecclesiasticos, mas os estrangeiros que estiverem em «nossos reinos, pela protecção que todos de nós recebem como «em preço e equivalente da sua fidelidade e sujeição. *Todos «serão castigados com as mesmas penas.*»

Em redacção e doutrina parece-nos preferivel aos art. presente e antecedente, suppressida a razão da lei por desnecessaria, mas que é expressiva e concludente.

Todavia declara o legislador que não é sua intenção relaxar o rigor das penas militares acerca da espionagem nos campos e praças de guerra, assim como o não é prejudicar as prescripções estabelecidas pelo direito das gentes acerca dos ministros diplomaticos.

Esta segunda parte da declaração era inutil; porque o direito das gentes como universal, como reconhecido e legis-

lado pelo consenso das nações, não pode ser derogado pelas determinações particulares de um Cod. Pen., e já estava assim em geral declarado no art. 27.º das disposições geraes.

Desde que um ministro diplomatico entra no territorio de um Estado aonde é mandado, em quanto reside e até que saia do paiz, goza de uma inteira isenção da jurisdicção local civil e criminal.

Representando os direitos, os interesses e a dignidade do Soberano ou do Estado que o envia, a sua pessoa é inviolavel e sagrada.

Para tornar bem sensivel esta isenção tem-se inventado a ficção da *exterritorialidade*, pela qual se supõe que o ministro, posto que actualmte reside em paiz estrangeiro, permanece no territorio do seu proprio paiz.

A utilidade reciproca das nações torna indispensavel que os seus ministros fiquem inteiramente independentes da auctoridade local, sem o que não poderiam preencher dignamente os deveres da sua missão. O facto da enviatura por uma parte e a acceitação do enviado por outra parte equivale a uma convenção tacita entre dois Estados, para que não fique sujeito senão a jurisdicção da sua propria nação.

Esta immunição não se restringe á pessoa de um ministro, amplia-se á sua familia e comitiva, aos secretarios de legação e mais empregados, a seus domesticos, moveis e casa de habitação.

Em materia criminal, e quando se trata de factos affirmatorios da existencia e segurança do Estado em que residem, se o perigo é imminente, podem os papéis dos ministros diplomaticos ser apprehendidos e mesmo seguradas as suas pessoas e depois recuados ao seu paiz.

Se o perigo não é imminente, o uso das nações tem estabelecido o direito de reclamar do paiz que os mandou, para que os retire. Se sem motivos plausiveis é recusada esta reclamação, o Estado offendido tem o direito de os despedir.

Póde mesmo haver outros casos que em circumstancias gravissimas permittam a um Estado assim offendido tratar um embaixador como um inimigo publico, e impor-lhe uma punição pessoal se o seu soberano recusa fazer justiça.

Mas é cousa difficil precisar exactamente as circumstancias que auctorisariam semelhantes procedimentos, e nem se podem tirar regras geraes de exemplos subministrados pela historia das nações, em que os ministros diplomaticos se tenham despojado do seu caracter publico para tomar o de conspiradores e perturbadores da segurança do Estado em que se achavam acreditados.

Esses factos não são mais que excepções anômalas á regra geral da inviolabilidade dos mesmos ministros, as quaes todavia têm a sua solução e fundamento no direito supremo de conservação e de necessidade entre as nações. Ainda aqui porém deve distinguir-se o que póde ser praticado para defeza em casos de crise, e o que póde ser praticado depois do perigo para castigo¹.

Quanto á expressão *estrangeiro residente*, de que o legislador aqui se serve, como se serviu no art. 27.º, temos já notado o seu defeito e inconveniencia. Póde entender-se que o estrangeiro em é simplesmente *existente*, mas não *residente* no territorio portuguez no tempo do commettimento do crime, e a consequencia absurda seria a impunidade: ou é *residente* nos termos do presente art., e então soffre não as penas do Cod., mas a inferior immediata. Em qualquer dos casos tanto a doutrina como a redacção deve ser profundamente meditada e reflectida para que a applicação a estrangeiros não por que por excesso ou por diminuição.

Se um Cod. Penal não é ou não deve ser mais que uma revisão da legislação criminal existente, que sómente será justa, se for reformadora, igual para todos os delinquentes, quer nacionaes quer estrangeiros, seria para desejar que todos os Cod. Penaes fossem concebidos de tal modo uniforme e conforme á equidade, quanto aos estrangeiros, que nem excitassem reclamações da parte d'estes, nem se recorreisse de estabelecer excepções que se traduzem em privilegios, repugnantes com a razão e com os principios fundamentaes de todas as constituições do mundo civilisado.

¹ Veja-se Vattel, Droit des Gens, liv. 4.º cap. 7.º; Henr. Wheaton, Elem. du Droit intern., tom. 1.º part. 3.ª cap. 1.º § 16.º e seg.; etc.

Mas esta uniformidade é quasi impossivel, se não impraticavel, e então é util a celebração de tratados, que hoje não podem ser condemnados por isso de uma maneira absoluta quanto a objectos penaes. «Dans l'état vicieux des législations européennes les concessions réciproques peuvent par fois avoir un degré d'utilité relative.» E assim se reconhece no art. 27.º das disposições geraes.

Todavia, quando o legislador não pôde alcançar o optimo, attenuar então os vicios e os inconvenientes dos tratados, tornando-os desnecessarios pela justiça da lei commum ou mesmo da lei especial relativa aos estrangeiros, é dar um grande passo para a perfeição da lei commum, para a extincção dos privilegios e das excepções *ad hominem*, que ou são injustas em si mesmas ou sempre odiosas.

Foi assim que a instituição do jury nos habilitou para abolir as conservatorias estrangeiras pelo art. 17.º e 18.º do tratado celebrado com a Inglaterra em 3 de Julho de 1842, a que serviram de complemento de execução a Lei de 12 de Março e Decreto de 27 do mesmo mez de 1845.

O novo Cod. da Prussia é organizado de modo que previne a necessidade dos tratados: 1.º, já attendendo os direitos das outras nações no objecto que a todas interessa do *credito e auctoridade publica*, como se vê dos §§ 124.º e 151.º n.º 2.º, a exemplo, quanto ao *credito publico*, dos Cod. da Austria, da Sardenha e da Baviera; 2.º, já mandando punir pelos tribunaes prussianos factos incriminados pelo Cod. Pen. quando commettidos em paiz estrangeiro, e se ali não foram punidos ou perdoados, como notámos e se vê dos §§ 4.º e 24.º; 3.º, já tornando dependente a applicação da lei penal da *reciprocidade* garantida por lei ou por tratados, como se vê do § 78.º; 4.º, já impondo *preceptivamente* a substituição da vigilancia da policia pela expulsão dos estrangeiros, como se vê do § 29.º; 5.º, já enfim consagrando no tit. 3.º §§ 78.º, 79.º, 80.º e 81.º disposições repressivas de actos hostis contra os Estados alliados, como se acha em muitos outros Cod.

Por esta fórma se attenua o mal resultante dos tratados, diminuindo-se a necessidade da sua celebração em materia de direito criminal, que deve ser exclusivamente estabelecida

pelas leis particulares de cada povo, com inteira independencia sobre crimes commettidos nos respectivos territorios, ficando reservados os tratados para os negocios da paz ou da guerra, das alianças, do commercio ou da navegação, dispensando-nos de prodigalisar aos criminosos estrangeiros favores excepçoes que não concedemos aos nacionaes.

CAPÍTULO II.

DOS CRIMES QUE OFFENDEM OS INTERESSES DO ESTADO EM RELACÃO
AS NAÇÕES ESTRANGEIRAS.

ARTIGO 152.º

Aquelle que, exercendo funcções officiaes relativas a negocios com potencia estrangeira, abusar de seus poderes, offendendo ou dando causa a que seja offendida a dignidade, a fé ou os interesses da nação portugueza, será condemnado a prisão temporaria.

Art. 29.º n.º 3.º; 34.º e ref.; Carta Const., art. 9.º § 2.º

A fonte remota d'esta incriminação é o Cod. do Brazil, no art. 77.º, que estabelece a pena de dois a doze annos de prisão, mas é restricto ao compromettimento em qualquer tratado ou convenção.

A fonte proxima é o Cod. Hesp., que, no art. 150.º, se exprime nos termos seguintes:

«El que en desempeño de un cargo publico compromete la dignidad, la fé ó los intereses de la nacion española, será castigado con las penas de prision mayor é inhabilitacion perpetua para el cargo que ejerciere.»

O commentador *Pacheco* condemna esta incriminação, pelo seu caracter vago e generico. Não ha cousa mais facil em theoria do que dizer e reconhecer que é digno de castigo aquelle que abusando de suas funcções officiaes compromette a dignidade, a fé ou os interesses do seu paiz.

Mas descendendo d'essa abstracção ás hypotheses, se somos interrogados em que consistem esses compromettimentos; se examinamos, se em todos os casos que podem apresentar-se será igualmente justa a pena, conhecem-se logo as difficuldades; e por um lado, para pequenos casos e de leves consequencias,

a penalidade de prisão maior temporaria será gravissima no seu grau minimo; e por outro lado, tão revoltante e perigoso pôde ser o compromettimento que esta penalidade em toda a sua latitude até ao seu maximo não seja ainda bastante para proporcionar a repressão ao delicto.

A falta de clareza e precisão nas leis é sempre um mal, mas este mal se agrava nas leis penaes, aonde tudo deve ser especificamente determinado. Ficando as incriminações no vago ou reduzidas a theoremas como esta, apparece uma serie interminavel de argumentos, de induções e de arbitrios para achar os factos materiaes puniveis, cujos elementos constitutivos a lei não especificou, limitando-se a indica-los pelo seu effeito — *compromettimento* —.

Isto é peor que a analogia, reprovada pelo art. 18.º das disposições geraes, porque ao menos essa procederia de um facto caracterizado pela lei para outro similhante; mas aqui nem esta base existe, ficando entregue a declaração e qualificação dos factos ao arbitrio, imaginação ou intelligencia dos juizes.

Era difficil, nós o reconhecemos, designar especialmente os factos que poderiam qualificar-se como de offensivos da dignidade, fé ou interesses do Estado; mas era melhor designar esses casos mais ou menos incompletamente que deixa-los no vago d'este art., que mais parece conter a epigrapha do capitulo que um facto incriminado.

Estas e outras incriminações assim genericas, e que repugnam com a natureza da materia que faz o objecto d'este livro do Cod. Pen., são como suppletorias da omissão do legislador, para não deixar impunes factos, que ao sentido moral e commun se considerem puniveis, desearregando sobre os tribunaes o trabalho e a responsabilidade de os reconhecer.

Mas attentas estas ponderações, o legislador pelo menos devia ser mais cauteloso, para que os juizes, em caso de excessos, de vingança ou de erro, commettessem o menor mal possivel; e consequentemente cumpria que a pena fosse moderada. E tanto mais, considerada a qualidade das pessoas dos delinquentes, para os quaes uma pena leve, com effeitos de demissão ou a suspensão de emprego, é sufficientemente afflicta e pro-

ventiva, e a maneira de o não ser as mais das vezes é sustentar-se uma pena gravíssima, qual a de prisão maior temporaria, porque na duvida os juizes tremerão de pronunciar como criminoso um facto qualquer que a lei não deu a conhecer senão *a posteriori* e pelas suas consequências.

Como pois de um mal o menor, considerámos preferivel a penalidade correccional de seis mezes a tres annos de prisão, modificada assim a imposta no cit. art. 77.º do Cod. do Brazil, em lugar de prisão maior temporaria, imposta n'este nosso art., que pôde ir de tres a quinze annos, segundo o que dispõe o art. 34.º

O auctor do Cod. de 1837 procurou fugir d'estes inconvenientes. Esforçou-se em distinguir, em diversas incriminações, os factos d'esta natureza que se acham ali disseminados, pelos arts. 114.º, 115.º, 116.º e 117.º e seus §§.

Alem d'isso, no art. 115.º, cuidadosamente tratou de distinguir, para escolher a pena, o caso de haverem os factos offensivos dos interesses ou dignidade nacional produzido ou não o seu effeito; distincção que todavia se pôde aqui dispensar, porque correspondendo ao crime uma das penas maiores, se torna punivel mesmo a simples tentativa, se o mesmo crime não teve logar por causas independentes da vontade do criminoso, art. 7.º e 8.º; e se conhecido o fim que este tinha em vista, a execução teve completamente logar, mas ficaram frustrados os meios empregados, tem logar a redução da pena conforme ao art. 89.º § un., por modo que esta, ainda que nenhum compromettimento resultasse, seria a de tres annos de prisão, que é o maximo que propomos para delictos consummados d'esta natureza.

Comtudo alguém poderá haver, que tomando esta incriminação ao pé da letra, descubra n'ella tres elementos essencialmente constitutivos de crime propriamente dito:

1.º Ter o auctor do maleficio caracter official e poderes para tratar negocios com uma potencia estrangeira.

2.º Ter no exercicio d'esses poderes abusado sciente e intencionalmente, praticando factos tendentes a produzir directa ou indirectamente offensa da dignidade, fé ou interesses da nação portugueza.

3.º Terem resultado effectivamente offensas d'essa dignidade, fé ou interesses.

E parece-nos que será bem fundada esta interpretação, porque se o legislador quizesse aqui abstrahir dos effeitos do abuso, diria=*offendendo ou tentando offender*,= como disse no art. 143.º; ou em logar das palavras=*dando causa a que seja offendida*=, empregaria as palavras=*dando causa a que possa ser offendida*=; e teria distinguido os casos de se seguiem ou não os effeitos do crime, como distinguiu no art. 142.º, 143.º § un., 145.º, 148.º e outros. Todavia subsistem sempre as regras geraes sobre tentativa e crime frustrado, que poderão ser invocadas e applicadas.

Por ultimo notaremos, que a providencia com que o legislador preveniu, no art. 148.º, uma omissão do Cod. Nesp., falhou aqui completamente, pois tambem aqui cumpria ressaltar os casos em que pela perversidade da intenção, qualidade da acção e gravidade de suas consequências, o maximo da prisão maior temporaria não fosse correspondente ao crime, mas sim uma pena mais grave prevista na lei. Mas esta lei seria então especialissima, e como tal, quando existir, prefere a disposição d'este art.

O Cod. da Baviera foi providentissimo a estes respeito, qualificando os factos com bastante clareza e precisão no art. 305.º n.º 1.º, seus auctores como réus de traição de estado em terceiro grau, e punindo com a detenção de oito a dezesseis annos aquelle que, sem ter em vista uma traição de primeira ou de segunda classe, conduzir um negocio de estado que lhe fosse confiado, seja no intuito de favorecer uma potencia estrangeira, seja para d'ahi tirar alguma vantagem pessoal; e conforme ao art. 306.º, com a detenção de dois a oito annos aquelle que na pendencia de uma reclamação contra o Estado, o Soberano ou subditos seus compatriotas, tiver dado causa directa á intervenção ou interferencia de uma potencia estrangeira na questão, violar voluntaria e scientemente os tratados, offender os chefes dos estados estrangeiros e seus embaixadores ou representantes com caracter publico.

O moderno Cod. da Prussia limita-se a incriminar o facto de conduzir em detrimento do Estado uma negociação, e commina a pena de cinco a vinte annos de prisão.

ARTIGO 153.º

Todo o portuguez que revelar a qualquer potencia estrangeira amiga ou neutra o segredo de qualquer negociação ou expedição; ou lhe entregar os planos de quaesquer meios de defeza do Estado, sendo em razão das suas funções, instruído officialmente d'esse segredo ou encarregado do deposito d'esses planos, ou tendo-os havido empregando meios illicitos, será condemnado a prisão maior temporaria e multa, conforme a sua renda, de um a tres annos.

Art. 20.º n.º 3.º; 34.º e ref.; 39.º n.º 4.º, 41.º e ref.

Para que o facto da revelação ou da comunicação possa reputar-se criminoso, quando feita a uma nação inimiga ou neutra, não basta que o auctor do delicto seja um portuguez, como pareciam indicar as palavras do art. — *tudo o portuguez* —, mas é além d'isso necessario que seja: 1.º, sabedor do segredo em razão do seu officio; ou 2.º, depositario dos planos de meios de defeza do Estado; ou 3.º, que se tenha tornado senhor d'esses planos por meios illicitos.

Logo, se a pessoa do delinquente se não achar em alguma d'estas circumstancias, a revelação ou a comunicação não é crime.

Isto não nos parece justo. A criminalidade existe, ainda que em menor grau, a respeito de todo e qualquer portuguez e com abstracção das mais circumstancias aqui contempladas.

O Cod. da Baviera nem sequer distingue para uma incriminação analogo o caracter official do delinquente, como se vê da art. 305.º n.º 2.º, punindo com oito a dezeseis annos de detenção aquelle que:

«...étant fonctionnaire ou même simple sujet de l'État, communiquer ou livre des dépêches, actes ou secrets; ayant trait à la constitution, aux droits ou aux fonctions de l'État.»

A fonte d'esta nossa incriminação parece haver sido o n.º 3.º do art. 142.º e o art. 144.º do Cod. Nesp., com a differença: 1.º, que são especiaes estes art. para as communicações ou revelações feitas ao inimigo e não a uma nação estrangeira amiga ou neutra; 2.º, que este segundo art. comprehende e discrimina, para distinguir a pena, o caso de as noticias ou segredos serem havidos por meios licitos emão officiaes.

Concordam na incriminação d'este nosso art. em parte o Cod. Fr. art. 81.º e 82.º, o Cod. das Duas Sicílias, art. 111.º, 112.º e 113.º, e o Cod. da Sardenha, art. 175.º, 176.º e 177.º

O Cod. do Brazil incriminou sómente, no art. 72.º, as revelações ou communicações feitas ao inimigo.

Todos aquelles Cod. porém sustentam para o caso a incriminação, ainda que não haja abuso de confiança nem aquisição por meios illicitos, ficando assim commum a todos os reveladores.

Outrosim todos estes Cod. se abstêm da imposição de multa. Sómente o Fr. impunha a pena de confisco, que hoje ali se acha abolida¹.

A multa é aqui incompetente, porque não tem analogia alguma com o crime, a menos que se não provasse que o criminoso havia sido corrompido por dinheiro, além de ser um confisco disfarçado e parcial se a fortuna do criminoso for absorvida ou mesmo não chegar para o pagamento.

Quanto á prisão maior temporaria, entendemos que podem trazer tão graves consequências os factos aqui mencionados, que é tão aggravante o abuso da confiança ou seja da parte do funcionario como depositario, assim como o é o da aquisição por meios torpes, que não hesitamos em admitir essa penalidade, se bem que a quizeramos diminuída na duração e augmentada na intensidade, com caracter penitenciario².

¹ Mello Freire, no seu Ens. do Cod. Cr., tit. 13.º § 7.º, formulou a incriminação nos seguintes termos:

«É traidor, propriamente falando, o que confia e descobre os segredos importantes da republica ou do seu príncipe ao seu inimigo.»

E no § 9.º declarava que não fosse reputado tal «...o que revelar os segredos publicos que lhe foram confiados ao amigo ou vassallo da corôa.»

² Em factos de revelação que offendam os interesses da independencia ou da

O Cod. de 1837, art. 111.^o, punia este crime com a pena de trabalhos publicos temporarios, se por taes revelações a segurança do Estado não correu algum perigo; e se correu, ainda que se não effectuasse, com a pena de morte. Estava muito longe, n'esta parte, dos principios da justiça e da verdade moral.

O moderno Cod. da Prussia, no § 71.^o, reduz a sua incriminação aos seguintes termos:

«Será punido com trabalhos forçados de cinco a vinte annos quem de proposito, sabendo que o bem do Estado em frente de um governo estrangeiro exige a occultação de certas cousas, as communicar ao mesmo governo, como são planos de fortalezas, documentos, autos publicos ou noticias.»

Não exige portanto nem a existencia do abuso de funcções nem aquisição d'esses esclarecimentos por meios illicitos.

integridade da nação, impõe o Cod. do Brazil, no art. 165.^o, o dobro das penas impostas á revelação, quando feita por um funcionario publico, entre as quaes se comprehende a multa. Veja-se Comm. ao art. 290.^o

O Cod. Hesp. tambem, no art. 274.^o, previne a mesma hypothese de resultar grave damno para a causa publica, impondo n'esses casos a pena de inhabilitação perpetua, prisão maior e multa.

Casos pôde haver tão graves em que o nosso maximo seja imposto, e equivaia assim á vida do condemnado, se maior de quarenta ou de cincoenta annos, e a aggravação da multa por um a tres annos, ou conduz ao confusao ou a um acrescimo de pena corporal em falta de pagamento.

A temporalidade portanto da pena assim composta ou se converte em perpetua ou se approxima d'ella, em muitos casos. Não tem pois os caracteres de mais moderada, como era bastante nas hypotheses do art.

ARTIGO 154.^o

Todo o portuguez que, violando os Regulamentos policiaes, se passar para paiz estrangeiro neutro ou amigo, será condemnado em multa, conforme a sua renda, de um mez a um anno.

§ unico. Se for em tempo de guerra, a pena será a prisão correccional.

Art. 30.^o n.^o 1.^o e 4.^o, art. 38.^o e ref.

Em these geral deve ser, como notámos ao art. 143.^o, livre a cada um ausentar-se do reino como e para onde lhe convenha, devendo contudo satisfazer aos regulamentos de policia.

Se se ausentar sem satisfazer a esta condição, mas não praticar em paiz estrangeiro facto algum por onde perca os direitos de cidadão, conforme á lei fundamental do Estado ou ás leis vigentes, sómente deve ser condemnado em multa no seu regresso ao reino, não como réu de crime ou delicto, mas de contravenção, e a multa, que não deve ser excessiva, não é então um castigo penitenciario ou de expiação propriamente dita, mas uma formula de admoestação ou de reprovação que a lei auctorisa, pela desobediencia aos regulamentos de policia.

A multa portanto comminada no presente art. não merece a nossa censura, excepto quanto ao excesso e arbitrio que estabelece, podendo ir até um anno.

Não nos acontece o mesmo quanto á disposição do § un., com a qual não podemos conformar-nos¹.

As razões que ponderámos ao cit. art. 146.^o e § un. procedem aqui com mais força.

Se a ausencia se verifica não só por um modo inoffensivo,

¹ Concorde o sr. Levy nas palavras: «Não ha para nós razão que justifique o augmento da pena na hypothese do § un.» com quanto não desenvolva esta sua proposição.

mas o cidadão procura, não um paiz nosso inimigo, mas outro amigo ou neutro, a circumstancia de ser em *tempo de guerra* não tem em si uma gravidade tal que não só transforme a simples contravenção em delicto, mas lhe faça corresponder a prisão correccional que pôde ir até tres annos, como na hypothese do § un., do dito art. embora sem a aggravação da multa que ali se commetta.

Pelo menos era aqui adaptavel a restricção que se encontra no Cod. Hesp., art. 133.^o, para que similhante incriminação só tivesse logar quando por excepção ou motivos de alta politica o governo prohibisse a saída do reino:

«... quando lo huviere prohibido el gobierno.»

Este facto que pôde ter, e tem de ordinario como causa moral determinante o sentimento e a vontade de buscar meios de sustento ou de trabalho em paiz estranho durante uma guerra; de evitar o perigo de crimes ou de reincidencias, consequencia tão frequente da pobreza e indigencia; de conquistar, por actos de valor ou de coragem, a gloria e um nome que honre o seu paiz; de dar em resultado a pericia militar, que só bem se aprende no meio dos combates e lidas militares, não têm em si caracteres moraes nem politicos que o façam revestir especialmente dos da criminalidade legal.

Uma similhante incriminação prende alem d'isso com relações internacionaes, em que é preciso attender à reciprocidade ou não reciprocidade de disposições analogas ou diversas, sem o que os nossos procedimentos preventivos ou repressivos, em tempo de guerra ou acabada a guerra, podem dar logar ou a represalias ou a serias reclamações por parte de nações amigas ou neutras que n'essas relações se não regulam pelo direito privado de cada uma d'ellas, mas pelos principios mais geralmente recebidos como de direito internacional, sujeito a contestações entre os governos, por não haver fóra de tratados positivos código ou carta alguma d'esse direito como positivo.

* Não é esta uma apprehensão cuja possibilidade factos positivos não demostrem. Ha pouco (Setembro de 1856) referiram as gazetas inglezas que vinte e sete soldados e sargentos da legião estrangeira, recentemente licenciados em Malta, foram presos na Toscana e em Parma, sendo os naturaes da Lombar-

A disposição portanto não é adequada a favor amigos, e pode pelo contrario ser causa de compromettimentos nacionaes, porque é dizermos ás nações que as saídas de portuguezes em tempo de guerra, com violação das medidas prohibidas, não de ser mais difficil, pois que têm de ser mais severamente reprimidas que em tempo de paz.

A nação que se quizer utilisar dos nossos homens ou se tiver utilidade pretenderá que o nosso governo insinue a relaxação dos regulamentos de policia durante a guerra, e que o ministerio publico não proceda contra os infractores depois d'ella.

A nação a quem não convenham esses auxilios instará pelo contrario, para que a nossa policia seja activa e zelosa em tempo de guerra, e a nossa justiça inexoravel depois d'ella.

O governo pôde ver-se por este modo muito embaraçado para conservar a sua neutralidade, e de facto em facto, de omissão em omissão, achar-se envolvido na guerra, provocando as represalias.

A neutralidade rigorosamente observada é a que convem a nações de segunda ordem, a Portugal especialmente pela sua posição geographica, pela precisão de recursos financeiros para desenvolver os melhoramentos moraes e matieraes de que carece; e por isso, em lugar da incriminação do § un. para aggravação, seria, a nosso ver, preferivel consignar-se um principio contrario, qual o de uma liberdade quasi absoluta em tempo de guerra.

Essa liberdade não seria então um favor nem auxilio indirecto a nenhuma das nações, mas uma consequencia derivada de uma lei preexistente, imparcial e politica, meditada *a priori* para todas as eventualidades, de modo mesmo, quanto aos malheitores, considera-se para attenuação da pena o tempo da ausencia, a natureza do molesto, a expatriação e soffrimentos corporaes a que se expuserem como expugnação voluntaria ou parte d'ella.

dia mandados para Mantua pelo orgão de haverem entrado em serviço estrangeiro sem autorização do governo. Mas este acontecimento tem muito logar a reclamações por parte do governo inglez.

Portanto proporíamos uma substituição nos termos seguintes:

«Os malfieiros porém que se evadirem clandestinamente «ou violação dos regulamentos de policia para nação neutra «ou inimiga, em tempo de guerra, serão processados e con- «demnados, aggravada a pena correspondente aos malfieiros «por que se acharem ou forem pronunciados.»

«Cessa esta disposição se aos ditos malfieiros correspon- «der pena inferior á de prisão correccional até ao seu maxi- «mo e os malfieiros estiverem ausentes por mais de cinco «anos, ou se essa ausencia exceder um terço mais que o ma- «ximo da mesma pena especialmente prescripto na lei, ou se «no serviço militar de qualquer nação belligerante justifica- «rem haver entrado em combates.»

«Se aos malfieiros corresponder pena maior que a corre- «cional, as mutilações e ferimentos recebidos na guerra terão «o valor de uma ou mais circumstancias attenuantes para ser «modificada, segundo as regras geraes.»

Assim conservariamos uma perfeita neutralidade, deixando aos subditos portuguezes a inteira liberdade de escolha entre uma e outra das nações belligerantes, sem fazer *innocação alguma* em favor de qualquer d'ellas.

Certo é, como diz Vattel¹, que seria absurdo pretender soc- correr por qualquer modo indirecto duas nações inimigas pela impossibilidade de o fazer com *igualdade*. Mas não estamos n'esse caso, porque os actos individuaes, consequencia da fa- culdade concedida aos cidadãos antes de qualquer guerra e com abstracção de qualquer paiz, não offende depois nenhum d'elles, por não ter a intencionalidade de soccorro por parte do governo.

«Les nations neutres doivent s'abstenir d'introduire pen- «dant la guerre, dans leurs rapports avec l'une des nations «belligerantes, des innovations qui favorables à celle-là, tour- «neraient au détriment de l'autre.»

Todo o portuguez que se naturalisar em paiz es- trangeiro ou que aceitar condecoração ou emprego de uma potencia estrangeira, sem auctorisação do Governo, será condemnado na pena da perda dos direitos poli- ticos.

§ 1.º Se aceitar serviço, sem auctorisação do Go- verno, em navio estrangeiro de guerra ou mercante, se- rá, alem da referida pena, condemnado em prisão cor- reccional.

§ 2.º Se estiver fóra do territorio portuguez e tomar serviço em algum navio mercante estrangeiro, dando parte ao respectivo agente consular portuguez, cessará a disposição do § antecedente se não continuar a servir sem licença do Governo, depois que lhe tiver sido pos- sível obtela.

Salvo o respeito á lei não considerámos sustentavel a dis- posição d'este art. Quem se naturalisa em paiz estrangeiro su- jeita-se voluntariamente á perda dos direitos de cidadão por- tuguez, como é expresso na lei fundamental do Estado, e por esse facto ficou sendo um estrangeiro. Não carece de processo nem de sentença. A perda dos direitos politicos como pena é menos que a perda dos de cidadão, ou antes é effeito de um acto voluntario e não de uma sentença condemnatoria.

Carta Const., art. 8.º: «Perde os direitos de cidadão por- tuguez:

«§ 1.º O que se naturalisar em paiz estrangeiro.»

¹ Por direito francez nunca a naturalisação sem auctorisação, e mes- mo quando auctorizada, equipara em tudo e por tudo um francez a um estran- geiro, porque se tomar as armas contra a Franca é punido com as mesmas penas que um francez qualquer, conforme ao Cod. Pen., Decreto de 6 de

¹ Dr. des Gens. liv. 3.º cap. 7.º § 104.º

² O nosso Silvestre Pinheiro, not. 85 sobre = *De Martens* =, que cita Octolus, Règles intern., liv. 3.º cap. 4.º tomo 2.º p. 64.

O mesmo dizemos pelo que respeita ao cidadão que aceita condecoração ou emprego de uma nação estrangeira sem auctorisação do governo.

Carta Const., cit. art. 8.º:

«§ 2.º O que, sem licença do Rei, aceitar emprego, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro.»

No primeiro caso temos uma renúncia clara, manifesta. Assim como deixa de ser christão o que abandona a lei de Christo para abraçar a de Maomé, assim também deixa de ser portuguez o que abandona a sua patria para se prender a vinculos sociaes que lhe eram estranhos¹.

No segundo caso temos uma renúncia virtual, presumida, com os mesmos effeitos. Todos os portuguezes sabem que perdem os direitos de cidadão, quando sem auctorisação do governo aceitem emprego, pensão ou condecoração de um governo estrangeiro².

Portanto, nas hypotheses do art., podia uma declaração da perda dos direitos de cidadão encontrar-se em um Cod. Civil, ou em uma lei regulamentar dos art. 8.º e 9.º da Carta, ou mesmo para o effeito de fixar o direito do voto em eleições publicas, como assim se tem praticado em todas as leis d'ellas e ainda ultimamente no Decreto de 30 de Setembro de 1852, mas nunca em um Cod. Pen.

Abril de 1809 e de 13 de Agosto de 1811. Entre nós, desde que a Carta Const., no art. 8.º, excluiu do numero dos cidadãos portuguezes os naturalisados em paiz estrangeiro, sem distinguir se, com auctorisação ou sem ella, não podem deixar de ser para todos os effeitos considerados como estrangeiros.

Uma patria adoptiva substitue ou deve substituir inteiramente a patria de nascimento, e seria incoherente e repugnante que os naturalisados perdessem os direitos civis e ao mesmo tempo ficassem sujeitos a alguma ou algumas das obrigações correlativas.

¹ A prova porém da naturalisação em paiz estrangeiro deve ser autentica e solemne, nos termos que vigorarem n'esse mesmo paiz, segundo a regra *locus regit actum*, e sempre de modo que os tribunaes examinem sómente a fórma probante sem se intrometterem a julgar da validade do acto ou actos em si mesmos constitutivos da naturalisação. Gaud., Cod. des étrangers, n.º 254.*

² Esta incriminação, alem de não ter verdade moral nem social, é diminuta por omitir o caso da aceitação de pensão. A Carta contemplou este facto como igual na significação civil ou politica, e considerada em si mesma a grãa paramente honorifica pôde ser de muito menor importância que outra puramente lucrativa; o porte de uma fila, que o gozo de meios que segurem, completem ou auxiliem a subsistencia.

Os factos incriminados não são delictos moraes, factos illicitos em si mesmos, são factos voluntarios que importam, segundo a lei constitutiva da nação, renúncia dos direitos de cidadão.

Assim se encontra a competente declaração no Cod. de Napoleão, art. 17.º:

«La qualité de français se perdra: 1.º, par la naturalisation acquise en pays étranger; 2.º, par l'acceptation, «non autorisée par le roi, de fonctions publiques conférées «par un gouvernement étranger; 3.º, par tout établissement «fait en pays étranger, sans espoir de retour.»

O Decreto de 26 de Agosto de 1811, tão rigoroso contra os francezes naturalisados em paiz estrangeiro, exigindo auctorisação previa, declara no tit. 2.º n.º 11.º que, se os naturalisados sem ella são achados depois sobre o territorio francez, devem ser apprehendidos e reconduzidos para fóra das fronteiras, e que só em caso de reincidencia possam ser mettidos em processo e condemnados em prisão que nem possa ser por menos de um anno nem por mais de dez.

Portanto n'esse paiz o facto dos naturalisados não dá lugar a processo nem a condemnação alguma, ainda que voltem ao reino, nem mesmo o facto da volta, mas só o da desobediencia reiterada a lei que lhes veda a entrada no territorio francez.

Um governo estrangeiro pôde ganhar affeições tanto prodigalizando distincções, como espargindo o ouro a mãos largas. A efficacia dos meios depende das paixões diversas de cada um.

E mesmo que a perda dos direitos politicos podesse aqui ser considerada como pena, que não é nem pôde ser, porque um effeito não pôde nascer de uma sentença de condemnação, quando esse effeito já é facto material, politico e juridico consummado, proveniente do da naturalisação, a penalidade seria inconstitucional por diminuta, por isso que, nos termos da Carta, os assim naturalisados perdem não só os direitos politicos, mas todos os civis ou civis propriamente ditos, isto é, que não são do direito das gentes, e que sem terem o caracter de politicos não podem competir senão dadas certas condições, uma das quaes seja a de portuguez.

Todavia n'esta parte e com quanto o Cod. em parte alguma distinga os direitos civis n'estas duas espécies, tendo vagamente fallado d'elles no art. 53.º § 2.º, os direitos civis propriamente ditos podem dizer-se uma consequencia da perda dos politicos, nos termos do art. 57.º, ficando porém sempre n'isso mesmo subsistente um transtorno de idéas contra a disposição da Carta, por isso que se converte em effeito a causa e esta em effeito, sem verdade alguma nem moral nem constitucional.

sem auctorisação do governo, e isto por uma especie de banimento *ipso jure* fulminado contra os que assim renegam da patria.

Nas mesmas circumstancias que o naturalisado fica o que significa por um modo claro e terminante a sua contida de mais não ser cidadão portuguez, pelo facto de aceitar *emprego* sem auctorisação, ou *funções publicas*, segundo a expressão do Cod. Fr., isto é, *=serviço militar=* ou funções *=políticas, administrativas ou judicarias=*, como bem distinguem outro Decreto de Napoleão com data de 6 de Abril de 1809, tit. 3.º §§ 1.º e 2.º

Mas, com quanto a Carta considere na mesma linha de conta a aceitação de *pensão*, que o Cod. aqui omite, e a de *condecoração*, que o Cod. aqui comprehende, entendemos que é de justiça declarar-se por lei não se deverem entender estes dois factos, como significativos de renuncia de direitos de cidadão portuguez, senão quando o assim agraciado se ache residindo no *paiz estrangeiro respectivo*.

A razão é porque a presumpção constitucional d'esse abandono é combatida por outra resultante do facto da conservação do agraciado fóra d'esse paiz, permanecendo no reino ou fóra d'elle, mas em paiz diverso.

Sómente pois deveria ter lugar contemplar-se no Cod. Pen., como facto *punitivo* correccionalmente, o da aceitação de *condecoração* ou de *pensão* de governo estrangeiro, sem auctorisação do governo portuguez, *estando o agraciado no reino*.

Mas para este caso considerámos incompetente a perda de direitos politicos, porque: 1.º, é perpetua, e nós condemnámos toda a perpetuidade nas penas; 2.º, porque é pena principal, quando só pôde seguir-se como effeito de outra pena, nos termos da Carta; qual é a da perda dos direitos de cidadão portuguez.

No caso da *pensão* a pena analogia seria a de prisão de um a tres mezes, e em lugar de multa o perdimento de toda e qualquer quantia que se recolhesse ou vencesse; o no caso de *condecoração* a prisão de seis mezes a um anno, com suspensão de direitos politicos pelo mesmo tempo, mas sem os effeitos marcados no art. 57.º, meramente juridicos, segundo o Cod.

No mesmo caso das *pensões* cumpriria ainda fazer uma

excepção a favor das mulheres¹, dos sexagenarios, dos homens do campo ou illiteratos ou dos marinheiros, soldados ou *mesmo* paizanos, que merecessem uma graca pecuniaria dos governos estrangeiros, em reconhecimento de actos de humanidade ou de coragem civil, prestados em favor de pessoas ou de propriedade estrangeira.

Cessam então as rasões do legislador. O mesmo dizemos das *condecorações* concedidas por causa de merito artistico. Nestes e outros casos semelhantes a aceitação sem a auctorisação do governo não pôde acarretar inconvenientes perigosos. A boa ordem disciplinar sómente pôde então permitir a pena de prisão ou de multa de tres a trinta dias, como simples contravenção que é, e nada mais, restricta porém a confirmação para uso e não amplada a auctorisação para aceitação: nos termos do §.

Por ultimo devemos notar que o Cod., estabelecendo aqui como pena principal uma perpetua, qual é a da perda dos di-

¹ Mesmo quanto á naturalisação e seus effeitos ha em França um aviso do conselho d'Estado, com data de 12 de Maio de 1812, approved em 22, declarando que o Decreto de 26 de Agosto de 1811 sobre tal objecto não é applicavel ás mulheres. Iste procede com mais razão a respeito d'este nosso art.

E em verdade que significa aqui, quanto ás mulheres, a possibilidade da perda dos direitos politicos, se ellas quasi que os não gozam?

O exercicio de funções ecclesiasticas em paiz estrangeiro, sem auctorisação do governo, não se considera comprehendido em França, assim como as de medico, advogado e outras que não sejam conferidas pelo governo estrangeiro. Mas o Cod., apropriando a palavra *=emprego=* aos ecclesiasticos, no art. 19.º n.º 9.º, e usando aqui da de *=emprego=* sem referencia á auctorisação do governo estrangeiro, mas só com relação *=a potencia estrangeira=*, mal comporta estas modificações da jurisprudencia franceza, e portanto offerece uma lacuna que pôde dar lugar a uma interpretação absoluta, como é a resultante da letra do art.

Todavia, como o exercicio das funções religiosas fóra do paiz não depende das leis civis, mas se deriva do proprio poder dos ministros da igreja, que sómente quanto ao mesmo exercicio podem ficar sujeitos ás providencias meramente policieas ou de ordem publica dos respectivos governos, em cujas territorios o praticarem e dos quaes ainda recebem como delegação temporal, não deve esse facto considerar-se prohibido nos termos d'este art.

De outra fóra porém se deve considerar o caso de aceitação de um beneficio curado, que consista em *emprego* no paiz estrangeiro, ou mesmo a collação de bispado *in partibus*, que habilita um ecclesiastico com o caracter episcopal sem exame previo das respectivas bulhas de consagração com violação das prerogativas da corôa, e nestá conformidade existirá na mesma França os Decretos de 7 de Janeiro de 1808 e de 6 de Abril de 1809.

reitos políticos, constitue por um lado o que destrõe por outro, poisque admite n'esta hypothese a rehabilitação passados quinze e mais tres annos de interdicção, nos termos do art. 129.º §§ 2.º e 3.º

Assim a penalidade, tendo effeitos menores que a perda dos direitos de cidadão, não *comminada* mas *declarada* no art. 9.º da Carta, vem a destruir a disposição da mesma Carta, e não menos a do Decreto com força de lei de 22 de Outubro de 1836, estabelecendo, não só que os portuguezes que se tiverem tornado brasileiros recuperem a qualidade de cidadãos portuguezes, logo que regressando a estes reinos declararem o seu desejo perante qualquer camara municipal, mas em geral que todos os portuguezes que se tiverem tornado cidadãos de outro qualquer paiz recuperem a mesma qualidade pelo dito seu regresso para no reino fixar o seu domicílio.

Alem d'isso, um dos graves inconvenientes que resultam da adopção da perda dos direitos políticos como elemento de penalidade é conservar á mulher casada com um portuguez, que se naturalisar em paiz estrangeiro, os direitos civis *especieis* que seu marido perdêra, nos termos do art. 57.º, porque nenhuma pena passa da pessoa do delinquente, segundo a Carta e o Cod., e nem o estado civil pôde ser perdido por facto alheio.

Se o facto não fosse, como foi incompetentemente considerado como sujeito a uma pena, a questão seria regida por outros principios, qual o de que a mulher segue a condição de seu marido, embora acompanhando-o não faça mais que cumprir um dever moral, politico e religioso, ficando-lhe salvo, no caso de viuvez, reclamar a reintegração, nos termos do cit. Decr. de 1836.

Quanto ao que se dispõe no § 1.º do presente art. se offerecem desde logo as seguintes observações: 1.ª, de que mereça uma contemplação especial o serviço militar em navio de guerra de uma nação estrangeira, e a não merecesse o serviço militar no exercito de terra, que se acha envolvido e confundido no art., com todo e qualquer outro serviço; 2.ª, que esta contemplação especial suba a ponto de se considerar a incriminação de tal gravidade, que á pena da perda dos direitos po-

liticos se accumulasse a de prisão correccional; 3.ª, que a mesma incriminação se assimilasse e applicasse, em tudo e por tudo ao serviço *não militar em navio mercante*; 4.ª, que não distinguisse entre aquelles que tomam serviço de marinhagem como simples marinheiros ou operarios, e aquelles que o tomam como commandantes, capitães ou officiaes.

Sómente circumstancias accidentaes e transitorias poderiam motivar esta distincção, entre duas especies de serviço militar; mas então devia este objecto ser regulado por uma lei especial e transitoria, e não incluir-se em o Cod. Pen. que é uma lei com character permanente.

Essas circumstancias accidentaes motivariam, pelo contrario, o dispensar-se em tempos de paz e mesmo de guerra, não se tratando de paiz inimigo, qualquer auctorisação, para se não pôrem estorvos á aprendizagem e pratica da marinhagem, que mal podemos fazer a bordo de nossos navios pelo estado decadente da nossa marinha, e mesmo que florecente fosse nos seria sempre util por todos os meios e modos o serviço a bordo de navios estrangeiros, principalmente dos de guerra, pertencentes a nações maritimas como nós fomos, e como precisamos de tornar a ser um dia.

Se o Cod. applicasse a disposição do art. antecedente na hypothese d'este §, isto é, que a incriminação consistisse sómente na violação dos regulamentos policiaes, quando se tratasse de passar ao serviço de navios mercantes, ou mesmo de guerra, mas sómente para tripulação ou trabalho de manobra e limpeza, não seria fóra de proposito; porque passar então a bordo de um navio estrangeiro é o mesmo que transportar-se a territorio estrangeiro a exercer um ramo de industria: mas n'esse caso a perda dos direitos politicos e com ella a dos civis especiaes ou propriamente ditos seria exorbitante e mal cabida.

Não vemos portanto verdade moral n'esta incriminação, nem conveniencia, nem competencia do Cod. Pen. para a comprehensão do facto como delicto punivel.

Debalde procurámos um modelo ou fonte d'ella em todos os Cod. que fazem objecto da nossa confrontação.

Depois, quando e como se ha de impor esta penalidade?

Uma vez que compareçam (os delinquentes) em territorio portuguez, ou se possa obter a entrega d'elles, por argumento do que determina o § 3.º do art. 27.º?

Sobretudo porém deplorámos que não fosse aqui, ou em qualquer outro lugar d'este cap., incriminado o facto d'aquelle que, sem auctorisação do governo, solicitasse e obtivesse de um governo estrangeiro carta de corso. Este § trata sómente do serviço em navio de guerra de um estado estrangeiro ou mercante. O navio armado em corso é particular do corsario, de quem lh'o confia ou de seus socios, e cessa de ser mercante por não ser mercantil o seu objecto, mas o de cooperar na guerra, embora seja quasi sempre incentivo do corsario uma especulação de interesse, e não a gloria resultante dos perigos e dos combates.

Uma similhante incriminação se achava na Lei fr. de 10 de Abril de 1825, art. 3.º § 1.º, como notaremos ao art. 161.º d'este mesmo cap.; e o que mais faz sobresair a omissão, é o exemplo dado pelo Cod. do Brazil no art. 82.º § 1.º, considerando como crime de pirataria o facto de aceitar «carta de corso de um governo estrangeiro sem competente auctorisação», e impondo a prisão com trabalho de dois a oito annos.

Quanto á penalidade estabelocida, se a perda dos direitos políticos reduz de facto e attenta a disposição do art. 37.º o delinquentes á condição de estrangeiro, a aggravação da prisão correccional, que se acrescenta, é indesculpavel, maxime quando não se trata de emprego, mas em geral de serviço ou trabalho. A aceitação de serviço não é crime, converte-se em crime pela falta de auctorisação; é n'esta pois que consiste a infracção, e temos assim uma simples contravenção, a que a perda dos direitos políticos, pena maior segundo o Cod., e aggravada com a correccional, se torna absurda e inadmissivel.

Uma penalidade tal considerada pelo lado da intimidacão sómente servirá de impellir o infractor a commetter um novo facto reprovado que é, mas não devia ser segundo o Cod., o da naturalisação, vindo assim a reduzir-se a penalidade aos termos simples do presente art.

Demais, a comminada aggravacão será muitas vezes irrisoria, porque se o culpado não tiver ou não exercer direitos alguns politicos, a perda d'esses direitos em conformidade com o art. 73.º tem de ser substituida pela mesma prisão correccional, que aqui se determina como pena accessoria.

Assim se mostra possivel a desigualdade penal, porque os delinquentes n'este caso ficam em melhor condição que os que têm direitos politicos. Satisfeita a pena correccional, como esta não tem por effeito a perda, mas só a suspensão dos direitos politicos, tanto pela disposição geral do art. 54.º como pela especial do presente §, os que não tiverem ou não exercçam esses direitos, voltam á sociedade sem dependencia de rehabilitação, art. 129.º, com a capacidade legal para exercer os direitos politicos, para que se habilitarem, em quanto que os outros nas mesmas circumstancias ficam inhabéis perpetuamente ou pelo menos interditos em quanto não passaram não menos de dezoito annos de interdicção, ou quinze e mais tres, conforme aos §§ 2.º e 3.º do art. 129.º

Toda a critica fica inferior a similhantes anomalias!

Quanto finalmente á disposição do § 2.º, a disposição é justa. Releva da pena n'esta hypothese. E em verdade seria um requinte de injustiça e de crueldade fazer a um portuguez, ausente em paiz estrangeiro, crime de procurar a bordo de navio de guerra ou mercante um trabalho, salario ou subsistencia, sem previa auctorisação do governo.

E se não houver agente consular no sitio em que tomar serviço? Se o cidadão portuguez for tomado em alto mar, passando-se de um navio em que fosse como passageiro? Se o capitão de um navio mercante portuguez quizer e poder dispensar alguns homens da sua tripulação para socorrer um navio estrangeiro mercante ou de guerra que d'elles careça? Se os portuguezes embarcados acharem, em caso de naufragio e abandono do navio, não só soccorro, mas até serviço? Como é que então se ha de supprir a falta de agente consular?

O que é impossivel a ninguém obriga. Os casos de força maior sempre se entendem resalvados nas leis. Assim o reconhece, nem podia deixar de reconhecer, o Cod. no n.º 2.º do art. 14.º

Effectivamente o art. não exige a previa auctorisação, e sómente a participação logo que possa fazer-se, assim como auctorisa o serviço sem licença até que seja *possível* obtê-la; *possibilidade* que deve ser tomada não em sentido absoluto, mas relativo e com toda a latitude, porque constitue um elemento condicional da penalidade, que, por não ser definido na lei, cumpre seja entendido no sentido mais favoravel, excluidos os mesmos actos de negligencia ou desmazelo em se dar a participação.

O Cod. poderia ter preenchido esta lacuna, determinando que a participação a que se refere se fizesse ao agente consular do primeiro ou segundo porto a que abordasse o navio.

ARTIGO 156.º

Qualquer pessoa, que sem auctorisação do Governo recrutar ou fizer recrutar, assalariar ou fizer assalariar gente para o serviço militar ou marítimo estrangeiro, ou procurar armas ou embarcações ou munições para o mesmo fim, será condemnado no maximo da prisão correccional, e no maximo da multa.

§ unico. Se o criminoso for estrangeiro, será expulso temporariamente.

Este art. parece ser tirado, quanto á redacção, do art. 22.º do Cod. Pen. Fr.:

« Seront punis de mort ceux qui auront levé ou fait lever des troupes armées, engagé ou enrôlé, fait engager ou enrôler des soldats, ou leur auront fourni ou procuré des armes ou munitions, sans ordre ou autorisation du gouvernement. »

Pela collocação que ali tem este art. é fóra de duvida que sómente é applicavel ao caso em que se provar, que os recrutamentos tinham por fim perturbar a segurança interna do paiz. O tribunal de cassação de Paris, por accordão de 13 de Fevereiro de 1823, decidiu que esta prova era inutil, e que no silencio da lei se devia considerar sómente o facto material, com abstracção do seu fim.

Mas Chauveau e Helie, Théorie du Cod. Pen., cap. 18.º, demonstram que esta doutrina é inteiramente contraria á lei, e que nem o legislador podia ter a intenção de ferir com a pena de morte attentados de outra natureza.

Tratando-se de recrutamento para um paiz estrangeiro não se poderia justificar semelhante pena. Este facto não é criminoso em si mesmo, mas sómente quando ou o fim não é honesto, ou se dá violação das leis de policia, de ordem ou de conveniencia publica. É o egoismo da propria conservação, dei-

vando os partidos ou as potências belligerantes entregues a si mesmas, quando um auxilio d'esta natureza poderia ou salva-las ou dar á guerra uma solução mais rapida e mais honrosa.

O nosso Cod. porém aproveitou a incriminação, não só applicando-a aos recrutamentos para serviço militar estrangeiro, mas também ampliando-a ao serviço marítimo militar e não militar. Converteu assim em delicto o que essencialmente não é mais que uma simples infracção. O que é ilícito moralmente, não pôde tornar-se licito pela auctorisação de nenhum governo, a qual só recai sobre factos moralmente licitos. Se a violação consiste então sómente na preterição d'esta solemnidade, a infracção assume o caracter de contravenção mais ou menos grave, mas nunca deveria passar á categoria de crime.

No mesmo sentido, mas com uma relação directa a todo e qualquer fim, que fóra de um caso urgente não fosse para repeller o perigo imminente da patria, atacada pela guerra interior ou exterior, foi adoptada, no Cod. de 1837, a incriminação do Cod. Fr., e debaixo da mesma pena de morte.

Prohibia pois tambem esse Cod. implicitamente os recrutamentos ou alistamentos para o serviço estrangeiro, mas authorisava todos os esforços individuais d'esta natureza, em caso urgente de defesa interna ou externa.

O Cod. Pen. do Brazil é omisso, e não o censuramos por isso. Limitou-se a incriminar geralmente, no art. 73.º, o facto de hostilidades contra subditos de outra nação, por modo tal que se comprometta a paz ou se provoquem represalias.

O Cod. Hesp., art. 142.º n.º 6.º, só puniu, debaixo de pena de ferros até ao maximo de morte, o que recrutasse em Hespanha para o serviço das armas de uma potencia inimiga. E porém omisso tambem na hypothese de que trata este nosso art.

Concordam porém em ambas as hypotheses, que todavia distinguem, os Cod. da Sardenha, art. 181.º, e o das Duas Sicilias, art. 109.º

O da Sardenha, na primeira hypothese, impõe a pena temporaria de reclusão a trabalhos forçados, conforme as circunstâncias; e na segunda, a de morte.

O das Duas Sicilias impõe tambem n'esta ultima hypothese a pena de morte, mas na do nosso art. a pena de exilio temporario.

No moderno Cod. da Baviera, art. 306.º n.º 4.º, se acha uma disposição em parte e substancialmente concordante, classificada como de crime de traição no quarto grau, e portanto punida com a pena de dois a oito annos de prisão:

«Celui qui enrôlera *sciemment* des sujets du royaume «au service d'une puissance belligerante étrangère, ou qui «prêtera aide et assistance à un recruteur non autorisé, pour «l'exécution de ses desseins.»

Nos outros Cod. da Alemanha, com relação ao crime de traição, são considerados e punidos como seus actos preparatorios os recrutamentos, assim como as compras de armas e de munições. A mesma doutrina se acha no Cod. da Prussia, § 64.º

Finalmente no Cod. da Austria, art. 77.º, tambem se encontra concordancia com este nosso art., mas é só para remetter para a lei militar uma similhante incriminação, e portanto restricta ao estado da guerra com a nação recrutante.

«Celui qui enrôle des hommes pour un service militaire «étranger... est jugé et puni, conformément aux lois militaires, par le pouvoir militaire.»

Esta observação foi feita por Cambacères, nas discussões do conselho de estado sobre o Cod. Pen. Fr. Foi-lhe porém respondido por M. Berlier, que da inserção no Cod. não resultava inconveniente. Mas então, redargue o cit. Chauveau e Helie, essa incriminação ficou sem utilidade; porque desde que se reconhece que os factos previstos no art. são factos militares, não se vê motivo algum fundado que justifique uma excepção para que esta disposição tome logar entre as de direito criminal commun. É uma derogação á ordem das matierias que o Cod. se propoz seguir.

Todavia, se não forem militares os culpados do crime previsto n'este nosso art., não poderão ser julgados pelos nossos tribunaes militares, em vista do que dispõe este nosso Cod., no art. 16.º

Quanto á penalidade, reconhecemos que ella é appropriada

aos delictos de que se trata n'este art., tanto pelo que respeita á de prisão correccional, como á de multa. É um dos poucos casos em que a pena pecuniaria tem lugar sem vicio de confisco. Sem meios pecuniarios não se recruta, não se assoldada, não se assalaria nem se faz assalar. O dinheiro é aqui o movel principal, o instrumento do delicto. A maneira indirecta de o sequestrar é, em harmonia com o art. 81.º do Cod., certamente uma multa e forte.

Todaya o attentado pôde ser mais ou menos grave, as circumstancias de que se ache revestido desculpar ou não, e mais ou menos a intenção do seu auctor. Recrutar em paiz estrangeiro para levantar o grito da liberdade, da independencia ou da legitimidade, é um procedimento que excita as sympathias de um publico illustrado, e de todos os homens que detestam a tyrannia, a injustiça, a usurpação. Recrutar para restaurar o absolutismo, ajudar uma conquista, restabelecer a inquisição, destruir a propriedade ou o credito de uma nação, é um attentado que excita horror, que detestam todos os que prezam a ordem, a paz e a felicidade do genero humano.

Pois que? deve incriminar-se o soccorro por tal meio a uma nação que lute com forças designaes para manter a sua independencia ou a sua liberdade ou a legitimidade de um principe?

Posto isto, a penalidade comminada sempre no seu maximo se torna viciosa, por isso que assim se torna indivisivel. Necessariamente dá lugar a punir-se com demasiado rigor, (tanto a contravenção que tinha um fim nobre e generoso, como a que tinha um fim ignobil e abominavel. Além d'isso, um recrutamento ou alistamento para o serviço marítimo não é em si mesmo tão importante, como para o serviço militar ou naval de uma nação estrangeira. A liberdade de commercio reciproco, que tanto convem e se deve favorecer entre as nações, desculpa sempre a violação de uma formalidade de auctorisação.

Em especulações mercantis, com dependencia de viagens de mar, um dia, uma hora de tardança pôde malograr um bom negocio, tornar ruinosa ou inutilisar uma operação de commercio, que aliás seria excellente se fosse conduzida a

tempo. O segredo mesmo, que é muitas vezes preciso guardar, o segredo que é a alma e a vida de similhantes empresas, repugna a que se tornem sensiveis pela demora dos actos preparatórios, para a qual concorreria forçosamente a necessidade de uma auctorisação do governo em casos taes¹.

Assim, ainda por esta consideração se agrava o vicio da penalidade. Não só vem a ser punidos com a mesma pena factos diversos em gravidade pela intenção, mas factos diversos em gravidade por sua mesma natureza.

Esta incriminação tem o seu fundamento nas doutrinas de Wolffio e de Watel, invocadas pelo governo americano em 1793, no começo da guerra europea, e incorporadas em uma

¹ O sr. Levy entende, que este art. se deve entender do serviço de guerra; e toma por fundamento, que o contrario seria um absurdo de tal ordem, que não é possível suppor que o legislador o quizesse sancionar. Porém, salvo o respeito e merecido louvor que tributamos ao joven jurista-consulto, não vemos nas palavras nem no contexto do art. razão concludente para restringir a sua disposição. Embora ella seja uma aberração de tudo quanto se acha legislado em outros Cod. a similhante respeito, como sómente aqui se incrimina uma contravenção e o legislador podia ter em vista a necessidade de marinhagem tanto para os nossos navios de guerra, como mercantes nacionaes, não reputamos a disposição tão absurda como parece á primeira vista. Além de que o recrutamento de marinhagem mercante, quando nacional, não prejudica o recrutamento d'ella para o serviço da armada, antes é para ella um viveiro util, em quanto que o recrutamento da marinhagem para a marinha mercante estrangeira é um meio de se subtrahir ao serviço nacional. E tanto mais isto assim procede, em vista do Regulamento de 30 de Agosto de 1839, ordenando, no art. 13.º do cap. 3.º, que os navios mercantes sejam escrupulosamente visitados, para que não *leem marinhaes portuguezes sem permisso*, e que, no caso de se encontrarem, o capitão do porto os entregue logo em custodia ao encarregado de policia, a fim de na primeira occasião os remetter para o arsenal da marinha, para serem embarcados nos navios da coroa: e encarregando, em art. addicional, o mesmo capitão de fazer todas as diligencias possíveis para ter sempre um mappa de todos os marinheiros, *com declaração do numero com que se pôde contar para o serviço da armada*.

Assim a comprehensão do serviço marítimo estrangeiro, com quanto não militar, mas em geral marítimo, pôde sem o figurado absurdo considerar-se existir nas palavras—*serviço militar ou marítimo estrangeiro*—, principalmente porque por este modo fica a falta de auctorisação incriminada aqui em relação ao recrutante, como fôra nos §§ 1.º e 2.º antecedentes a respeito dos *recrutados ou acatillados*, com designação expressa dos navios mercantes.

Em todo o caso reconhecemos que a redacção não é boa, mas temos por melhor criticar a lei, para que se reforme, que lançar mão do ultimo dos recursos, o argumento por absurdo, para que a sua disposição litteral se neutralise. *Dura lex, sed lex.*

lei do congresso publicada em 1794, revista e restabelecida em 1818.

Por esta lei é um delicto não só augmentar a força de um *navio de guerra* de paiz não inimigo, preparar uma expedição militar contra esse paiz, como também assalariar ou recrutar para um serviço estrangeiro de terra ou de mar.

Este exemplo da America foi bem depressa seguido pela *Gran-Bretanha* no acto do parlamento 59.^o, Geo. III. cap. 59.^o, intitulado: «Acto para impedir o alistamento ou recrutamento de *seus* subditos de S. M. para serviço estrangeiro, ou o armamento e equipamento nos domínios de S. M., n'uma *intenção de guerra*, sem permissão de S. M.»

A razão fundamental em que se firmam *Wattel* e *Wolfio* para condemnar os recrutamentos sem auctorisação do governo, é que estes são uma prerogativa exclusiva da soberania que ninguém, sem permissão expressa, pôde legitimamente exercer em territorio de um outro Estado.

Mas todas as prerogativas da soberania têm os seus justos limites e termos. Não vão a mais nem a menos do que é preciso para se conseguir o fim social. Se o recrutamento não prejudica o serviço militar, nem subtrahе os recrutados ao tributo, dito de sangue, para com o seu paiz, em que se offende a prerogativa?

No Acto constitucional federativo da *Allemanha*, assignado em *Vienna* em 8 de Junho de 1815, é concedido no art. 18.^o, aos subditos dos estados confederados «entrar no serviço civil ou militar de qualquer d'esses estados, comtanto porém «que o exercicio d'esse direito não prejudique a obrigação do «serviço militar que lhes impõe a sua patria.»

Os americanos acrescentavam, invocando em favor da sua neutralidade absoluta, os principios de direito natural, que assim como um homem se devia julgar em paz com outro homem, em quanto este o não aggreddia, o mesmo se devia dizer de nação a nação.

Mas esta argumentação tambem não colhe, porque se cohesse para o caso ficava sendo falso o direito natural, que não só não incrimina tanto a defeza pessoal, como a de outra pessoa; principio adoptado n'este nosso Cod., art. 14.^o n.^o 3.^o

e outros art. concordantes; mas muito pelo contrario condemna como immoral o facto d'aquelle que presenciei de braços cruzados a luta de um com outro homem, e a morte ou ferimentos graves de um d'elles sem lhe acudir podendo.

Nada d'isto porém pôde ter applicação ao serviço marítimo mercante em tempo de paz; em que não é de presumir a simulação ou fraude em favor da guerra. Em conclusão pois esta incriminação comprehende factos de diversa gravidade e natureza, que conviria discriminar e punir diversamente segundo a qualidade do delicto, como era de justiça, a que resiste a disposição penal do art., em razão do maximo em que para todos é fixada.

Quanto á modificação que se encontra no § un., consideramos adequada esta solução do legislador. Quando o recrutante é um estrangeiro, e sem vistas algumas hostis contra nós, a expulsão do reino é o procedimento que mais convem.

E não tem aqui esta penalidade o defeito das antecedentes, porque sendo imposta a temporaria, sem alguma outra declaração, devem os estrangeiros ser expulsos por tempo, que não excedendo o maximo de doze annos, pôde, segundo as circumstancias, reduzir-se até tres annos, conforme o art. 36.^o

ARTIGO 137.º

Será punido com a demissão ou suspensão, segundo as circunstancias, qualquer empregado diplomatico, que faltar á protecção que as leis mandam prestar a qualquer portuguez no paiz estrangeiro em que se achar empregado.

Art. 43.º, 44.º e ref.; 76.º e 151.º

A demissão ou suspensão de empregados taes não deve depender das sentenças do poder judiciário, e portanto, ou a falta corresponde uma outra pena afflictiva, e então é competente o Cod. Pen. para incriminar o facto; ou não corresponde, e a punição deve depender da lei e jurisdição disciplinar ou da justiça do respectivo ministro¹.

Quanto á materia da incriminação é incontestavelmente justa. Um dos deveres principaes dos ministros diplomaticos é de proteger os interesses dos seus concidadãos, que têm de ser debatidos ou julgados no paiz em que residem, quer judicial, quer administrativamente.

Esta protecção comtudo não deve transcender os limites do que for honesto e razoavel. Assim como é uma obrigação do ministro o preservar o seu concidadão de uma oppressão

¹ Em França tem-se entendido que a immunição de que os ministros ou agentes diplomaticos gozam é restricta ás suas pessoas familiares e pessoal de legação, não comprehendendo portanto outros individuos.

A casa da sua residencia não pôde subtrahir-lhes aos procedimentos dos tribunaes, quer em materia civil, quer em materia criminal, e assim se acha em uma Ordenança de Francisco I, de 1539, art. 165.º Todavia a inviolabilidade das moradas ou palacios de taes ministros não se acha bem delimitada pelo direito internacional pratico, recebido entre as nações. As restricções não são uniformes em toda a parte. Essa inviolabilidade é mais de facto que de direito, e tende mais a sustentar-se ampla que restricta, estendendo-se ás próprias moradas dos estrangeiros, em occasiões de alborotos, imposta pelo respeito, para que muitas vezes basta a collocação de uma bandeira sobre a casa de um individuo estrangeiro mesmo particular.

iniqua, tambem elle offenderia as leis da moral e as do paiz em que reside e que são as de todos os Cod. Pen. do mundo, se não abandonasse um criminoso ás consequencias de seus maleficios ou imprudencias.

Alem d'isso a protecção de que trata este art. não se applica a discussões de interesse privado ou entre particulares. Intervir n'ellas um ministro estrangeiro seria rebaixar muito a dignidade de um representante, transformando-se em solicitador ou agente de taes negocios¹.

O facto porém é que os agentes diplomaticos nem sempre são tão escrupulosos, que se reduzam a proteger os subditos do paiz que representam, quando a favor d'estes estivesse a razão e a justiça, assim como é não menos verdade que, mesmo em negocios que dependem das decisões do poder judiciário, se têm intromettido a empregar meios de influencia para que o exito em todo o caso seja favoravel aos mesmos subditos, principalmente quando pertencem a uma nação poderosa. Assim fiados estes n'essa protecção, têm assim para a pena, em casos crimes, como para a reparação do damno, quebras em convenções, e excessos contrarios á boa policia, um grande incentivo em prejuizo da nação que os acolhe².

Alem d'isso com quanto as casas dos diplomaticos se devam considerar inviolaveis, ellas não devem converter-se em casas de *asilo*.

Seria absurdo que o *direito de asilo* se considere hoje repellido pelo direito internacional, dando lugar á *extradição*, e que as ditas casas, que, por uma ficção de *exterritorialidade*, se presumem estar em territorio estranho, tivessem mais segurança para os criminosos que esse mesmo territorio.

Ainda é mais absurdo que essas casas se convertam em *asyls* não dos respectivos subditos, mas ainda dos nacionaes ou subditos de diversa potencia, que reclamam contra as autoridades ou leis do paiz a protecção dos agentes diplomaticos, como indicaremos ao art. 159.º

O art. deixa de auctorisar explicitamente semelhantes actos de protecção: 1.º, porque só reputa crime punivel a falta

¹ Comment. ao art. 31.º e seus n.ºs

² Vid. M. Gand., Cod. des étrangers, n.º 122.º

d'ella em favor do portuguezes; 2.º, porque sómente a prescreve em conformidade das leis: mas não prohibindo, e portanto permittindo qualquer outra protecção, dá occasião a muitos abusos, que todavia se toleram, mais ou menos, em todas as nações e particularmente quando pequenas em presença das poderosas, que quasi sempre têm mais sciencia e justiça, porque são mais fortes.

O mesmo Cod. preveniu o caso da impotencia dos tribunaes para applicar contra estrangeiros as penas correspondentes a um crime, mesmo que mereça uma das maiores, concedendo a faculdade aos juizes de as substituir pela expulsão do reino perpetua, como se vê do art. 76.º, simulando por este modo subtilmente a impunidade, assim como deixou já substituida pela expulsão temporaria a prisão e multa nas hypothesees do art. 130.º, e chegou ao mesmo resultado, por um meio indirecto, nos crimes contra a segurança exterior da nação, porque facilitando a redução das penas perpetuas a temporarias pelo que dispõe no art. 131.º, faz apparecer a possibilidade da substituição auctorizada no dito art. 76.º

Estes receios ou esta fraqueza devem desaparecer um dia, no reciproco interesse das nações.

Nem é de esperar nem se deve consentir que os agentes diplomaticos prestem protecção a seus subditos contra os dictames da moral e da justiça, nem os estrangeiros devem carecer d'essa protecção.

Em todos os paizes civilisados se praticam actualmente as maiores demonstrações de benevolencia e de polidez para com os estrangeiros; as auctoridades lhes prestam apoio espontaneo, mesmo contra os nacionaes; ellas os defendem de todo o vexame, e a maior imparcialidade preside em geral a todas as decisões em objectos contenciosos.

A tarefa portanto da protecção aqui prescripta é facil, porque é quasi inutil o preceito, a não ser em alguma das poucas nações que hoje estão fóra do gremio internacional, anomalias, no globo e na civilisação do seculo; ou em algum d'esses momentos de crise ou de transtorno social, em que os povos, ainda os mais cultos, parecem voltar ao estado selvagem ou pelo menos da infancia ou da demencia.

ARTIGO 158.º

Os crimes da illegal prolongação ou do abandono do emprego, com recusação de continuar as respectivas funcções, que forem commettidos por um empregado diplomatico, serão punidos com a pena da perda dos direitos politicos, alem d'aquellas que são geralmente estabelecidas em taes crimes.

Art. 37.º e ref.; 307.º e 308.º

Os crimes a que se refere este art. são os que assim vem qualificados nos art. 307.º e 308.º do Cod. As penas são ali, nos casos de illegal prolongação, a prisão de um até tres annos, que conforme ao art. 56.º só importa suspensão dos direitos politicos durante o cumprimento da pena; e, nos de abandono, unicamente a mesma suspensão por cinco annos.

Admittida uma razão especial de aggravação na primeira hypothese, a conclusão a tirar, uma vez que se não alterava a natureza da pena principal, como correccional e temporaria, seria tornar essa pena *composta* de outra da mesma natureza, qual a multa ou a interdicção temporaria de funcionalismo qualquer, para depois do cumprimento da pena ou sem sair d'ella aggravar-se a prisão simples, passando a ser de tres a cinco annos.

Tambem na segunda hypothese ou nos casos do abandono, se a suspensão dos direitos politicos é a pena ordinaria do crime, e esta é correccional e temporaria conforme ao art., a conclusão obvia seria a aggravação pela *composição* da penalidade com a prisão correccional ou com a multa, á escolha do juiz.

Podia mesmo em ambos os casos, coherentemente com o que o Cod. estabelece em outros lugares, ficar a pena sendo temporaria, mas imposta por maior espaço de tempo que o maximo de cinco annos, e até ao maximo da sua duração legal, doze annos segundo o art. 40.º

Mas saltar-se de todas estas agravações legalmente possíveis a agravar uma pena *correcional temporaria* com outra *maior perpetua*, qual a da perda dos direitos políticos, é uma operação exagerada e injusta que repugna directamente ás disposições do art. 47.º e aos palpaveis calculos o raciocínios da razão humana.

Acresce: 1.º, que a expressão do art. = *perda dos direitos políticos alem d'aquellas que são geralmente estabelecidas em taes crimes* =, nos casos de abandono ficam inexactas, porque não ha pelo presente art. penalidade *accessoria*, mas sómente *absorção* ou *conversão* da respectiva penalidade em *maior perpetua*¹; 2.º, que se, nos termos do art. 47.º § un., a perda dos direitos políticos não pôde ter logar senão nos casos em que a lei especialmente a decretar; e sendo a Carta, como lei fundamental, mais forte que as leis especiaes, como base de todas as leis não devia similhante agravação aqui ter logar; 3.º, que se qualquer empregado publico, masmo da ordem judicial ou administrativa, não soffre pela violação dos deveres a que se ligou e pelo consequente denegação de todos os actos de administração e de justiça, que podem ser em gravissimo damno, tanto da ordem ou segurança publica, como em detrimento dos interesses individuaes do cidadão, maiores penalidades que as geralmente estabelecidas nos art. 307.º e

¹ Estas ultimas palavras do art. sendo remissivas, não explicitamente como cumpria, mas virtualmente nos art. 307.º e 308.º, são tanto mais dignas de emenda e correcção, quanto que applicadas ao *abandono* importam o mesmo litteralmente que dizer-se «serão punidos com a perda dos direitos políticos, e alem da suspensão dos mesmos direitos estabelecida no art. 308.º». Mas por este modo fica repugnante a penalidade, sendo como é absurdo a perpetua da accessoria por ser homogenea.

Claro nos parece que a intenção do legislador foi tornar *perpetua* aqui uma pena, que no art. 308.º tinha applicado *temporaria*; mas isso não obsta que deixe de existir um defeito de redacção, que pode dar logar a duvidas que é sempre util prevenir.

Este é o perigo que resulta de se deslocarem as incriminações do seu logar competente, perigo que se agrava, quando depois de deslocadas se legisla remissivamente e se accumulam na mesma referencia incriminações diversas.

Juridicamente deve-se presumir que o legislador sabia muito bem o que legislava, quando se referia ás disposições perdas do Cod. sobre a materia; mas moralmente pôde crer-se que, se lhe houvesse sido presente o que dispõe o art. 308.º, teria providenciado de outra forma.

308.º, não vemos razão sufficiente para que os agentes diplomaticos, nas mesmas circumstancias, e não porque se offendem os interesses do Estado em relação a uma nação estrangeira, mas porque podiam offender-se, sejam contemplados com tanta severidade; 4.º, que estas considerações se aggravam, poisque o art. não mede a penalidade conforme os diversos graus do elemento moral e material do mal complexo do crime. Que o abandono ou prolongação illegal seja sómente por dias, ou que se tenham seguido alguns inconvenientes mais ou menos graves, reparaveis ou irreparaveis ou nenhuns, a pena é sempre a mesma, maior e perpetua! Bastava isto para demonstrar a injustiça e incongruencia da pena.

A verdade é que o facto nos casos de abandono não importa mais que um *erro de officio*, que deve como tal ser punido pelo respectivo ministro com a demissão, alem de perdas e damnos que os diplomatas possam ter causado ao Estado ou aos particulares. Se tiver um caracter de malicia e de effeitos materiaes e politicos mais grave, e que a lei tem de precisar, então o ministro deve remetter o delinquente para o processo criminal ou correcional, segundo as circumstancias que tambem a lei deve definir.

E nos casos de illegal prolongação temos ou uma simples *desobediencia*, ou em casos mais graves uma *resistencia*, verificada pela permanencia da usurpação; circumstancias ou elementos constitutivos da incriminação que a mesma lei deve especificar e distinguir, marcando ao mesmo tempo quando é que o facto transpõe os limites da competencia disciplinar, para entrar devidamente nos do Cod. Pen.

Não deixaremos esta materia sem ainda notar que o maximo da penalidade applicado em geral a todo e qualquer *agente diplomatico* fere o principio da justiça tanto relativa, como absoluta, punindo com igualdade factos diversos em gravidade, e que em razão do maior ou menor *perigo á causa publica* demandam maior ou menor punição, segundo os principios proclamados nos art. 19.º n.º 22.º e 20.º n.º 11.º

Taes crimes não têm a mesma importancia, quando praticados por um ministro residente, embaixador ou encarregado de negocios, que os commettidos por um consul geral

ou por um vice-consul. Os primeiros têm uma missão em que preponderam os interesses geraes de dignidade nacional e politica, os segundos têm missão diversa, em que preponderam interesses individuaes, locais e de commercio. O Cod. portanto não os devia confundir e envolver na mesma penalidade. Eis o defeito de todos os *maximos* de penalidade prescriptos pelo legislador, que tolhem qua ao menos, segundo as circumstancias do caso, os juizes, por seu prudente arbitrio, possam approximar da justiça distributiva a execução pratica das leis criminaes.

Alem d'isso, quanto a illegal prolongação de funcções o facto não é possível, nem a respeito de uns nem de outros diplomaticos, porque não depende d'elles o exercicio sem o *exequatur* do governo estrangeiro, como é de direito internacional corrente, e o reconhece, quanto aos consules geraes, o Regulamento Consular de 26 de Novembro de 1851; e quanto ao abandono de funcções, o facto praticado por um consul geral não produz um grande transtorno, porque o respectivo vice-consul faz as suas vezes, ou ainda, em casos de urgencia, qualquer outro agente consular da nação mais unida com Portugal, como é expresso no mesmo Regulamento; e tambem, quanto aos ministros residentes, porque os seus secretarios e addidos continuam a exercer as respectivas funcções, em quanto o governo ou os dois governos, um por nova nomeação e outro pelo seu assentimento a ella, não legitimam a existencia de um novo representante.

N'estes termos é manifesto que a presente incriminação especial de aggravação de lei commun a todos os funcionarios, tornando *composta e perpetua* a penalidade em uma hypothese, e substituindo a *temporaria* pela *perpetua* em outra, em razão, pela qualidade especial dos agentes, da maior importancia, não do mal, mas da sua *possibilidade*, resultante do crime contra os interesses sociaes, não assenta em verdade moral nem real, e como tal é desnecessaria e injusta, quando mesmo não existissem contra ella os defeitos e vicios notados.

ARTIGO 159.º

Aquelle que commetter por algum facto qualquer offensa contra uma pessoa real estrangeira, residente em Portugal, ou contra a pessoa de qualquer diplomatico estrangeiro ou de sua familia, ou violar o seu domicilio ou os direitos de que goza, segundo o direito publico das nações, ou offender a salva-guarda de qualquer cousa ou pessoa, ou a segurança dos refens ou de qualquer parlamentar, ou d'aquelle que gozar do salvo condueto, será condemnado no maximo da pena correspondente ao crime que commetter.

É preciso, para se entrar na analyse do presente art., distinguir as diversas incriminações de que trata.

Temos em primeiro lugar, *offensa*, em geral, *contra uma pessoa real estrangeira residente em Portugal*. Mas a regra que se estabelece soffre logo uma alteração no art. seguinte quanto ás offensas, a que se refere especialmente, restrictas ao *soberano* estrangeiro, e ampliadas aos *chefes* de uma nação, posto que não tenham a qualidade de *pessoa real*.

No presente art. não só se comprehendem os monarchas, mas as *pessoas de sangue real*. A incriminação fica assim muito vaga, porque não declara quaes são as pessoas que devem ser tidas como taes.

Serão, alem dos soberanos, principes, infantes, ascendentes ou descendentes, os collateraes? Em que grau deve acabar, ou quando é que termina essa qualificação? Gosam d'ella as mulheres illustres por seu nascimento real casadas com pessoa não de sangue real? Se a gosam, transmittem-na a seus maridos, ou estes no mesmo caso a suas mulheres?

O Cod. é omissivo, creando assim mais um ponto questionavel. Mais explicita foi a Lei de 22 de Junho de 1846,

art. 22.º § 4.º n.º 1.º, empregando as palavras=*Rei ou algum membro da Família Real*=, que ainda não bem determinadas, podem mais facilmente ser restringidas aos commensaes, parentes ou affins de uma casa reinante, e comprehender portanto os parentes ou affins mais proximos na ordem descendente, ascendente ou collateral, excluidos aquelles que se acharem em grau mais remoto que o quarto, segundo o direito civil.

Os termos acham-se vagos, porque foram copiados do Cod. Hesp., art. 155.º,=*persona reulest ranjera*=, que o seu comm. Pacheco procurou conciliar e modificar, assim fixando graus que só o legislador podia fixar, como excluindo as pessoas reaes que guardarem o *incognito*, e aconselhando que se tenham sómente n'esta qualidade as pessoas que o governo tratar e mandar tratar como taes.

Mas estas modificações para terem o cunho da auctoridade era preciso que fossem expressas na lei; não nos podem portanto servir de typo, para remover em parte as difficuldades que resultam da deficiência do legislador.

Alem d'isso, o art. não ficou menos obscuro servindo-se da palavra *residente*. Se um monarcha se achar em um paiz como *visitante* e não *residente*, poisque não pôde ter *residencia* nem *legal* nem *politica* senão nos seus estados; se elle ou algum membro da sua familia transitar ou *estiver*, guardado o mais rigoroso *incognito*, como poderá considerar-se *residente*?

Temos em segundo logar=*offensas contra a pessoa de qualquer diplomatico estrangeiro ou de sua familia*=; e a expressão do Cod. não ficou menos imperfeita, tornando vacillante e mal constituido o elemento objectivo da incriminação.

Mais providente havia sido o Alv. de 11 de Dezembro de 1748, declarando que a expressão se restringe aos commensaes do ministro, da porta a dentro de sua habitação, comprehendidos seus domesticos assalariados, verdadeiramente adictos ao seu serviço, reprovadas as *cartas de familiaridade*, com que se acobertavam *familiars suppositos*¹.

¹ O Cod. estabelecendo vagamente a inviolabilidade do *domicilio* (mais propriamente *habitação*, termo de que se serve o dito Alv.), devia ao de-

Ainda mesmo, quando se possa tomar como subsidiario este Alv., era conveniente que o Cod. se explicasse com mais precisão, por isso que, se o mesmo Alv. reconheceu a inviolabilidade e protecção especial devida a familia de um diplomatico, nos termos referidos cumpria, para maior certeza do direito e segundo os principios reguladores em materia de delictos e penas, conforme ao art. 18.º, que a mesma doutrina fosse expressamente reproduzida e confirmada, principalmente porque ha quem sustente que esta inviolabilidade ou protecção especial se deve restringir á pessoa dos ministros, não se ampliando a mulher, filhos e creados, como de falsa interpretação das palavras de Ulpiano na Lei 7. D. ad leg. Jul. de vi publ.:

«Quod ad legatos, oratores, *comites* que adtinebit, si quis eorum quem pulsasse, sive injuriam fecisse, arguatur.»

Demais, convinha que alguma coisa se declarasse notavel em relação a domesticos, que sendo subditos portuguezes, são tomados ao serviço dos diplomatas, a exemplo do Cod. da Austria, part. 2.ª art. 221.º n.º 4.º:

«Les personnes même de la maison et les domestiques d'un ambassadeur, qui sont sujets immédiats de la puissance à laquelle il appartient, ne sont pas soumis à la jurisdiction ordinaire.»

Como poderá em vista d'este Cod. o embaixador da Austria eximir da jurisdicção ordinaria dos nossos tribunaes um portuguez que tome a seu serviço ou um francez ou um in-

nos, por um modo indirecto, reprimir os abusos com que alguns subditos portuguezes ou mesmo estrangeiros, sujeitos ás leis do reino, possam acobertar-se. Assim o tinha praticado o mesmo Alv., como das palavras:

«E por quanto tem succedido algumas vezes, que os réus para se subtrahirem ao braço da justiça, se refugiam ás casas dos ministros estrangeiros, que talvez lhes dão asilo contra a intenção e fins do direito das gentes, a qual nunca foi de que a immunitade das casas dos ditos ministros servisse de pretexto para impunidade dos malfieitores, ou para impedimento do regimem do paiz, ou para perturbação do socorro e segurança dos naturaes; hei e por bem determinar que todo o réu, seja por causa civil ou criminal, que se acoutar nas ditas casas para isentar-se do poder das justicias, incorra por isso em pena de dois annos de degredo para Angola, e seja multado em cem cruzados etc.

glex? Devemos conceder-lhe o que o direito positivo da sua nação nos ha de negar ali em identidade de circumstancias?

Temos em terceiro lugar—*a violação do domicílio de qualquer diplomatico*—.

Tambem o Cod. é omissio em dar uma idéa dos actos que possam constituir a violação do domicílio.

Em geral esta inviolabilidade acha-se prescripta em favor de qualquer cidadão portuguez no art. 143.º § 6.º da Lei fundamental do Estado.

De noite em termos absolutos, cessando porém de dia, nos casos e pela maneira que a lei determinar. Com relação aos agentes diplomaticos essa inviolabilidade é absoluta.

Mas seria absurdo que de dia ou de noite se exaggerasse o principio a ponto de se não poder entrar na casa do diplomatico, por seu consentimento ou em caso de reclamação feita de dentro ou para o defender de incendio ou inundação.

Seria mesmo absurdo, que em casos de incendio se esperasse por esse consentimento para na casa se entrar, e d'ella se prestar soccorro a predios vizinhos ou ainda para se cortar, para que d'ella se lhes não propague o fogo.

Além d'isso a palavra *—domicílio—*, devia talvez ser evitada, com quanto seja copiada do art. 155.º do Cod. Hesp., substituída pela de *—casa de habitação—* nos termos do cit. Alv. de 11 de Dezembro de 1748, bastando mesmo o emprego da palavra *—immunidades—*, a exemplo do Cod. do Brazil, art. 75.º

A idéa de *casa de habitação* em sentido material não deve confundir-se com a de *domicílio*, para se marchar na materia sujeita de accordo com as idéas geralmente adoptadas sobre o fundamento d'aquellas *immunidades*. A ficção da *exterioridade*, e por ella a da conservação do *domicílio fóra do país*, que torna inviolavel e sagrada a pessoa de um diplomata e tudo quanto lhe é accessorio, é inconciliavel com a idéa de *um domicílio* no reino, tomada esta palavra em sentido juridico, como em França, com relação ao art. 13.º do Cod. Civ., demonstrou Gand.¹

¹ Segundo o direito internacional mais communmente recebido, como o ac-

Temos em quarto lugar *—direitos de que goza, segundo o direito publico das nações—*.

Esta parte da incriminação dispensava a que se mencionou especialmente *—da violação do domicílio—*, assim como o *direito* a protecção especial a pessoa e familia dos diplomaticos. Essa protecção especial é um *dever* internacional, que produz os *direitos internacionais* correlativos.

Quaes são porém os *direitos* de similhante natureza? O Cod. deixa a incriminação incompleta, poisque os não especificou. Conteutou-se com referir-se ao *direito publico das nações*.

Mas aonde está esse Cod., esse direito? Quando e aonde foi publicado? Sem o conhecimento e publicação do direito referido, e aonde deve encontrar-se o complemento da incriminação referente, toda a applicação de penalidade especial é absurda, arbitraria e injusta. *Opportet ut lex moneat priusquam feriat.*

Este art. do Cod. não é feito para ser observado por uma nação composta de publicistas, nem o direito internacional pôde comparar-se ao *direito positivo* em cada nação, cujos

cessorio segue o principal, e os ministros residentes se reputam existir fóra do territorio, não é só do principio da representação da pessoa de um soberano ou nação estrangeira que vem as *immunidades*, mas d'aquella ficção, erigida em regra fundamental, base de todo o direito sobre a materia. Ora seria altamente repugnante e absurdo que a pessoa de um ministro estivesse *legalmente* fóra do nosso territorio, e que existissem no mesmo territorio as pessoas de sua familia, que têm o mesmo ministro effectivamente em sua companhia.

Contudo as *immunidades* não são as mesmas fóra da pessoa do ministro, nem o deva ser; porque se difficilmente pôde haver regras absolutas moralmente, menos as pôde haver quando fundadas em uma ficção de direito internacional, que soffrem aquellas restricções que forem indispensaveis no reciproco interesse das nações, sua segurança e boa ordem. Podem ver-se os exemplos em Morin., verb. *—agents diplomatiques—* n.º 5.º

O cit. Alv. determinava que se alguma *pessoa da familia* de qualquer ministro publico tivesse a ousadia de impedir ou resistir ás diligencias judicias possesse ser presa, processada e punida, considerando-se *privada por esse atentado de toda a immunidad e privilegio*.

Em uma memoria do Luiz 15.º communicada a todas as côrtes da Europa se declara tambem que o proprio ministro perde a sua immunidad se se entrega a mancejos, que possam ser considerados como crime de estado ou que perturbem a segurança publica.

O Cod. Pen. da Austria, quanto aos domesticos dos ministros, determina, part. 2.º art. 229.º n.º 4.º, que os magistrados possam prendê-los, em casos crimes, mas que devam participar aos mesmos ministros a prisão, para que ou recebam os criminosos ou escolham fazê-los punir pelos tribunaes.

preceitos são os únicos que podem ser conhecidos pelos subditos respectivos.

A falta de clareza, assim como esta referencia ao direito publico das nações, é tanto mais digna de critica que o Alv. de 11 de Dezembro de 1748 havia procurado fixar e definir, como cumpria, o que segundo esse direito devia ser observado:

«Hei por bem declarar que a *immunidad* auctorizada «pelo direito mais *commun* das gentes respeita a pessoa dos «ministros publicos, que é inviolavel, e a sua *habitação* das «portas para dentro, ou habitando em casa, aonde assistam «outros moradores das portas do seu quarto para dentro; «porém das ditas portas para fóra só lhes compete no que «toca ás *cousas de seu uso* e ás *pessoas dos seus domesticos* «*salariados ou commensaes.*»

E com justa razão assim se havia procedido n'esse Alv., porque tal = *direito publico das nações* = geral e *commun* a todas, positivo e devidamente formulado, é cousa que não existe. Ninguém será capaz de o encontrar ou descobrir, no estado actual da independencia e relações internacionaes.

«Vous ne rencontrez pas un Code de droit international, «comme vous rencontrez un Code de droit privé, une charte «de droit public interne»¹.

Assim o Cod. refere-se para supprir a sua omissão a um corpo de direito, geral e *commun*, que não existe em parte alguma.

Os deveres e direitos internacionaes regulam-se e determinam-se pelos *tratados*; ora nem os tratados são geraes, nem são os mesmos com todas as nações, nem existem sobre o mesmo objecto, de umas para outras, nem são obrigatórios entre nós sem uma lei patria que os publique e mande observar, e sómente então o direito internacional assume um caracter *positivo*.

O Cod. portanto deveria substituir a expressão pela de *tratados publicados*, como constantemente se acha no moderno Cod. da Prussia.

Os mesmos deveres e direitos regulam-se e determinam-se

na falta de *tratados* pelo *costume* ou *direito consuetudinario*, que é ou geralmente seguido ou sómente praticado entre designadas nações, e funda-se este direito no seu consentimento tacito, assim como o que se firma em tratados se funda no consentimento expresso e publicação legal.

Mas o Cod. quanto aos direitos positivos, resultantes de regras derivadas sómente do costume, devia declará-los, porque os subditos não têm obrigação nem possibilidade de os conhecer.

Assim o entendeu o legislador no cit. Alv. de 11 de Dezembro de 1748, expendendo quaes as regras que deviam ser observadas = *pelo direito e uso mais commun das gentes* =. O moderno Cod. da Prussia, na falta de tratados, exigiu alguma cousa ainda mais positivo = *a reciprocidade* =, e com justa razão, porque contra a presumpção do consentimento tacito existe o facto de uma nação em contrario, que dispensa de praticar para com ella o que ella não pratica para com outra em identidade de circumstancias.

Os mesmos direitos e deveres regulam-se e determinam-se, na falta de tratados e de uses e costumes, pelo direito natural ou primitivo, que não é mais que a *philosophia do mesmo direito*, segundo a expressão moderna ou o complexo de preceitos e regras ensinadas pela razão puramente abstracta, sobre o que é justo ou injusto entre as nações.

Mas este direito, assim como todos os que assentam em principios de moral universal, de homem para homem ou de nação para nação, como individuos moraes, é sujeito a immensas controversias; podem formar uma parte dos tratados de sciencias moraes ou politicas, mas nunca um codigo juridico ou politico, revestido de força legislativa.

E immensa a sua auctoridade, com relação a Deus que legislou esse direito, mas não tem o caracter de lei humana, a que o Cod. pedesse referir-se.

Em conclusão, na falta de designação expressa dos direitos dos ministros publicos, a referencia do art. só poderia ser formulada e tolerada, dizendo-se: «... direitos de que goza «segundo os tratados, leis e costumes do reino ou de recipro- «cidade, que forem declarados por lei ou pelo governo.»

¹ Ortolan, Règles intern. not. gén., liv. 1.º cap. 4.º

Pelo que respeita ás licenças, passaportes, guias, itinerarios, salvos conductos ou salva-guardas, que o Cod. envolveu n'esta mesma incriminação a favor de um estrangeiro ou por um estrangeiro em tempo de guerra, ou como de prevenção, para proteger pessoas ou propriedades, antes de tudo cumpre ter em vista, que esses documentos de nada valem se não forem passados por auctoridade competente, ou seja nacional ou estrangeira.

E quaes são essas auctoridades? O Cod. não as declara¹.

Finalmente, no que toca ás offensas dirigidas contra um parlamento ou refens parece que não deveriam ser contempladas no Cod. Pen. São crimes puramente militares. O parlamentar só pôde apparecer durante o movimento e conflicto da guerra para se prevenir um ataque, uma batalha, um assalto, assegurar a rendição ou capitulação de uma praça, obter um armistício ou suspensão de hostilidades. Respeita pois a uma commissão relativa a negocios da guerra, evidentemente da competencia das leis militares. A boa disciplina dos exercitos belligerantes não pôde consentir que alguém offenda um parlamentar, posto que inimigo.

O parlamentar é portador talvez do ramo de oliveira, vac poupar muitas victimas, attenuar os horrores da guerra. A sua pessoa pois é digna de todo o respeito. Offende-la, impedi-la na sua missão é uma atrocidade, que pôde ainda produzir consequências mais desastrosas e assoladoras, para vingança de similhante offensa.

Os *refens* estão no mesmo caso. Seguindo a etymologia d'esta palavra, que se diz ser arabica, importa ella o mesmo que *prenda* ou *penhor*. São pois um *deposito sagrado* e inviolavel, que fica em poder do inimigo, quando se capitulam pazes, treguas ou entrega de praças, para garantia da fiel observancia do promettido ou estipulado. A disciplina do exercito incumbe tambem vigiar sobre a guarda e segurança de taes pessoas; a ella toca portanto vindicar as offensas ou injurias

¹ Veja-se contudo sobre a materia Watel, Droit des Gens, liv. 3.º cap. 18.º § 266.º e 277.º; Grotius, de Jure belli ac pacis, lib. 3.º cap. 21.º § 14.º; Henry Wheaton, Elem. de Droit, internat, tom. 2.º part. 4.ª cap. 2.º § 85.º e seg.

que lhes forem dirigidas. Todavia a nossa Ord. do liv. 3.º tit. 6.º § 23.º comprehendia como crime de lesa magestade de segunda cabeça as offensas dirigidas contra esta qualidade de pessoas.

Quanto á penalidade, parece-nos encontrar quasi o mesmo defeito que na do art. 156.º, por ser fixada no maximo das penas respectivas.

Sem duvida, que em todos os casos compilados n'este nosso art. se dá uma circumstancia aggravantissima, que o legislador erigiu em elemento constitutivo do crime, e assim não quiz entregar ao arbitrio dos juizes; mas podem todavia concorrer circumstancias atenuantes, e mesmo outras aggravantes, que devem ser tomadas em conta para repellir ou aggravar esse maximo. E de facto, dado este concurso, os juizes em reverencia ás disposições geraes do Cod., nos art. 79.º, 80.º, 81.º, 82.º e 83.º, combinados com o art. 84.º, poderão reduzir a pena, baixando do seu maximo, ou mesmo aggravar-la, quando em lugar de atenuação deva ter lugar a aggravação.

Se tivesse de se considerar como preponderante sempre o elemento de aggravação, a comminação ficaria repugnante a estes art. e aos principios de verdade moral em contrario, exclusiva de uma regra absoluta de aggravação.

Além d'isso; 4.º, quanto ás pessoas offendidas desde que são equiparadas todas as comprehendidas no art., para applicação da lei commum, distinguindo-se aqui dos mais offendidos, sómente para que os offensores sejam punidos *com o maximo* das penas correspondentes ao crime, faz apparecer uma gravissima omissão sempre que a pena da mesma lei commum não tenha *maximo nem minimo*, ou porque seja já um maximo, ou porque seja a de morte ou alguma das perpetuas.

Não ha logica nem justiça em similhante disposição; porque tanto é causa de aggravação especial a qualidade das pessoas offendidas nos maleficios leves ou graves a que correspondem penas correccionaes ou maiores temporarias, como nos maleficios gravissimos a que correspondem maximos de penalidade ou a perpetuidade.

A disposição penal do art. sómente poderia ter cabimento se no Cod., excluída a pena de morte, tivessem sido reduzidas todas as penas a temporarias, com quanto de maior ou menor duração.

Um ministro publico, não por elle, mas pela pessoa do soberano ou politica da nação que representa, tem direito a maior inviolabilidade, que *uma pessoa real*, indistinctamente e ainda por este lado a equiparação é insustentavel.

Por isso o Cod. Pen. da Prussia, no § 78.º, nas offensas pessoas commettidas contra um rei estrangeiro, sómente contemplou especialmente as que, segundo as leis prussianas, e nos termos dos §§ 61.º e 65.º, podessem classificar-se de lesa magestade e de alta traição, se se tratasse de um chefe de Estado germanico, ou quando por tratados publicados ou conforme ás leis existisse reciprocidade, deixando assim em silencio as demais pessoas reaes.

Assim mesmo em taes casos, a pena correspondente ao crime de lesa magestade nacional não é aggravada com um maximo; muito pelo contrario, a pena de morte é eliminada e constituida uma penalidade inferior de trabalhos forçados de dois a dez annos ou ainda menor de reclusão de seis mezes a tres annos, concorrendo outras circumstancias atenuantes.

Por este modo o que é uma circumstancia, elemento de aggravação n'este art., fica de atenuação no Cod. da Prussia, e ainda é susceptível de outras que modifiquem a penalidade!

Esta assimilhação porém se torna mais que repugnante comparado o art. com o art. 163.º até 169.º Forá dos casos punidos com a pena de morte, para a imposição de penas especiaes se faz ali distincção do rei, rainha reinante e o immediato successor do throno, dos membros da familia real, regente ou regentes do reino, art. 167.º e seu §, e admite-se o degredo temporario, e portanto maximo e minimo, em delictos de menor gravidade, art. 168.º.

Por que razão pois, proporções guardadas, qualquer pessoa real estrangeira ha de merecer a mesma protecção da lei penal, que a de um monarcha estrangeiro, e não hão de ter

igual protecção outros membros da familia real portugueza, quando tudo leva a respeitar sim e com especialidade essas pessoas, mas a não as confundir com a do rei, unica inviolavel e sagrada, assim nos governos de monarchia pura, como nos em que rege o systema representativo?

ARTIGO 160.^o

Aquelle que commetter publicamente por palavra ou por escripto publicação ou por qualquer meio de publicação, o crime de diffamação ou o de injuria contra qualquer Soberano ou Chefe de uma nação estrangeira, será condemnado em prisão correccional de um a tres annos, e multa de tres mezes a tres annos.

Art. antec.: 38.^o e ref.; 41.^o e ref.; 169.^o, 407.^o, 410.^o, 416.^o

A fonte remota d'este art. parece ser o art. 12.^o da Lei franceza de 17 de Maio de 1819, sendo ali a penalidade um mez a tres annos de prisão, e multa de 500 a 5.000 fr.

Na Lei franceza de 26 de Maio de 1826, art. 3.^o, se havia determinado como limitação, que o processo não tivesse logar senão sobre queixa ou reclamação do soberano ou chefe estrangeiro, que se considerasse offendido¹.

O moderno Cod. da Prussia, no § 79.^o, determinou:

«Quem por palavras, impressos, imagens ou outras mo-

¹ Ha pouco o representante do S. M. C. em Turim denunciou aos tribunaes o periodico intitulado — *Frax della libertade* —, pela publicação de artigos calumniosos contra a familia real de Hespanha, e o presidente do conselho de ministros em Madrid, o conde de S. Luis. E não ha muito tempo que o mesmo periodico foi condemnado a custodias do ministro de França.

Um processo pela diffamação, logo de lhe diminuir os resultados, lhes dá maior publicidade, e assim lhes augmenta o scandalo.

Os monarchas ou chefes de uma nação estão muito acima dos improperios, quer de palavra quer por escripto, que se lhes dirijam de qualquer ponto do globo.

A magnanimidade dos principes só está bem o esquecimento das injurias, e as dos nossos consadãos não devem merecer aos mesmos principes um só momento de attenção, que os distraia dos serios cuidados da governação publica.

Só portanto com seu beneplacito e exigencia é que taes excessos devam ser reprimidos nos termos da regra estabelecida no art. 416.^o

«dos similhantes offender o chefe de um Estado allemão, será punido com a prisão simples de um mez a dois annos.

«A mesma pena terá logar, se a acção foi commetida contra qualquer outro Estado, aonde conforme a tratados «publicados ou as leis a reciprocidade estiver garantida.»

Isto posto, e não bastando como o mesmo Cod. reconhece negativamente, por muitas e muitas omissões, que um facto qualquer seja moralmente illicito, para que logo se converta em crime social, sem motivo sufficiente, e menos ainda quando não pôde resultar damno algum á sociedade ou membros d'ella, como nos casos de diffamação, em que os diffamados ou entregam ao desprezo a offensa ou omittem a queixa, se torna evidente o desacerto da incriminação feita no presente art., muito mais porque nos obriga a velar pela honra e bom nome dos soberanos estrangeiros, ainda que nos respectivos paizes se possa impunemente injuriar, na sua vida privada ou publica, os nossos reis!

A este defeito capital acresce, que no art. antecedente, regendo para crimes de maior gravidade, não são comprehendidos os chefes d'estado, quando não forem uma pessoa real, ao passo que o são, por uma contradicção palpante os seus embaixadores ou representantes; e no presente art., regendo para crimes de menor gravidade, já se mostram comprehendidos os chefes d'estado, embora não sejam pessoa real, como por exemplo o presidente dos Estados Unidos.

Assim caiu o nosso Cod. nos mesmos defeitos que se encontram no Cod. Hesp., art. 154.^o e 155.^o, e que lhe notou o seu comm. Pacheco.

E isto é tanto mais para lamentar, que similhantes lacunas não podem ser suppridas, como determinantes de exclusão de incriminação e penalidade especial, em presença dos principios e do disposto no art. 18.^o

Inutil é dizer mais: 1.^o, que no presente art. se accumula o defeito da não distincção entre abusos pela palavra ou pela escripta ou pela imprensa, em desharmonia com a Lei de 3 de Agosto de 1830, e com o art. 450.^o do mesmo Cod.; 2.^o, que n'elle se confunde a diffamação com a injuria, crimes distinctos, conforme aos art. 497.^o e 410.^o, que não deviam

aqui ser, como foram, incluídos na mesma incriminação e penalidade; 3.º, que, sem consideração com o maior respeito, em razão do damno social directo, que todos devemos aos nossos reis, e em contradicção com as disposições do mesmo Cod., comparado o art. antecedente com os art. 163.º até 168.º, o mesmo facto incriminado no presente art. é aqui punido com a mesma pena que se acha decretada no art. 169.º; isto é, diffamar ou injuriar o nosso rei é pelo Cod. crime tão grave como diffamar ou injuriar o sultão, o imperador da China ou o chefe de uma nação, grande ou pequena, aliada, inimiga ou neutra, barbara ou civilisada; e ainda que ella se importe tanto de nossa existencia social como da dos habitantes da lua.

Tanto não quiz por certo dizer o legislador, mas o absurdo de redacção fica, ainda que se destrua pela execução; e o art. se reduz a umas poucas de letras, que só podem ter applicação, não como regra mas como excepção, no sentido das modificações dos Cod. citados da França e da Prussia.

Alem d'isso havia uma verdadeira conveniencia em deixar para a lei regulamentar especial, repressiva de taes abusos, quando commettidos pela imprensa ou qualquer outro modo de publicação, similhante incriminação, pelos motivos que ponderámos ao dito art. 130.º, e a que nos reportámos.

Esta foi a marcha que seguiu o Cod. Hesp., como declarou no art. 7.º, não porque os delictos commettidos pela imprensa fossem estranhos absolutamente á materia de um Cod. Pen., mas porque, como bem adverte Pacheco a esse art., a legislação sobre a imprensa participa muito de materia politica, que é mudavel e transitoria, e se não amolda por isso bem com a de um Cod. Pen., que só deve consignar disposições estaveis e independentes de taes vicissitudes.

ARTIGO 161.º

Todo o portuguez, que, commandando algum navio armado estrangeiro, com auctorisação do Governo portuguez, commetter em tempo de paz hostilidades contra qualquer navio portuguez, será condemnado em prisão maior temporaria e no maximo da multa.

§ unico. Se o commandar sem auctorisação do Governo portuguez, e commetter as ditas hostilidades, será condemnado em prisão perpetua, e no maximo da multa, salvo se por essas hostilidades commetter algum crime por que mereça pena mais grave.

Art. 27.º n.º 4.º, 5.º e 6.º; 141.º § un.; 155.º e § 1.º; 34.º e ref.; 38.º e ref.

A cada paço encontrámos um tropeço, que nos impede de marchar com rapidez na analyse e confrontação d'este nosso Cod.

Para aqui chamámos antes de tudo as observações que fizemos ao art. 141.º § un. Depois notámos que não apparece similhante incriminação, assim formulada em outro algum Cod., e nem isso nos admira, porque nos termos absolutos em que é concebida não encontrámos n'ella verdade moral nem politica.

Este art. prohibe a qualquer commandante de um navio armado estrangeiro, se esse commandante for portuguez, e posto que auctorisado pelo nosso governo para o serviço da nação respectiva, o commetter hostilidades em tempo de paz contra qualquer navio portuguez.

Sem duvida, e nem é de presumir, esse commandante não ha de commetter essas hostilidades senão nos mesmos casos e pelos mesmos motivos em que n'essa qualidade, abstrahindo da sua propria nacionalidade, seria obrigado a commette-las.

Ora é possível no alto mar, quando um commandante se acha revestido do caracter de independência e de soberania por delegação, faltar aos novos deveres que contrahiu, declinando a sua responsabilidade?

Ha de soffrer um insulto a bandeira a que se sujeitou, deixar de praticar as represalias, de responder ao canhão, de repellir hostilidades? Entendemos que não. As penas de alta traição para com o paiz que lhe confiou um vaso de guerra são e devem ser sempre muito maiores que a fulminada n'este art.

Não tem pois que hesitar, abraçando em tão criticas e deploraveis circumstancias de dois males o menor. O cumprimento do dever é assim para elle uma triste necessidade.

Estes casos não se acham resalvados no art. como cumpriria que o fossem; mas ainda que o estivessem e se limitasse a disposição do art. aos em que se commettessem essas hostilidades sem motivo algum ou com excesso, teríamos um crime commettido a bordo ou de bordo de um navio de guerra estrangeiro, o que bastaria para firmar a competencia das leis e tribunaes do paiz respectivo, e depois de ali processado e punido o agente com precedencia ou sem precedencia de reclamação ou queixa da nossa parte, repugna à razão, à justiça, às leis do mundo civilizado, que tivesse entre nós de responder pelo mesmo facto a outro processo, e de soffrer outra pena. *Non bis in idem*¹.

Seria pois a nosso ver mais acertado eliminar similhante

¹ Toda esta apreciação nos parece incongruente: 1.º, porque commetter hostilidades em alto mar contra um navio portuguez é commetter-las de territorio estrangeiro contra territorio portuguez; 2.º, porque pouco importa para o caso a falta ou existencia de authorisação; se o portuguez commanda um navio estrangeiro, não é elle o navio e a pessoa politica da nação a que pertence o navio que commette as hostilidades. A nação deve sujeitar-se ás consequências da authorisação que concedeu, e esquecer-se da nacionalidade a que pertence o commandante ou a sua marinha ou tripulação, para só contemplar a nacionalidade a que pertence o navio.

A falta de authorisação, logo de aggravar o facto colectivo, é uma circumstancia indifferente. A nação assiste em ambos os casos o direito de pedir reparação ou satisfação do danno causado ou da dignidade nacional offendida, assim como a nação estrangeira corresponde a obrigação e o poder de punir segundo as suas leis o portuguez, authorisado ou não authorisado pelo governo, que abusa do commando que lhe foi confiado.

incriminação, quasi sem objecto, e que mesmo restricta a casos de que difficilmente se apontarão exemplos, sómente poderia tolerar-se com a modificação do art. 27.º n.º 4.º—*não tendo sido punido no paiz em que commetteu o crime*—, e ainda assim a disposição ficaria repugnante com o que dispõe o mesmo art. 27.º em os n.ºs 3.º e 6.º

Acresce que o Cod. incriminou já todos os factos não autorisados que possam expor a nação a uma declaração da guerra ou a represalias da parte de uma potencia estrangeira, o que é applicavel aos estrangeiros que se acharem ao serviço de Portugal, como é expresso nos art. 148.º e 150.º Reciprocidade de disposição existe na legislação criminal das outras nações. Logo a disposição d'esta nosso art., alem de incompetente, é desnecessaria, é não só isso, injusta; porque ao mesmo passo que assim punimos o estrangeiro commandante de um navio de guerra portuguez, que em tempo de paz commetter hostilidades contra uma nação estrangeira, quando os actos não forem autorisados, punimos tambem nas mesmas circumstancias, sem excepção d'esta hypothese, o commandante portuguez ao serviço de uma nação estrangeira.

Por ultimo diremos que a fonte d'este art. é o n.º 2.º do art. 3.º da Lei fr. de 10 de Abril de 1825, aonde se lêem os art. 3.º e 7.º assim concebidos:

«Art. 2.º Seront également poursuivis et jugés comme pirates:

«2.º Tout français ou naturalisé français qui, avant obtenu, même avec l'autorisation du Roi, commission d'une puissance étrangère pour commander un navire ou bâtiment de mer armé, commettrait des actes d'hostilité envers des navires français, leurs équipages ou chargements.

«Art. 7.º Quiconque aura été déclaré coupable du crime prévu par le § 3.º du même art., sera puni de mort.»

Mas ainda que d'estes art. saia materia para o redacção da incriminação, foi sómente quanto às palavras d'elles, porque as que se adicionaram na traducção alteraram em grande parte a natureza e qualificação do delicto. E não foi por erro, foi essa precisamente a intenção manifesta do legislador.

A Lei fr. trata do francez que com ou sem authorisação,

tendo obtido de uma potencia estrangeira belligerante *commissão para commandar um navio armado, abusa d'ella* commettendo hostilidades contra um navio francez. O nosso art. trata do portuguez, que tendo aceitado, *com auctorisação do governo*, o commando de um navio de guerra *estrangeiro*, commette no exercicio d'esse emprego hostilidades contra um navio portuguez.

Quanto á hypothese do § un. do art., e á distincção que estabelece, reportámo-nos ao que ponderámos ao art 153.º e seus §§. Pelo facto da aceitação do emprego sem auctorisação o portuguez ficou privado dos direitos de cidadão, e n'essa situação é como se portuguez não fosse, e a incriminação é incompetente nos termos da Lei fundamental do Estado.

Quanto á penalidade, mesmo abstrahindo da falta de verdade moral e politica quanto á incriminação na primeira hypothese e muito mais na segunda, basta para se considerar viciosa a do art. e § quanto á multa, não só não ter aqui as condições exceptionaes que a tornam admissivel, mas em razão do seu *maximo*, e a do § quanto á prisão a sua *perpetuidade*.

A resalva=*de pena mais grave*=que se encontra nas ultimas palavras do mesmo § tornam mais palpitante a injustiça; porque bastam quaesquer actos que possam qualificar-se *=hostilidades*=para fazer incorrer nas penas indivisiveis de *maximo e perpetuidade*, e os resultados voltam ás regras especiaes do direito commun, se considerados com abstracção do seu *facto causa* aqui incriminado tiverem no Cod. pena mais grave.

Assim nos casos de homicidio, de incendio de navio nacional, de presa com escalamento e outros, ficam auctorisados não só os trabalhos publicos perpetuos, mas até a pena de morte.

Uma nação como a franceza podia no sentido da politica que ali deixou Napoleão I incriminar semelhantes resultados e punir os delinquentes; mas os governos de outra ordem, ou de outra justiça, precisam de seguir principios diversos.

Se o navio de guerra ou armado for francez ou inglez, que resolveria o governo na presença da reclamação de um

dos governos estrangeiros contra a punição do portuguez, que no exercicio do commando praticasse hostilidades? Estamos certos de que o presente art. teria de ficar letra morta.

Resta-nos advertir: 1.º, que é deslocada a redacção do art., porque as palavras *com auctorisação do governo* alteram completamente o sentido da incriminação, tomadas como se acham depois das de=*navio armado estrangeiro*=; quando comparadas com o § un., e com as suas fontes se conhece que ellas se devem referir ao=*commando*=; 2.º, que o Cod. não considerou os factos de que se trata, como de=*pirataria*=, porque esses fazem objecto do art. seguinte, e é sómente a respeito de semelhantes crimes que é admittida sem contradicção a competência cumulativa das leis penaes das nações, uma vez que a qualificação não repugne com o direito internacional, ou se não ache em opposição com o mesmo direito especial da nação estrangeira a que pertençam os delinquentes.

ARTIGO 162.º

Qualquer pessoa que commetter o crime de pirataria, commandando navio armado e cursando o mar, sem commissão de algum Príncipe ou Estado Soberano, para commetter roubos ou quaesquer violencias, será condemnado a trabalhos publicos por toda a vida, e no maximo da multa.

§ 1.º Se d'essas violencias resultar a morte de alguma pessoa será condemnado á morte.

§ 2.º As pessoas que, com conhecimento do crime, compozerem a tripulação, serão condemnadas a trabalhos publicos por toda a vida.

§ 3.º Em todos os casos em que Leis especiaes consideram algum facto como crime de pirataria, se observarão as suas disposições.

Este art. tem por fim fulminar penas contra um crime em verdade atrozissimo.

Tem concordancias no Cod. do Brazil, em diversos casos que especificou nos art. 82.º, 83.º e 84.º, mas com o defeito de confundir o caso da *pirataria* com os que a lei pune por assimilação *como de pirataria*; no Cod. Hesp., que consideramos bem elaborado nos art. 156.º e 157.º, e dignos por isso de ser tomados em especial consideração; e no Cod. das Duas Sicílias, art. 119.º O Cod. Fr. é omisso, mas essa lacuna foi exuberantemente preenchida pela Lei de 10 de Abril de 1825, reproduzindo algumas das disposições da antiga legislação, do Regulamento de 2 de prairial do anno XI (22 de Maio de 1803), e do Decr. de 12 de Novembro de 1806.

São omissoes tambem o Cod. da Sardenha, da Toscana (de 1786), da Austria, da Baviera, e os modernos da Alemanha (Chauv. e Hel., Étud. comp.).

Mas essas lacunas tambem se acham preenchidas ou por leis particulares ou pelo direito internacional, geralmente conhecido e praticado pelas nações civilisadas.

Todas e cada uma têm competencia para perseguir, capturar e fazer julgar pelos seus tribunaes os réus d'esse crime, qualquer que seja a nação a que pertençam. São inimigos da humanidade que perdem o direito a declinar a jurisdicção alheia.

Piratas são aquelles que percorrem os mares de sua propria auctoridade, para n'ellos commetter actos de depredação, rapinando a mão armada, seja em tempo de paz, seja em tempo de guerra, os navios de todas as nações, sem outra excepção mais do que a que lhes convem para assegurar a impunidade dos seus malefícios.

Os actos commettidos por taes malfecedores são os que constituem o crime de *pirataria*.

As palavras que se encontram neste nosso art. = *sem commissão de algum príncipe* = são destinadas a excluir os *corsarios*, que muitas vezes se tem confundido com os *piratas*, e a precisar mais a definição que se dá do crime¹.

Quanto á penalidade existem aqui os mesmos defeitos que temos apontado acerca da perpetuidade e da indivisibilidade. O Cod. Hesp. foi mais providente, poisque admitiu o minimo nos trabalhos publicos temporarios. O Cod. do Brazil estabeleceu o maximo na perpetuidade da mesma pena, mas fixou o minimo em dez annos. O nosso Cod. portanto approximou-se antes do Cod. das Duas Sicílias, que impõe o = *ergastolo* =.

Desejamos antes que nos tivéssemos approximado do

¹ Todavia estas palavras são superfluas, porque no estado actual da civilização e das relações entre as nações se deve ter por evidente que nenhum navio pôde ter recebido auctorisação de um príncipe para exercer a pirataria.

Os navios de piratas reputam-se não ter nacionalidade; os papéis de bordo, ainda que regulares sejam, consideram-se illegitimos ou havidos fraudulentamente; que a bandeira que arvoram não é mais que um facto de usurpação; se de facto tinham nacionalidade a perdem ficando desnaturalizados.

Eis por que todo o apprehensor radica e determina a favor da sua nação a competencia para a punição do crime. Ottolm Rég. interna., tom. 2.º liv. 11.º cap. 11.º

Cod. do Brazil, com quanto consideremos viciosa a pena em si mesma, pelas considerações que temos ponderado.

A pirataria é antiquíssima no mundo, era até uma profissão honrosa entre os antigos gregos. Os egypcios e os phonícios a exerceram por muito tempo, e tomaram tal incremento no Mediterraneo, que os romanos se viram precisados a encarregar Pompeu de os combater. Não foram necessarios mais que quarenta dias a esse habil general para os destruir.

Não os condemnou a pena de morte, nem a trabalhos publicos, segundo a civilisação moderna, tratou sim de os capturar para depois os relegar para longe dos mares, aonde lhes deu trabalho e de que viver, e por esse meio os fez renunciar a seu deploravel mester. Que exemplo!

E verdade que a pirataria se confunde ou se equipara ao *latrocinio*, pois é a *rapina do mar*; mas tambem é certo que nas idades denominadas heroicas a pirataria foi julgada honrosa — *latrocinium maris gloriae habebatur* —; que durante a anarchia da *meia idade* a pirataria era de pratica geral, dando causa principal á famosa liga *hanseatica*, contra os piratas que infestavam o Baltico; que ainda não ha meio seculo que nós corriamos o risco das presas feitas pela pirataria barbaresca de Argel, de Tunis, de Tripoli, de Tetuão, de Tanger, etc., destruida hoje pela gloriosa empreza de França na conquista e colonisação de Argel; que finalmente ainda é hoje dado e reconhecido, como cousa honesta em tempo de guerra, fazer a pirataria debaixo de outro nome, contanto que se restrinja aos navios de uma potencia belligerante, e que se obtenha licença da outra!

Ainda hoje a pirataria torna perigosa a navegação nos mares da India, China e grande archipelago da Asia. Os insulares d'essas paragens constituem uma raça organizada de piratas, que exercem seus *latrocinios* por meio de consideraveis flotilhas, para cuja repressão não tem bastado os cruzeiros hespanhoes, e que tem obrigado a dirigir forças navacs, já hollandezas já inglezas, contra elles, em forma regular de verdadeiras esquadras e de effectivos combates.

O pirata não differe do corsario senão n'estes dois pontos: em não ter como este commissão de algum soberano, e de

não commetter a rapina senão contra os inimigos d'esse mesmo principe ou de seus alliados.

Isto é repugnante. O que é moralmente illicito não pôde nunca ser auctorisado. As nações, principalmente aquellas que de facto têm o império dos mares, deviam um dia concordar em não reconhecer como legitimos no mar senão os combates navacs regulares e as represalias.

O commercio é cosmopolitico, os damnos que soffre um paiz reflectem e podem reflectir mais ou menos directamente sobre as nações neutras. A justiça pois e a utilidade se dão as mãos, para que o corso seja estigmatizado pelo direito publico do mundo civilisado, como está sendo o infame trafico da escravatura¹.

Antes d'isso porém, entre a qualificação da pirataria, rapina contra amigos e inimigos, como o mais atroz dos crimes, e a impunidade, louvor e até premio do corso, por ser só rapina contra inimigos, vae uma distancia tão dilatada, que as penalidades, justas com applicação ao seu caso, se tornam relativamente injustas por excessivas.

¹ É na verdade, a nosso ver, para lamentar que não sendo a *ordem social* outra cousa que um meio de manter n'este mundo a *ordem moral*, como temos dito, as sociedades a tantos resposos julgam permittido aquillo mesmo que reprovam e punem até com a morte, entre os individuos de que se compõem!

Reprovam hoje como illicitos e absurdos os combates judiciais e os duellos, e comtudo admittem a guerra como legitima, para terminar desavengas. A sentença não depende da justiça da causa, mas da sorte das armas.

A força ou os acasos da victoria tomam o lugar da razão e do melhor direito.

Reprovam e proclamam o respeito á vida do homem, assim como não toleram a escravidão, e conservam a pena de morte e as perpetuas que são uma rigorosa servidão penal.

Reprovam e punem tambem a pirataria, ou roubo e offensas corporaes feitas em terra durante a guerra, mesmo entre inimigos, e auctorisam as cartas de corso ou similhantes attentados contra os mesmos inimigos, e os despojos da expolição tomam o nome de *boa presa*.

É o direito do mais forte erigido em principio de direito politico, como de direito internacional, e as nações que se consideram mais fortes, são levadas irresistivelmente á pretensão do exclusivo ou monopolio da mesma pirataria coberta com outro nome.

Ha pouco foi proposta e assentada entre nações poderosas a abolição completa das *cartas de corso* ou de pirataria auctorisada, mas o corso feito pelos navios de guerra ficou intacto! Assim boa se tornaria a situação politica das grandes nações que têm a fortuna e os meios de ter e manter forças

Azuai, estigmatizando as declamações de *pretendidos philosophos*, como elle diz, contra as cartas de corso, sustenta que são tanto dignos de censura=*blamables*= como de elogios os que expõem generosamente os seus bens e a sua vida aos perigos do corso; e citando a auctoridade de Valin a este respeito, transcreve as seguintes palavras do *Tr. des Prises*, cap. 1.º § 6.º:

«Plus en état, en quelque sorte, de nuire aux ennemis,

maritimes permanentes. As outras não poderiam então lutar com ellas, nem fazer o que faz o homem fraco, chamando em seu auxilio outros homens.

As nações de segunda ou terceira ordem ficariam desarmadas completamente em caso de guerra, porque não poderiam recorrer para a protecção do seu commercio ao risco de improvisar forças navaes pela marinha voluntaria do mesmo commercio, nacional ou neutra, nem defender-se sem se arruinarem com despesas enormes, e sem mesmo fazendas adquirir as mesmas forças de prompto, em material e pessoal necessario.

É certo que se as cartas de corso se refuzirem ao emprego de meios de aggressão illicitos para umas nações, constituem uma necessidade em muito maior escala das mesmas meios para outras, o caso de represalias permanentes durante uma guerra.

É então o emprego do direito absoluto de defesa entre os homens, que é mais forte legitima a favor do mais fraco, com quanto moralmente, com abstracção da necessidade, o meio seja illicito. Mas que contradicção! Proclama cada um dos seus estados o respeito inviolavel á propriedade particular, a contribuição em avarias, trocas, de sangue ou de dinheiro durante uma guerra, e fazem contribuir para os fins da guerra, pelo curso, os individuos particulares que são encontrados ao acaso, das nações inimigas, sem indemnisação alguma depois da guerra!

É o mister de salteadores ou de bandos de guerrilheiros, fazendo-se no mar o que se reprova na terra!

Os salteadores também esculham os seus victimas, e os guerrilheiros também costumam levar a devastação, o roubo e a morte náo consideram estar o seu inimigo.

É a existencia de um absurdo produzindo outros absurdos, como sua inevitavel consequencia. Mas não é possível a abolição das cartas de corso em quanto a guerra de aggressão se considera legitima; e sem o *lucrativo e proveitoso do roubo ou da exploração maritima* não será possível á defesa encontrar um consideravel numero de voluntarios para as operações maritimas.

Por isso vemos que a resolução tomada no congresso de Paris para eliminar a abolição não pôde ser revogada pelos Estados Unidos da America nem por algumas nações concitantes. A resposta de M. de Marcy a M. de Sartiges é um monumento importante a demonstrar a manutenção de um simultaneo direito internacional, como trista necessidade, consequencia do direito da guerra, e em presença do desequilibrio de forças materiais entre as nações.

Debalde lerá a philosophia a ultima evidencia a demonstração, de que *tanto a justiça como a humanidade e os interesses bem entendidos dos belli-*

«que le gouvernement, avec l'appareil des flottes les plus formidables, ils lui rendent encore le service de le décharger «du soin d'armer à ses frais un grand nombre de vaisseaux «qu'il serait obligé de destiner à la course, sans leur secours.»

Esta é a razão das rasões. O principio utilitario triumphando sobre os da justiça!

Comtudo muitos philosophos, como H. Weathon, Droit intern., que já citamos, continuam a empregar esforços para fazer supprimir essa pratica, que é uma verdadeira anomalia na presença do espirito liberal do seculo.

garantes, exigem que se respeite a propriedade particular e o commercio, assim no mar como na terra, que não ha a menor coherencia em se manter esse respeito em terra, e não se praticar sobre o mar; que um armazem fixo de mercadorias é tão respeitavel como um armazem flutuante; os navios de guerra fazem o officio de corsarios ou de piratas, para com o inimigo inofensivo, e a defesa ha de manter o direito e o uso das cartas de corso, como indispensavel ás represalias.

Na ultima guerra do Oriente, as nações occidentaes se abstiveram de conceder cartas de corso, sem duvida porque não precisaram d'esse auxilio; mas os navios de guerra da Inglaterra e da França se conduziram como corsarios nos mares do Báltico, Negro e de Azoff. Interromperam todo o commercio, com especialidade entre a Finlandia e a Suecia, e até levaram as seus excessos a capturar e destruir uma infinidade de barcos de pesca, que constituam o capital unico e com este os indispensaveis meios de subsistencia dos miseraveis habitantes finlandezes.

A Russia seguiu o exemplo das potencias occidentaes, mas ella foi forçada a aceitar a paz, e entre os motivos de concessão não podia deixar de pesar e muito a necessidade de evitar a prolongação dos males causados ao seu commercio por tales corsarios, com quanto por navios de guerra, a que não pôde, como em terra, contrapor forças da mesma ordem.

A resposta de M. Marcy, a que alludimos, e que reu publicada nos jornaes inglezes e francezes de Setembro de 1856, assim como se encontra no *Journal des Economistes* do mesmo mez, extractada e analysada por M. de Molinari, fez grande impressão, e já se promette que de ora em diante as antigas praticas do roubo e devastação maritima não serão mais renovadas, e que este ponto será de uma vez assentado como direito internacional.

Mas acontece com isto o mesmo que com a conservação da pena de morte. Evitam-se o confuso e os mais horribes accessorios das antigas praticas, mas a pena fica.

A morte do cidadão permanece, ou pelo principio de intimidacção, ou pelo da defesa social, assim como subsiste o estado de guerra, já em ameaça, pela manutenção dos exercitos e armadas permanentes, e já pela pratica efectiva com todos os seus accessorios, embora modificados alguns de seus maiores horrores, no conflicto ou fóra do conflicto.

Mas a humanidade vae caminhando assim, e se não retroceder por algum d'aquelles acontecimentos inesperados, que por vezes têm escravizado o mundo, um dia chegará em que a moral e a politica se transformarem em uma só entidade=*a justiça*=.

Em o nosso Cod. de 1837 se contém o art. 126.º assim escripto:

«Todo aquelle que armar *corsarios* e exercer a *pirataria* *sem licença do governo*, e toda a tripulação e companhia, se-
«*ria*» unidos com a pena de trabalhos publicos por toda a
«vida.»

Por este modo se confundia o *corso* com a *pirataria*, e se deixava impune se fosse praticada com auctorisação do go-
verno.

É precisamente o mesmo que se acha no presente art., do qual a contrario sensu resulta a seguinte proposição:

«O facto de *pirataria*, praticado por qualquer pessoa com-
«mandando qualquer navio armado e cursando o mar, para
«commetter roubos e quaesquer violencias, não é crime se o
«auctor d'esse facto tiver commissão de algum príncipe ou
«estado soberano.»

Basta este simples enunciado para demonstrar a ausencia de toda a verdade moral relativa da incriminação, assim como o gravíssimo defeito de redacção, confundindo-se a *pirataria* com o *corso*. Se um príncipe ou estado soberano auctorisar *corsarios* em tempo de paz, e sem distincção de navios nem de nacionalidades, o que hoje não é politicamente possível ou muito pouco provavel entre nações civilisadas, mas o tem sido e o póde ainda ser por nações barbares, hão de os respectivos salteadores da mar ser poupados?

Póde e deve fazer-se-lhes guerra de defeza e de extermínio, mas não podem ser tratados como *piratas*, em vista do que dispõe o presente art.; porque a commissão ou auctorisação é uma condição exclusiva da incriminação.

Quanto ao § 1.º, faz ver a desigualdade e injustiça da sua pena, comparada com a do art. e com as determinações do art. 137.º, supra transcriptas do Cod. Hesp. Se o *pirata*, com-
mandante, cujas violencias não são o *fin* mas o *meio*, se abste-
veza das corporaes tanto quando póde, dando caça aos navios sem as empregar, soffre a mesma pena que se ferir, se matar, comtanto que não resulte morte. Não tem elle assim interesse algum em modificar o seu comportamento. O Cod. por-
tanto, n'esta parte, não previne, tanto quanto se póde prever-

mir, que o crime se aggrave por suas circumstancias de crueldade.

Sobre a aggravação da pena, no caso de resultar morte, era ella aqui uma triste necessidade para o legislador, porque tendo esgotado a penalidade maior d'entre as penalidades propriamente ditas, qual é a morte, jáo não podia punir senão aggravando a desigualdade do art., e por isso recorreu ao expediente de fazer desapparecer d'entre os vivos o criminoso.

Sendo para notar, alem d'isso, a injustiça relativa da penalidade n'este ultimo caso, punindo o crime em consideração dos resultados, sem distinguir os casos em que a morte de alguma pessoa não devesse resultar necessariamente das violencias, *scatusões* ou *ferimentos*, aos termos que distinguio o § 2.º do art. 360.º, impondo a pena de prisão maior temporaria com trabalho.

O concurso do crime de roubo com o de homicidio voluntario produz a pena de morte nos termos do art. 433.º, e não com o de *ferimentos voluntarios*, sem intenção de matar, de que resulte a morte; e se os *piratas* são no mar o mesmo que em terra os salteadores de estrada, parece que a pena devia ser-lhes assimillada.

Dizera, e com justa razão, que os *piratas* ainda são mais prejudiciaes á sociedade que os bandos de ladrões assassinos, porque tomam por theatro de seus crimes um terreno neutro, qual é o mar, o que os constitue inimigos do genero humano; mas esta qualificação não quadra menos á perversidade de uns que de outros; a neutralidade do terreno é uma circumstancia fortuita, inherente á natureza do crime; e esgotada a penalidade no crime em grau menor não fica pena a aggravação no grau superior. O *pirata* que passa ao fio da espada ou do al-fange toda uma tripulação, para que d'ella e do crime não fiquem vestigios, é assim equiparado aquelle que sómente emprega a violencia em tanto quanto lhe é preciso para realizar a presa, poupando as vidas que póde!

O § 2.º comparado com o art. e com o § antecedente faz ver tambem uma injustiça na applicação da pena que este-helece; não só porque quaesquer que sejam os resultados da *pirataria* não soffrem os socios do crime maior pena corporal

que o seu capitão, mas também porque ainda que sejam mais crueis que elle, sacrificando centenaes de victimas (*quasque* violências, diz o art.), nunca lhes pode ser imposta a pena superior na escala¹, nem mesmo juntar-se-lhe a de multa, porque o que poderia então considerar-se uma circumstancia aggravante já foi considerado especialmente na pessoa do mesmo capitão. Isto faz ver a insufficiencia da pena, não em si mesma, mas por se ter prodigalisado.

Todavia se não pôde aggravar-se, pôde minorar-se, segundo as regras geraes, se se derem algumas das circumstancias attenuantes, previstas no Cod., especiaes e respectivas a cada um dos delinquentes.

Este mesmo § 3.º requer essencialmente que se demonstre que as pessoas da tripulação tinham conhecimento do crime.

Effectivamente nada mais facil em tempo de guerra do que inculcar-se o commandante como possuidor de authorisação do governo e de carta de corso, sem ter nem uma nem outra cousa ou alguma d'ellas; e pensar a illudida tripulação que fazia o mester de corsario, quando o fazia de pirata.

Pôde mesmo o pirata ter alcançado cartas de corso de dois soberanos em guerra, e annullando-as pelo seu conflicto converter-se de corsario em pirata, sem que a tripulação tivesse conhecimento ou soubesse mesmo avaliar uma similhante circumstancia.

Quanto ao § 3.º é preciso distinguir entre a pirataria segundo o direito em geral das nações, e a pirataria segundo o direito particular de cada uma d'ellas.

A pirataria segundo o direito das nações pôde ser julgada pelos tribunaes do paiz em que os accusados estiverem, ainda que o acto ou actos d'ella tenham sido commettidos a bordo de navio estrangeiro ou pela tripulação originaria de uma outra nação.

Mas ha certos actos que são qualificados de pirataria pelas

¹ A superior seria a de morte, art. 29.º, e se a pena de trabalhos publicos perpetuos possesse ter aggravação, no caso d'este nosso art. é d'este § 2.º, só restaria contemplar a penalidade pelo lado do degrado, visto que é sempre no ultramar, segundo o disposto no art. 78.º § 3.º, e escolher as possessões orientaes da Africa, segundo o preceito do art. 50.º e 72.º § 4.º

leis internas de um Estado, a que o direito em geral das nações não liga a mesma significação. Não é então em virtude do direito internacional que os auctores d'esses delictos são julgados e punidos, mas somente em virtude das leis especiaes que os assimilham aos piratas, leis que não podem ser applicadas, senão pelo Estado que as estabeleceu, e somente a respeito dos seus proprios subditos ou nos logares dependentes da sua jurisdicção.

É assim que leis particulares da Inglaterra e dos Estados Unidos da America assimilham aos piratas os individuos que se entregam ao trafico da escravatura negra¹.

Que outro tanto se verifica na Austria, na Prussia e na Russia, depois do tratado de 1841, concluido com a Inglaterra para o mesmo fim, o que igualmente se praticou entre nós, como se vê do tratado² celebrado com esta Potencia de 3 de Julho de 1842, art. 15.º, assim formulado:

«Sua Magestade a Rainha de Portugal Declara por este art. *pirataria* o trafico da escravatura, e que *aquelles de seus subditos*, que debaixo de qualquer pretexto *que seja* tomarem parte no trafico de escravos, serão sujeitos á pena mais severa immediata á de morte.»

Fôra d'este caso não temos noticia de algum outro, assimilhado á pirataria, a que possa ser applicada a declaração d'este § 3.º, aliás inutil, quanto a esse mesmo caso, por se achar garantida a sua observancia por um tratado.

O Cod. Penal não se fez cargo de mencionar especialmente diversos casos *como de pirataria*, como fez a Lei fr. supracitada de 10 de Abril de 1825, e o Cod. do Brazil, art. 82.º, 83.º e 84.º; e fez bem, a nosso entender, porque os attentados que podem ser commettidos com essa assimilhação têm os seus elementos constitutivos mui diversos da pirataria, que se não confunde ella mesma com algum outro crime; assim

¹ Por um artigo addicional do tratado entre a Inglaterra e França, celebrado em Paris, se haviam estas potencias comprometido a reunir esforços para fazer pronunciar por todas as da christandade a abolição universal e definitiva d'esse commercio; e assim o prometteram os principaes signatarios das mesmas potencias no tratado de 1814, e na declaração feita em Vienna, em 8 de Fevereiro de 1815.

² Publicado este tratado por Carta de Lei de 29 do mesmo mez.

como se não confunde com o assassinato a que tem sido assemelhada.

Se pôde comparar-se a outro crime, é só com o dos salteadores, porque toda a diferença que existe entre um e outro crime é que o theatro de um é o mar, e o de outro é a terra¹.

CAPITULO III.

DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA INTERIOR DO ESTADO.

SECÇÃO 1.ª

ATTENTADO E OFFENSAS CONTRA O REI E SUA FAMÍLIA

ARTIGO 163.º

O attentado contra a vida do Rei ou Rainha reinante, ou do Successor immediato da Coroa, será punido com a pena de morte.

Art. 29.º n.º 1.º, 62.º, 91.º e ref.

Tem concordancias esta incriminação no Cod. fr., art. 86.º, conservada pela Lei de 10 de Junho de 1853, Cod. da Austria¹, part. 1.ª art. 32.º n.º 1.º, Cod. Hesp., art. 160.º Cod. das Duas Sicílias, art. 120.º e 121.º, da Sardenha, art. 193.º, da Prussia, art. 93.º, da Baviera, art. 300.º, e em alguns outros da Alemanha. Identica disposição apparece nos Estatutos Ingl. de Eduard. III e de Geo. III.

Ja existia igualmente na nossa Ord., liv. 3.º tit. 6.º § 1.º que Mello Freire conservou no seu Ens. do Cod. Cr., tit. 14.º § 1.º

Discordam porém o nosso Cod. de 1837 que o omittie; Livingston fez o mesmo, assim como o Cod. do Brazil, que no art. 87.º e seguintes incriminou os attentados, não os penas, mas somente os politicos contra o chefe do Governo.

¹ A differença não existia mesmo antigamente quanto as respectivas authorizações, que comprehendiam por um modo complexo um e outro latrocinio. É assim que Eduardo I, rei de Inglaterra, diz em uma carta datada do anno de 1295: «Bernardus nobis supplicavit, ut nos sibi licentiam marchandi homines et subditos de Regno Portugallie, et bona eorum per terram et mare, ubicunque eos et bona eorum invenire posset, concederemus, quia unquam de sibi ablatiis malis integram habuisset restitutionem.» Azuni, Droit. mar. de l'Europ, tom. 2.º cap. 5.º art. 3.º § 4.º

² Mas este Cod., para bem fazer sentir que não especificava o crime; só não como do Estado, não fallou da vida do imperador; omitiu tratar do successor do throno, e qualquer outro membro da familia real, cujas offensas pessoas assim ficaram para o direito commum; e absteve-se mesmo, quanto ao imperador, de o designar por esse titulo, empregando as palavras = ataque á segurança pessoal do Chefe supremo do Estado =.

No Cod. da Toscana, de Leopoldo, de 30 de Novembro de 1786, art. 62.º, foram em geral abolidos todos os crimes de lesa-majestade, e se ordenou que fossem considerados pelo direito commun nas suas classes respectivas, mais ou menos qualificadas segundo as suas circumstancias mais ou menos aggravantes.

Ha tanta immoralidade em se defender o assassinato, qualquer que seja a fórma de que se revista, qualquer que seja a sua victima, como ha de inconveniencia e de contraproduccencia em se exagerar os rigores da penalidade contra os attentados que possam comprometter a segurança pessoal do chefe do Estado e da sua familia. O que facilmente se demonstra reflectindo-se sobre as disposições contidas n'esta secção.

É certo que estes attentados, pela intima ligação que têm com a ordem social, abalam o edificio politico até aos seus fundamentos; e que mesmo quando ficam frustrados produzem uma grande perturbação no Estado. Do horror e terror que elles inspiram vem o considerar-se nos paizes monarchicos os attentados contra a vida do rei como de *parricidio*, pela ficção que faz de um rei o pae do seu povo.

O despotismo desconfiado dos romanos os consideravam como *sacrilegio*¹, e Rossi attribue a disposição do Cod. fr. aos receios do despotismo de Napoleão.

Mas para se respeitarem os principios da justiça moral, para melhor se proteger a fórma social do paiz contra os ataques dos partidos ou dos perversos, para não serem violadas por excepções repugnantes as disposições elementares do direito penal, e para enfim sobretudo se poder fazer uma proporcionada e prudente distribuição entre as gradações da pena e as da criminalidade, teria sido preferivel seguir o exemplo, não dizemos do Cod. de 1837, poisque não chegou a ser promulgado o Decreto que o sancionou, mas de Leopoldo, de Livingston, e do Cod. do Brazil, digno a este respeito, como a muitos outros, dos nossos elogios.

¹ D. Lib. 48.º tit. 6.º fl. 1.º: Proximum sacrilegio crimen est quod majestatis dicitur.

Quanto á denominada pena de morte, tendo-a nós condemnado absolutamente, não a podemos applaudir nem mesmo no crime de que se trata. Reservariamos para elle outra mais violenta, mais dura, mais exemplar e de verdadeira expiação e penitencia. Escusado é entrar aqui em maiores desenvolvimentos a este respeito, porque já o fizemos ao art. 29.º e outros logares.

Mesmo que a não condemnássemos, a pena não é bem applicada, quando sem distincção nos casos da morte do rei, com ou sem premeditação.

A premeditação é uma circumstancia aggravante, art. 19.º n.º 1.º; quando ella não concorrer, nem alguma das que são enumeradas no art. 351.º, a pena, segundo o art. 349.º, é a de trabalhos publicos por toda a vida. A falta pois da premeditação equivale a uma circumstancia attenuante que faz rebaixar a pena.

Mas responder-se-ha que esta circumstancia como attenuante e quaesquer outras são cobertas e annulladas pela aggravante que se deriva da natureza do attentado, por ser o seu objecto a pessoa sagrada e inviolavel do rei ou do chefe do Estado que prepondera sobre todas.

Convimos; mas quando a essa circumstancia se reunirem muitas outras aggravantes o crime não é punido de um modo condigno. A morte então não basta, é preciso mais. D'onde resulta a necessidade de se fazer viver o culpado, para que a justiça lhe possa fazer soffrer os rigores de uma longa expiação que por uma serie incalculavel de privações e de padecimentos o reconcilie com os homens e com a Divindade, e que estenda pela sua duração, a par da memoria, o exemplo contra o execrando crime que se perpetrou.

Para sairmos d'esta difficuldade, o exemplo do Cod. de 1837, o de Livingston, de Leopoldo, e o do Cod. do Brazil, guardando silencio sobre semelhantes attentados, nos parece preferivel. Solon se absteve de fazer leis contra o parricidio, porque o não julgou possivel; e nós tambem, apesar dos exemplos de nações estranhas, e mesmo do horroroso attentado commettido na noite de 3 de Setembro de 1758 pelo duque de Aveiro e seus cumplices contra o Sr. D. José I, não de-

venhos imaginar que se reproduzam. Não o evitam a Ord. do liv. 5.º tit. 6.º, e se por fatalidade algum outro se apresentasse as disposições do direito communi seriam mais que bastantes para punir o crime; para se conseguirem os mesmos resultados, mas com a igualdade que a Lei fundamental do Estado recommenda a respeito da lei penal. O mais forte baluarte da vida e segurança pessoal do rei está no coração, no amor dos povos; está no desenvolvimento da civilização e instrução religiosa; está na moralidade dos partidos políticos; está nas medidas preventivas de uma boa policia, e na repressão dos clubs conspiratórios e niveladores; e não no espirito de vingança, que nada remedia quanto ao passado nem previne quanto ao futuro¹.

O governo provisório por um Decr. de 26 de Fevereiro de 1848 tinha abolido a pena de morte em materia politica. Esta determinação havia sido confirmada no art. 5.º da Constituição de 4 de Novembro do mesmo anno. Uma duvida muito seria se suscitou depois de proclamado o imperio de Napoleão, qual a de se saber se os art. 86.º e 87.º do Cod. Pen.,

¹ Um dos paizes monarchicos com os rigores da maior severidade e penalidade que hoje existem no meio da Europa civilizada é o reino de Naples. Nenhum Cod. conhecemos mais cruel e inexoravel sobre taes crimes que o das Duas Sicilias, comminando no art. 120.º a pena de morte, não só dada por um modo infamante é especial *us forei*, mas ainda aggravada com o 4.º grau de *exemplar publico*; que é nos termos do art. 6.º:

«Le transport du condamné sur le lieu de l'exécution, les pieds nus, vêtus de noir, avec un voile noir qui lui couvra le visage, et traité sur une planche posée sur des petites roues; avec un drilleau sur la poitrine; a portait en lettres capitales: Homme impie = ».

Nas esse Cod., esse regimen e a tão apregada intimidação não evitou o attentado committido recentemente contra a vida do monarcha napolitano no dia 9 de Dezembro de 1856, em pleno dia, por um soldado em acto de revolta, saindo elle das fileiras de bayoneta colada, de que fez emprego, posto que frustrado por circumstancias materiaes.

Não só o não evitam então, mas não ha certeza de que os evite similhantes de futuro, a dar-se pelo as declarações do delinquento.

Com a maior presença de espirito, sendo interrogado, pedin elle mesmo escrever o seu depoimento, declarando:

«Ha seis annos que aborrego de caraglio Fernando II. Pertengo ao bando negro, que se sublevaram na Calabria. Era o meu maior desejo levar a terra e o povo a matar. Não tenho o menor intento de revelar o nome dos irmãos que a Calabria conspiram para desoestronar o mundo de um tyranno; mas tempo virá em que os seus penhascos me vinguem.»

que haviam caducado pela abolição da ordem monarchica, re-suscitavam para proteger o Estado, seja na pessoa do soberano, que se tornava a personificação do restabelecimento de um throno, seja na mesma nova monarchia, que constitua a nova organização do paa¹.

Esta duvida veio dissolver a Lei de 10 de Junho de 1848, mantendo a abolição da pena de morte nos crimes politicos, mas fazendo uma excepção em favor da nova familia imperial.

A este respeito se disse por parte da respectiva commissão perante o corpo legislativo:

«L'assassin qui porte sa main sacrilège sur un souverain ou un membre de sa famille, n'en est que plus exécrable, car un souverain est plus qu'un homme, il est la représentation d'un peuple... Une dynastie appartient à l'Etat; il doit à tous ceux qui la composent une protection spéciale, qui est la garantie de ses propres intérêts.»

Se não ha nestas palavras uma expressão de odio, de lisonja, de afeição á monarchia, para predominar por um modo especial, não o systema penitenciario, mas o de extermínio e da

Como elle póla existem adjectivos *funestas politicos*, dedicados ao mesmo fim, e no meio do drama tão horroroso e tão perigoso sob o ponto de vista social é admiravel a grandeza de alma, tanto no desprezo da morte, na resignação ao martyrio, como na lealdade aos confederados que appellidaveis irmãos, e de *esperança* de que elles o vingariam. E ha de esse *funesto politico*, que apenas conta vinte e seis annos de idade, ser confundido com os vis salteadores de estrada, que roubam e matam o infeliz viandante? Ha de soffrer a pena de morte?

Não ficam existindo os mais conspiradores animados dos mesmos desejos para o mesmo fim? A execução mesma não será para elles um motivo de mais para os estimular a novas tentativas?

Dá-se a respeito do delinquento uma perversão de facilidades *motocri*, e loucura que accompanha o fanatismo; mas não a perversidade de alma e corrupção que caracteriza o grande criminoso.

Todavia resta a vingança, a creença de que ficará um conjurado de menos, uma corda penhasco de que é possível que algum d'elles se contenda em presença do exemplo; e sobretudo a execução da lei penal; e fica portanto o que basta para que a pena seja executada! De facto foi e quasi in continenti...

O regime republicano havia feito desaparecer completamente as duas primeiras disposições do art. 86.º do Cod. Fr. Nem uma disposição analoga havia sido publicada depois para proteger o presidente da republica; hoje imperador dos francezes, que não tinha para esse effeito outras disposições mais que as que respeitavam em geral aos funcionarios do Estado e aos mais cidadãos.

intimidação, ha uma argumentação que pecca por diminuta ou por excessiva.

Se colhe a razão de que um monarcha merece uma especial protecção, porque é mais que um homem, como *representante* da nação, um attentado de rebelião que tivesse por fim o massacre dos pares ou deputados da nação, que nos termos do art. 12.º da Carta são com o rei os representantes da nação, deveria entre nós ter, como não tem, uma igual protecção. A mesma razão não conduziria ás mesmas consequências, quanto aos outros membros da familia real que não têm como taes a qualidade de representantes da nação, e só a adquirem ou pela elevação ao throno ou pela eleição, ou nos termos do art. 40.º da mesma Carta, como pares natos, o principe real e os infantes logo que cheguem á idade de vinte e cinco annos.

Demais a razão derivada da protecção especial desapparece nos casos de veneficio, de parricidio, de homicidio premeditado ou aggravado por alguma circumstancia especial, e nos de infanticidio.

Em todos estes casos a conclusão penal por direito commun é a maior das penas, a mesma que por direito especial é estabelecida em protecção do rei ou dos membros da familia real.

Assim a protecção especial se torna impossivel por ficar nos limites da lei commun, applicavel ainda que a victima do crime seja o mais humilde dos seres humanos existentes na sociedade.

Se ao menos, como temos ponderado, a pena de morte se aggravasse em taes casos, como se acha no art. 300.º do Cod. da Baviera, no Cod. das Duas Sicilias, admitindo diversas gradações de aggravação, e escolhendo no art. 120.º a maxima denominada de *quarto grau de exemplo publico*, e no Cod. da Prussia, art. 61.º e 73.º, comminando para os mesmos casos as aggravações, que de facto o nosso Cod. admite, como *effeitos* em geral da pena, alguma logica e justiça poderia dar-se na reserva das mesmas aggravações.

Mas, rejeitadas essas aggravações ou admittidas sempre na pena de morte, seria necessario, para que a lei fosse justa,

que os homens podessem ter existencia por mais de uma vida, como as doações dos bens da corôa, os titulos honoríficos, os aforamentos, as transmissões por substituição ou fideicommisso, e que por este modo podessem perder uma, duas, tres ou todas as vidas que tivessem, para que a pena de morte podesse graduar-se segundo a maior gravidade relativa do crime.

Ainda assim essa proporção seria impossivel, sempre que os criminosos tivessem já perdido, por facto ou sentença, algumas de suas vidas, não achando a lei penal scção ás restantes para d'ellas dispor!

Concluamos pois que é indispensavel não só a abolição da pena de morte, mas a reforma do vicioso regimen penitenciario por que actualmente se regem os povos; esta porém será impossivel, em quanto os legisladores se contentarem com as utilidades que pensam tirar da intimidacão e do exterminio de certos criminosos, e entenderem que não podem punir por outros meios. No entretanto, a moral e a justiça dormitam!

ARTIGO 163.º

§ 1.º O attentado consiste na execução ou na tentativa.

§ 2.º O homicídio consummado ou frustrado do Regente ou Regentes do Reino será punido com a pena de morte; e a tentativa com a prisão perpetua.

Art. 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 11.º, 89.º § un., 90.º, 34.º e ref.; 91.º e ref.

A lei romana punia aqui o pensamento do crime, como o crime mesmo — *Eadem severitate voluntatem sceleris quæ effectum puniri jura voluerunt* — Liv. 5.º Cod. ad. leg. Jul. majest.

A nossa legislação seguiu esta de perto, como se vê da Ord. Man., liv. 5.º tit. 3.º §§ 1.º e 20.º, fonte proxima da Filippina, mesmo liv. tit. 6.º §§ 1.º e 21.º — *Tratasse morte* — é a expressão que se empregou, tão vaga que podia abranger a cogitação e resolução do crime sem acto algum externo por onde se conhecesse, e sem mais prova que leves indícios, ditos de testemunhas suspeitas, inimigas ou inhabeis, e alguma confissão ou palavras arrancadas por entre as angustias de uma tortura, como admittiam e permittiam em casos taes essas mesmas Ordenações, a Filip. no § 29.º, e a Man. no § 30.º

O Cod. Fr. de 1810 definiu melhor, mas seguiu o mesmo caminho, dispensando a existencia do facto, para cair com o mesmo rigor sobre o delinquente.

Em logar do facto consummado ou frustrado empregou as palavras — *attentat* — *complot* — attentado ou conjuração; e não só contra a vida, mas em geral, contra a pessoa do monarcha — *contre la vie ou contre la personne* —; e se não puniu como a legislação romana a simples cogitação ou resolução do crime, foi certamente porque o legislador reconheceu que

não tinha o poder da Divindade, para se assenhorear dos factos mentaes.

Mas no art. 88.º cuidadosamente procurou dar uma significação amplissima á palavra — *attentado* —, dizendo que para se julgar existente bastava um acto qualquer de execução, ainda que esse acto não fosse acabado, mas sómente *começado*! E no art. 89.º declarou que não era necessario, *nem mesmo* a existencia d'esse acto, completo ou incompleto, sempre que o réu não fosse só, mas tivesse outro companheiro com quem houvesse concertado a perpetração do crime.

«Art. 88.º Il y a attentat dès qu'un acte est commis ou «*commencé pour parvenir à l'exécution de ces crimes, quoiqu'ils n'aient pas été consommés.*»

«Art. 89.º Il y a complót dès que la résolution d'agir est «*concertée et arrêtée entre deux conspirateurs ou un plus grand nombre, quoiqu'il n'y ait pas eu d'attentat.*»

Tanta barbaridade foi modificada pela revisão da Lei de 28 de Abril de 1832. Eliminou-se do art. 86.º a conjuração para ficar só o attentado, e corrigiu-se a definição d'este mesmo art., declarando-se que o attentado consistiria sómente na execução ou na tentativa:

«Art. 88.º L'exécution ou la tentative constitueront seules l'attentat.»

Assim ficou alterado n'esta parte completamente o systema do Cod. de 1810.

A conjuração e os actos preparatorios do attentado, não seguidos de tentativa de execução, não ficaram mais assimilados ao attentado, e exigiu-se formalmente, para que a tentativa ficasse na mesma linha do attentado, que houvesse algum facto material e positivo de execução; mas ainda, contra as regras de direito commum, ficaram incriminados por este modo, como se fossem factos igualmente puniveis, a morte ou os ferimentos e outras offensas pessoaes, os factos consummados ou os frustrados, e os que não saíssem dos limites de uma simples tentativa¹.

¹ Segundo a logica de Treilkard, a regra da imputação para a pena é que a tentativa frustrada ou o crime frustrado deve ser igualmente punido. por

O Cod. da Sardenha recou até ao Cod. Fr. de 1810, com quanto fosse publicado em 26 de Outubro de 1839: Copiou os art. d'este Cod. com todos os defeitos supra-notados, que haviam sido modificados pela Lei de 28 de Abril de 1832!!

Não é para admirar pois que o Cod. das Duas Sicílias imitasse também em 1819 o Cod. Fr. de 1810, e até na definição que deu no art. 124.º de = attentado =:

«L'attentat existe dès l'instant où l'on a commis ou commencé un acte voisin de l'exécution de chacun des méfaits désignés.»

O legislador das Duas Sicílias não considerou a execução no crime consummado ou frustrado, e consequentemente que as palavras = voisin de l'exécution = se deviam entender do último acto d'ella, ou que nenhum outro restava a praticar para chegar ao complemento do crime, porque no art. 70.º das disposições geraes qualificou de muito visinhos da execução os que precedem esse ultimo acto; e portanto os actos = visinhos = ficam ainda mais remotos, e sendo comprehen-

que o agente fez quanto estava da sua parte para commetter o crime: «... il a commis le crime autant qu'il pouvait le commettre, et qu'il a dès lors encouru la peine prononcée par la loi.»

Era a doutrina de um dos capitulares de Carlos Magno, liv. 7.º cap. 151.º: «Qui hominem voluntariè occidere voluerit et perperione non potuit, homicida tamen habetur.»

Era também a doutrina da Lei fr. de 22 prairial, anno iv, que passou para o Cod. Pen. de 1810, no que a Lei fr. de 28 de Abril de 1832 não fez alteração alguma em attenção ao poder deixado ao jury de modificar a pena em consequencia da sua declaração sobre circumstancias attenuantes; e finalmente, entre outros Cod., do moderno da Prussia, § 32.º, entregando tudo ao arbitrio dos juizes a modificação das penas, e confundindo a tentativa com o delicto frustrado.

Assim se conservou a legislação barbara da lei romana, *Cornelia de vi. publicis*: «Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidio damnandum.»

Rossi e muitos outros auctores combateram semelhante doutrina, que é fundada no erro de se medir a justiça social pela justiça moral exclusivamente; doutrinas espiritalista, que não contempla todo o mal resultante do crime, e que só contempla o mal material resultante do crime como facto recelador da criminalidade do agente.

Chauveau e Helie, distinguindo o crime tentado do consummado, referiam na Theor. de Dir. Pen., tom. 1.º cap. 10.º, esta doutrina, em quanto tomavam em conta sómente a tentativa, em razão da possibilidade da desistência, que, cessando no crime frustrado, igualaram ao consummado:

didos, quando apenas começados, confundem-se, se é que não são o mesmo que actos preparatorios! Que pelago immenso para as conjecturas, para a arbitrariedade, para o'elle se mergulhar um innocente!

O Cod. Hesp. adoptou a doutrina do Cod. Fr., mas dispensou a definição de = attentado =, rejeitando a expressão e incrementando desde logo a tentativa, como se vê do art. 160.º:

«El reo de tentativa contra la vida ó la persona del rey ó el inmediato sucesor á la corona, incurrirá en la pena de muerte.»

Escusada então ficava aquella definição, porque a de tentativa já estava dada no art. 3.º das disposições geraes:

«Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delicto directamente por hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquiera causa ó accidente, que no sea su proprio y voluntario desistimiento.»

O Cod. da Austria contentou-se em incriminar especialmente, no art. 52.º part. 1.º, como crime de alta traição os ataques dirigidos contra a segurança pessoal do chefe supremo

«Quand cette faculté a cessé d'exister, ce n'est plus une tentative, le crime est consommé.»

Ora que o crime frustrado não seja pela razão dada o mesmo que tentado, ou que o crime frustrado seja o mesmo que consummado é falso, porque são dois factos materiaes distinctos, a que não deve corresponder portanto a mesma quantidade de remedio penal, desde que elle se não mede sómente pela intenção. e, se assim fôr, atrocissima seria a legislação que pune os factos involuntarios ou occasionaes em que fallece o elemento moral, mas em que prepondera o material. Pela mesma razão se fallece este e prepondera aquella, a punição deve ser condigna, mas não tanto como se se desse o pleno concurso de ambos, como ponderámos no art. 11.º no tom. 1.º

Mas, se pela doutrina de Treillard, nem a de Chauveau foi admittida nas regras geraes do Cod., e se antes se faz distincção entre crime frustrado e consummado, como se vê do mesmo art. 11.º e 39.º, na incriminação do attentado, ou ha uma falta de coherencia no desvio que aqui se manifesta d'essas regras, ou na abstracção d'artas se prova uma quebra da justiça social em que se fundam.

O Cod. da Prussia, art. 93.º, 95.º e 97.º, pune toda a qualidade de attentado contra a vida ou liberdade do soberano, e isto com a pena de morte, e até confisco de bens e desterro ou reclusão perpetua dos filhos dos delinquentes.

Um Estatuto de Geo. III, de 1793, pune não só o attentado, mas até a intenção formada a manifestada de attentar contra a vida ou a liberdade do rei, da rainha ou do herdeiro presumptivo da coroa.

do Estado, e de comminar no art. 53.º a pena de morte ainda que o crime não transpuzesse as raias da simples tentativa: «... encore qu'il soit resté sans effet, et dans les limites d'une simple tentative.»

O mesmo Cod. porém se absteve de definir o que devia entender-se por tentativa n'este caso, porque a definição estava dada no art. 7.º, declarando-a punivel, comtanto que a execução do crime fosse suspensa por causas independentes da vontade do criminoso.

O moderno Cod. da Baviera absteve-se de equiparar a tentativa d'este crime mesmo, declarando explicitamente no art. 307.º que fossem observadas as disposições geraes:

«La peine des complices en matière de haute trahison ou de trahison d'Etat, comme aussi celle de la tentative de l'un des actes exprimés ci-dessus, seront appliquées conformément aux dispositions générales de la loi.»

Esta disposição completa-se pela disposição dos art. 38.º, 39.º, 60.º, 61.º e 62.º Se o criminoso não desistiu voluntariamente, e a tentativa foi proxima, isto é, levada muito perto da execução do crime, a pena de morte é substituída pela de ferros ou de casa de força por tempo indeterminado; e se foi remota, a pena de morte é substituída pela de prisão com trabalho de tres a cinco annos.

Quando porém a desistencia é voluntaria, quer a tentativa seja proxima, quer seja remota, e o réu assim o prova, não é passível de pena alguma, ficando sómente sujeito á vigilância especial da policia.

Em nenhum dos demais seis Cod. de Allemanha, publicados depois de 1838, se assimilha a tentativa ao facto consummado nos crimes de que se trata, ficando portanto para ser punida segundo as regras geraes, que é sempre com atenuação da pena, quer no crime frustrado, quer na simples tentativa ou tentativa propriamente dita.

A desistencia voluntaria produz necessariamente, segundo estes Cod., a impunidade do réu qualquer que fosse o seu motivo da abstenção do crime. O Cod. de Hanover apenas o sujeita como o Cod. da Baviera á vigilância da policia; e o de Hesp. exige a prova de que a desistencia foi volunta-

ria e motivada pelo arrependimento, no que em parte concorda com o art. 58.º do mesmo Cod. da Baviera, estabelecendo que esta desistencia não é presumivel¹.

Aquelle que se abstém espontaneamente (se diz no commentario official d'este Cod.) da consummação do crime, ou sem ser impedido por circumstancias externas e independentes da sua vontade, não deve ser punido como culpado de tentativa, seja porque a sua abstenção merece em si mesma essa contemplação, seja porque muito convem ao Estado impedir a consummação dos crimes, e animar os malféitores a desistir de seus projectos criminosos, promettendo-se-lhes a impunidade quando os abandonem para escutar a voz da sua consciência.

E nós acrescentámos que sendo, como é, isto exacto, quanto mais grave for o crime, e mais aterradoras e deploraveis para a sociedade forem as suas consequências, tanto maior é o interesse do Estado, e mais positiva e rigorosa deve ser a determinação da lei, em manter a promessa da impunidade em taes casos.

Postas estas observações se manifesta que este § 1.º é uma imitação do art. 88.º do Cod. Fr., eliminada a palavra restrictiva — *seules* —, que ali foi introduzida para bem se fazer conhecer que a conjuração — *complot* — era excluída do *attentat*, ficando porém assim o mesmo § em harmonia com os Cod. da Sardenha, das Duas Sicilias, Hesp. e da Austria, e em desharmonia com o da Baviera, e todos os modernos da Allemanha, que deixaram a tentativa para o direito commun, considerando-se tanto a tentativa propria como impropriamente dita.

Por esta fórma apparece o defeito de se ter na mesma linha de conta a morte consummada e a frustrada do rei ou do successor da corôa, para ser punida com a mesma pena;

¹ Rossi impugna esta disposição, *Trait. de Droit Pen.* tom. 3.º, part. 6.º:

«On s'est écarté du but de la législation bavaroise, en posant en principe que le désistement volontaire ne se présume pas. Il doit, au contraire, être présumé toutes les fois que l'accusation ne parvient pas à prouver que la tentative a été interrompue par des circonstances Équitables et indépendantes de la volonté de l'auteur.»

o que é repugnante com os princípios da justiça penal. Se quanto á intencionalidade nada falta para a imposição da pena, é grande a distancia que vai do crime frustrado ao consummado, com relação á quantidade material do danno e ao alarmo ou perturbação causada na sociedade.

As conveniências sociaes pedem que se conserve esta differença. Certo o criminoso de que soffrerá a mesma pena, qualquer que seja o resultado do attentado, será mais cauteloso na escolha dos meios, para que sejam mais efficazes e mais seguros.

Esta injustiça porém cresce quando no mesmo § se vê identificada com a execução do crime a simples tentativa, ou quando só teve logar um começo de execução. A differença então dá-se mesmo quanto á intencionalidade, porque se não presume bem pronunciada, em quanto o criminoso não praticou o ultimo acto de execução. Até esse momento podia elle arrepender-se, e ninguém pôde afirmar nem provar que se não arrependeria independentemente das causas estranhas que lhe obstaram á consummação do crime.

A differença existe mesmo em relação á quantidade do alarmo. A execução perfeita, mas sem resultado, causa maior perturbação publica do que uma execução incompleta ou apenas começada. Nesta mesma execução incompleta ha gradações conforme os actos de começo de execução são mais ou menos numerosos, mais ou menos proximos do ultimo d'ella, o que influe tanto na apreciação da intencionalidade como na do alarmo causado pelo maleficio.

Pelo lado das conveniências sociaes e da segurança pessoal do rei e do successor do throno esta aggravação de injustiça pôde ser causa das mais fataes consequencias.

Certo o criminoso de que perderá a vida desde o momento em que pratique o primeiro acto de execução, não tem motivo algum de interesse ou de utilidade pessoal em deixar de praticar todos quantos meios lhe restarem para a consummação do crime. Repetirá, se poder, as tentativas, pois não lhe fica outra esperanza de salvação talvez senão na mesma consummação do crime.

A injustiça e a contraproducencia d'esta incriminação e

penalidade toma uma extraordinaria dimensão ainda em vista do que se estabeleceu nas disposições geraes do Cod. á respeito da tentativa.

O art. 9.º determinou que nos casos especiaes em que a lei qualifica como crime consummado a tentativa de um crime, a suspensão da execução d'esse crime pela vontade do criminoso não é causa justificativa.

É precisamente uma d'esses casos a disposição especial d'este §, porque a tentativa da morte do rei ou do successor da coroa é punida como se puniria esse crime quando consummado. Logo, embora se arrependa o criminoso e suspenda a execução por determinação da sua vontade, por impulsos da sua consciencia, o arrependimento não o justifica.

Sómente lhe resta invocar a disposição do art. 27.º n.º 7.º e 11.º para desviar a pena de morte, nos termos dos art. 80.º e 81.º, soffrendo em todo o caso uma das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão ou degredo. O beneficio que assim colhe do seu arrependimento é tão pequeno, que não poderá ser uma das causas determinantes da sua vontade, e, pelo contrario, para muitos delinquentes a morte será preferivel.

Dados pois os primeiros passos na carreira do crime é aqui o mesmo Cod. o que impelle á consummação!!

Este defeito se torna ainda mais sensivel em vista dos art. 175.º e 179.º § 4.º, que em crimes de rebelião e de sedição admittiu o arrependimento para inteira impunidade, dadas certas circumstancias.

Quanto ao § 2.º labora nos mesmos defeitos que o § antecedente em quanto pune com a mesma pena o delicto frustrado e o consummado. Modificou um pouco a penalidade quanto á tentativa; mas é tão grave a pena, que procedem ainda em grande parte as considerações que deduzimos ao § antecedente. A indivisibilidade d'essa pena não dá logar a poder-se proporcionar aos diversos graus de criminalidade que podem dar-se na tentativa, segundo os actos são mais proximos ou mais remotos do ultimo acto de execução.

Aqui porém, não sendo applicavel o art. 9.º, poisque a tentativa do crime não é assimilada ao crime consummado,

o criminoso até ao ultimo acto da execução pôde arrepender-se, e assim fica isento da pena, se causas estranhas o não tolheram na execução. Por esta fórma ficou melhor protegida a segurança pessoal do regente que a do rei ou do successor da corôa, quando outra parece haver sido a intenção do legislador!

A fonte proxima d'este § encontra-se, mas só quanto á primeira parte, no art. 155.º do Cod. Hesp.: «... contra el «reiente ó reientes del reyno... el homicidio consummado ó «frustrado... se castigará com la pena de muerte.»

ARTIGO 164.º

Aquelle que tomar a resolução de commetter algum dos crimes declarados no artigo antecedente, se praticar algum acto para preparar a execução, será condemnado a degredo temporario.

A fonte proxima d'este art. é visivelmente o art. 90.º do Cod. Fr., d'onde foi traduzido, com a unica differença quanto á penalidade de ser aqui a de *degredo temporario*, em quanto ali é a de *detenção*. Não se achava similhante incriminação no Cod. de 1810; foi introduzida pela revisão da Lei de 28 de Abril de 1832, e conservada nos Projectos belgas de 1834, e no denominado de M. Haus, com a restricção da detenção de cinco a dez annos.

O Cod. Hesp. rejeitou-a, e não se encontra em Cod. algum d'entre aquelles que confrontámos.

Pelo contrario no Cod. da Austria, part. 1.ª art. 8.º, se estabeleceu em principio:

«Personne ne peut être contraint de rendre compte de «ses pensées ou de ses desseins intérieurs, tant qu'il n'a pas «entrepris une action extérieure commédiable.»

Por muito que sejam offensivos da segurança interna do Estado os crimes de que trata o art. antecedente, por muito que se repute necessario punir o começo de uma tentativa que possa produzir algum d'esses crimes, a justiça e a segurança individual não podem consentir que se punam não só os factos materiaes constitutivos de um delicto ou do começo de execução de um delicto, mas até os pensamentos, os projectos, as resoluções internas.

É certo que os legisladores da Lei fr. de 28 de Abril de 1832 conheceram que não podiam incriminar essas resoluções, senão considerando-as no momento em que se manifestassem por um acto externo, e por isso o art. 90.º do Cod. Fr.,

que este nosso art. seguiu, exige formalmente essa manifestação, como condição essencial do crime; mas não é menos certo, que sempre se toma como elemento constitutivo d'esse crime a resolução de o commetter, e que o acto externo não é *directamente* de execução; não é mais que de indução; e não tem uma ligação íntima com os actos constitutivos da tentativa, sendo quasi sempre ambíguos, e que portanto não revela com certeza a culpabilidade de seu auctor.

Os actos preparatorios sómente poderiam coadjuvar uma indução, quando fossem em si mesmos = *condemnateis* = como se exprime o Cod. da Austria, ou quando elles constituem um delicto = *sui generis* =, como estabelecem alguns dos modernos Cod. da Allemanha. Fora d'estes mesmos casos, segundo estes mesmos Cod., se os actos preparatorios se julga terem relação com crime gravissimo, só podem dar logar á vigilância especial da policia, considerada não como pena, mas unicamente como medida necessaria de precaução, no mesmo sentido em que antigas leis da Allemanha exigiam a caução = *de non offendendo* = a que se refere o art. 176.º da Constituição criminal da Carolina.

Em vista do exposto teriamos por acertado que fosse reputada a incriminação do art. 90.º do Cod. Fr., e tomássemos a este respeito o exemplo do Cod. Hesp.

Comtudo, para se dar a este art. a intelligencia menos repugnante, em harmonia com o que se acha estabelecido no art. 373.º, em relação aos crimes de homicidio, se deverá entender, que ainda que a expressão, como traducção do Cod. Fr., não seja aqui idéntica, exprime a mesma idéa, e que portanto se quiz tanto ali como aqui incriminar o *facto juridico* da *premeditação* ou *designio formado* antes do *acto para preparar* a execução.

Por esta forma é precisa a concorrencia de duas provas distinctas, que ambas devem ser concludentes, uma dos factos constitutivos da *premeditação*, e outra do *facto preparatorio*, que deve ter relação tão íntima com a resolução, que não possa ter outra explicação. De outro modo se tomará, sem demonstração sufficiente, como *effeito* o que o não é ou pôde não o ser; a suspeita assumindo o logar da verdade; e o so-

phismo do legislador elevado ás alturas de prova provada em materia de *facto material* punivel, e não menos do que com uma das penas maiores postoque *temporaria*.

A excessiva moderação da pena, comparada com a de morte comminada no art. antecedente á simples tentativa do crime, demonstra que o legislador, collocado na dura alternativa ou da falta de repressão, por falta da prova sobre o *designio formado* e irrevogavel, ou de punir com nimia severidade um *innocente*, preferiu atenuar a penalidade, tanto quanto lhe foi compativel com o terror de que se achava dominado. A justiça porém, assim moral como social, tem outras regras, e as medidas meramente preventivas se reduzem ás da vigilância da policia, exclusivas sempre da imposição de penas sem crime provado.

ARTIGO 165.º

Se dois ou mais individuos concertaram entre si e fixaram a sua resolução de commetter algum dos crimes declarados no art. 163.º, e esta conjuração for seguida de algum acto praticado para preparar a execução, serão condemnados a degredo perpetuo.

§ unico. Se nenhum acto for praticado para preparar a execução, serão condemnados a degredo temporario.

A fonte proxima d'este art. é tambem o Cod. Fr., no art. 89.º, como já temos notado ao art. 144.º O Cod. Hesp. concorda no art. 161.º, mas sem a distincção de seguirem ou não a conjuração alguns actos preparatorios. Tambem concorda o Cod. da Austria, art. 56.º, das Duas Sicilias, art. 120.º, 121.º, 122.º e 123.º, da Sardenha, art. 183.º, 184.º e 187.º, da Baviera, art. 300.º § 1.º n.º 2.º, e os modernos da Alemanha, (Étud. Comp.)

O do Brazil exige que os conjurados tenham não só concertado a perpetração do crime, mas os meios e o tempo de o executar. Todos os outros Cod. mencionados tornam a culpabilidade dos conjurados independente dos meios de execução, ou da habilidade, prudencia ou importancia politica ou civil dos criminosos.

Comtudo não é justo voltar uma medida excepcional, como é a d'este art., contra alguns desgraçados, loucos, cegos, visionarios e imprudentes, que facilmente se evitam e se dão a conhecer, e que não podem ser temidos como os inimigos do rei ou da causa publica, dotados de outra intelligencia e sagacidade, e que possuem recursos e meios physicos e moraes de outro alcance. A omnipotencia e prudencia do jury pertence então cumprir a lei, pela intenção do legislador.

O nosso Cod. adoptando a legislação franceza, com a dis-

tinção da existencia ou não existencia dos actos preparatorios, que devia ser repellida, como a repelliu o Cod. Hesp., e que não tem modelo nos outros Cod., não merece censura, a nosso ver, em quanto se absteve de incriminar a *proposição de concerto não accie* — *proposition faile et non agréé* — de que tambem tratou o cit. art. 89.º

Acha-se esta incriminação reproduzida no Cod. da Sardenha, art. 188.º, e no das Duas Sicilias, art. 126.º; mas o nosso Cod., a exemplo do Hesp., a rejeitou, e com justa razão, ou seja pelos motivos que dá Rossi, Dir. Pen., tom. 2.º pag. 287, ou pelos que dá Chauveau e Hélie, Theor. do Cod. Pen., part. 2.ª pag. 287.

Quanto á penalidade, é claro que, se condemnâmos a incriminação, com mais forte razão não podemos deixar de censurar a imposição de degredo perpetuo e temporario, que aqui se commina. Se não ha verdade moral na incriminação, a injustiça da pena cresce na razão directa da sua maior gravidade.

Uma conjuração ou concerto não é mais que a resolução de commetter o crime por mais de um individuo, a que acresce o facto da *communição* reciproca da mesma idéa, do mesmo pensamento, que se torna criminosa em razão do *pacto posterior* a essa communição de obrar, não cada um de sua conta e risco, mas em commun, cooperando para o mesmo fim.

Aos dois factos pois, elementos constitutivos da incriminação feita no art. antecedente, acresce a de um terceiro e quarto facto, quaes o da communição e o do pacto formado. Sómente provados concludentemente estes quatro factos e a concordancia d'elles entre si, é que os juizes podem, com alguma sombra de justiça e de moralidade, applicar a pena gravissima de degredo perpetuo, em relação a um crime que não chegou a ter nem começo de execução.

Cumpra portanto que se demonstre:

- 1.º A premeditação;
- 2.º A communição;
- 3.º O pacto illicito;
- 4.º O acto preparatorio;
- 5.º A ligação intima d'estes factos entre si e com relação directa aos crimes de que trata o art. 53.º

Ha de ser muito difficil que esta prova e demonstração cabal complexa se verifique sem o sophisma=*cum hoc ergo propter hoc*=; mas se for possível essa demonstração, teríamos então provada a existência do elemento moral da *incriminação*, e alguma parte de *mal material* nos actos externos manifestados como symptomas da *perversidade* dos seus auctores, que exigiria um curativo ou remedio adequado, que está muito longe de ser uma pena exterminadora, qual é uma das maiores perpétuas.

A mesma incriminação sustenta o Cod. na falta do quarto elemento constitutivo do crime, equiparando o facto complexo ao facto simples, quando acompanhado d'esse mesmo elemento de que tratou o art. antecedente.

O designio formado torna-se ali punivel, em razão da persistencia n'esse mesmo designio manifestada pelo acto preparatorio; aqui dispensa-se essa manifestação, e pune-se a idéa e resolução do crime sómente, porque o acaso ou o proposito ou a espontaneidade produziu em mais de um individuo a mesma concepção e determinação de vontade, com quanto nenhum d'elles praticasse em consequencia acto algum preparatorio ou conducente remotamente á execução do crime.

Isto nos parece exorbitante e inconveniente. Se o fim do legislador foi a intimidação devia esperar sempre, para a imposição das penas maiores, algum acto pelo menos preparatorio.

As penas correccionaes e de segurança meramente preventiva eram mais que sufficientes; e quanto menor for a distancia com que a lei puna o crime desde a sua concepção até á consummação, tanto menor será o interesse do criminoso, para se abster da execução, e por consequencia mais inefficazes e desnaturadas as providencias penaes. Certo o criminoso de que já tem dado em suas acções materia bastante para sofrer uma pena grave, aventurará a execução, principalmente quando se lisonjeia de que poderá salvar-se por ella.

Todavia devemos observar que os legisladores em geral se acham possuidos do mesmo espirito de terror e de precaução contra esta ordem de crimes. O mod. Cod. da Prussia, depois de no § 61.º e 62.º ter declarado punivel com a pena

de morte o crime de que se trata, mesmo quando não passou dos limites de uma tentativa, no § 63.º pune o facto da *conjuracão*, nos termos do § un. do presente art., com a prisão com trabalho de cinco annos á perpetuidade.

Mas é mais justa e mais philosophica esta disposição: 1.º, porque expressamente determina se pronuncie a prisão simples, nunca por menos de cinco annos, sempre que existam circumstancias attenuantes; 2.º, porque no § 66.º não equiparou este facto ao da resolução individual do crime, seguida de algum acto preparatorio, poisque a penalidade desce ficando constituido o minimo em maximo, e tanto na pena de prisão simples, como na de prisão aggravada, indo sómente até cinco annos.

De todos os Cod. o mais judicioso e que procedeu com mais criterio nos parece ser o que já citamos do Brazil, sobre o concerto ou conjuração, exigindo n'esta o accordo não só sobre o *fin*, mas sobre os *meios* e *tempo* da execução.

Se não, ha este accordo assim concertado a conjuração é um acto incompleto, para que não pôde haver o mesmo perigo de cooperação, nem mesmo concluir-se a determinação de uma vontade absoluta.

Podem todos desejar o *fin*, mas não concordar nos *meios*, podem considerar o seu emprego absurdo, inepto ou contra-producente, podem mesmo, concordando nos *meios*, repelli-los em relação á oportunidade da execução.

Ora o legislador deve sempre, se confia nos effeitos moraes da intimidação penal, nos sentimentos naturaes ao coração do homem, na difficuldade de conservar unidos por muito tempo na mesma resolução e vontade mais de um individuo, na consideração dos obstaculos de modo, tempo e logar que offerece a execução de similhantes attentados, contar com a pouca importância das conjurações, quando não assumem por suas circumstancias a natureza de qualificadas, que as tornem dignas de fundamentar uma excepção ás regras geraes contidas nos art. 9.º e 10.º do Cod.

ARTIGO 166.º

O homicídio consummado ou frustrado de qualquer membro da família do Rei, será punido com a pena de morte.

Art. 89.º § un.; 91.º e ref.

Tem concordancias este art. com a nossa Ord. do liv. 5.º tit. 6.º §§ 1.º e 21.º, Cod. Fr., art. 86.º, Hesp., art. 165.º, de Sardenha, art. 184.º, e das Duas Sicílias, art. 122.º

Os Cod. do Brazil, da Austria e da Baviera abstiveram-se de incriminar especialmente o homicídio praticado contra os membros da família real.

O Cod. Fr. falla vagamente dos *membros da família real*. O de 1791 comprehendia unicamente o rei e o herdeiro presumptivo da corôa. Perguntou-se por occasião da discussão da Lei de 28 de Abril de 1832, se os collateraes até ao quinto grau faziam parte da família real, e se n'esta consideração gozavam do privilegio do art. 86.º Foi então respondido que a significação das ditas palavras se fixava por aquella que lhes attribuia o uso commum e constante, e que segundo este não bastava o ser principe de sangue para a pessoa se reputar membro da família real.

E todavia a pergunta não era sem fundamento, por isso que Carnot, commentando o art. 87.º do Cod. de 1810, havia dito:

«L'art. 87º ayant parlé des membres de la famille royal, «sans restriction, il les a tous compris dans sa disposition, «quel que soit leur degré de parenté, en ligne collatérale, «comme en ligne directe.»

Os Cod. da Sardenha e das Duas Sicílias foram um pouco mais explicitos, substituindo as palavras *família real*, pelas de *família reinante*.

Mas o Cod. Hesp. explicou-se a este respeito com a maior

precisão, declarando determinadamente quaes os membros da família real a que a incriminação era applicavel, como se vê do art. 163.º:

«...padre, madre, ó consorte del rey, reina, viuda ó in-
«fantes de España.»

Este nosso art. porém, não tendo por melhor a disposição do Cod. Hesp., e antes adoptando precisamente a expressão do Cod. Fr., deixa-nos na mesma incerteza!

Mais providente era a Ord. do liv. 5.º, porque no tit. 6.º § 1.º se referia á morte do rei ou da rainha sua mulher, ou de algum de seus filhos ou filhas legítimos; e no § 21.º ampliava em geral aos descendentes ou ascendentes ou irmão do rei ou tio irmão de seu pae ou de sua mãe, d'aquella parte de que o reino procede, sendo alguma d'estas pessoas legítima.

No silencio do Cod. devemos, pois se trata de uma excepção ao direito commum, considerar em vigor esta Ord. n'este ponto, porque por ella se determina e se restringe a mesma excepção. Devo suppor-se que o legislador tomou estas palavras=*membros da família real*=na mesma significação comprehensiva, em que eram tomadas na legislação criminal anterior.

Assim, regulando-nos pela nossa velha Ord., e supprindo por ella os termos vagos da expressão do Cod., teremos um resultado de legislação criminal sobre o ponto dado, fixando o sentido d'aquellas palavras que muitos Cod. da Europa moderna, incluido o da Prussia, como se vê dos §§ 76.º e 77.º, empregaram tambem sem as definir.

Quanto á equiparação que aqui se faz de crime frustrado a crime consummado, bem como á penalidade, reproduzimos o que fica dito ao art. 163.º

A differença do menor privilegio, com relação ao art. 163.º § 1.º, está cm se não assimilar tambem ao crime consummado a tentativa; e com relação ao § 2.º, consiste em que a tentativa não foi aqui como ali foi especialmente considerada, entrando portanto nas disposições geraes, e segundo ellas é punivel em attenção á gravidade da pena, art. 8.º, se não for suspensa a execução do crime por vontade do criminoso, art. 7.º,

e a pena correspondente é então, em conformidade com o art. 81.º, 88.º e 89.º, uma das perpétuas de trabalhos publicos, de prisão ou degredo, que constituem maximo, medio e minimo, segundo a ordem em que são collocadas no art. 29.º

Resulta d'esta comparação que o juiz fica, segundo as circumstancias, não só auctorizado a escolher, no caso da tentativa, a mesma pena fixada no art. 163.º § 2.º, ou a descer á immediata inferior, ou ainda a subir a outra mais grave, qual a dos *trabalhos publicos*, a primeira proxima immediata á pena de morte.

Assim ficando o juiz sem arbitrio no maleficio contra o regente, para diminuir ou para augmentar a pena, passando de uma para outra na escala d'ellas, não lhe acontece o mesmo, se o crime respeita a um membro da familia real.

Eis o que acontece, sempre que se são das regras geraes, sem que a excepção se considere e se legisle em todas as suas relações. A omissão do legislador, obrigando ao supprimeamento pelas regras geraes, faz apparecer estas e outras anomalias, que ainda que possam ser modificadas na applicação pela prudencia dos tribunaes, não deixam por isso de ser uma grave imperfeição no Cod., e nem excluem n'um ou n'outro caso a possibilidade de se praticar uma injustiça.

* Empregámos indistinctamente as palavras maleficio, crime, delicto, contravenção, infracção e seus derivativos ou correlativos, para imitar o Cod., por isso que neste liv. 2.º comprehendou todas as incriminações respectivas, de baixo da palavra = crimes = como já notámos.

ARTIGO 167.º

Toda a offensa corporal da pessoa do Rei ou Rainha reinante ou do immediato successor da corôa, commettida por actos de violencia, será punida com prisão perpetua.

§ unico. Se esta offensa for commettida contra a pessoa de qualquer membro da familia do Rei ou contra a pessoa do Regente ou Regentes do Reino, a pena será o degredo perpetuo.

Art. 34.º e ref.: 35.º e ref.: 359.º a 363.º

Tem concordancias quanto á incriminação no Cod. Fr., art. 86.º, Hesp., art. 160.º, da Sardenha, art. 183.º, das Duas Sicilias, art. 120.º, da Austria, art. 52.º, e da Baviera, art. 309.º, 310.º e 313.º, em quanto ou não fallam determinadamente de homicidio ou comprehendem quaesquer ataques violentos dirigidos contra a pessoa do rei ou do immediato successor da corôa.

O nosso Cod. distinguio os attentados de assassinato de outros quaesquer, para considerar estes de menor gravidade, e portanto repellir d'elles a pena de morte.

O Cod. da Baviera considerou no art. 300.º sómente crime d'estado ou de alta traição, e quanto ao rei sómente, quando se atacar a sua vida ou a sua liberdade, reservando as outras offensas corporaes para os crimes de lesa-majestade:

«Lorsque un sujet commettra contre la personne sacrée
«du roi une attaque ayant pour but de lui donner la mort,
«de le faire prisonnier ou de le livrer au pouvoir de l'ennemi.»

Os mod. Cod. da Alemanha (extr. por Ch. e Hel.) adoptaram precisamente uma similhante determinação restricta á pessoa do chefe do Estado.

A distincção pois tem bom fundamento n'estes exemplos; porém cumpria que se fosse tão longe como foram alguns d'es-

ses Cod., para que não podessem apparecer punidas com a segunda das penas immediatas á pena de morte delictos já gravíssimos, já tenuíssimos.

O art. pune com a *prisão perpetua toda a offensa corporal* á pessoa do rei, rainha ou immediato successor do throno. O que sejam *offensas corporaes* define-o o Cod. no art. 363.º

Resulta d'esta confrontação, e dos art. 359.º até 366.º inclusivê, que nos casos especiaes de que se trata, quer haja ou não premeditação, toda a *offensa corporal*, desde qualquer *vía de facto*, de que não resultasse *vestigio*, ou mesmo de simples *ameaça*, qualificada no art. 363.º, a pena de prisão de tres a trinta dias, até ás maiores offensas de que proviesse privação de membro, aleijão, de formidade, enfermidade ou incapacidade physica ou intellectual, a pena será sempre a mesma—*prisão perpetua*—!

Assim sómente será possível aos juizes administrar a justiça n'estes casos (se elles infelizmente se derem), segundo as prescripções do Cod. Penal, mas nunca segundo os inmutaveis princípios tanto da justiça moral, que não consentem retribuir do mesmo modo factos de diversa qualidade e gravidade, como da justiça social, que não permitem que a uma quantidade maior de mal moral e material se applicue a mesma quantidade de remedio penal, que a outras quantidades inferiores e muito inferiores do mesmo mal.

O § uu. do art. labora no mesmo defeito, quanto aos membros da familia real, com a differença de se buscar' outra das penas immediatamente inferiores, mas sempre perpetua. A penalidade pois pecca necessariamente ou por excesso ou por diminuição.

Teria pois sido, repetimos, mais regular, mais perfeito e mais justo doixar estes casos para a lei geral e commum, como praticou o legislador dos Cod. da Austria e do Brazil.

Todavia os modernos Cod. de Allemanha (Chauv. e Hel. Etud Leg. Comp.) incriminam especialmente as offensas corporaes da rainha, do príncipe e princeza real, assim como dos outros membros da familia do chefe de Estado, mas em primeiro lugar distinguem para a gradação da pena o caso de haverem resultado ferimentos graves; em segundo lugar, ou sem-

pre ou quasi sempre tornam dependente o processo de uma ordem positiva do ministro da justiça, salvas as medidas provisórias necessarias para a averiguação dos factos e prisão preventiva.

Tambem se acha muito bem reflectido, á parte algumas de suas imperfeições, o mod. Cod. da Prussia, no § 61.º n.º 1.º, e no § 76.º, distinguindo a pessoa do rei nas suas *relações politicas*, da pessoa do rei nas suas *relações individuas e sociaes*; distincção que Meilo Freire havia cuidadosamente feito nos tit. 13.º e 14.º do Ens. do Cod. Cr.

O cit. Cod. da Baviera explicou-se igualmente com toda a precisão e clareza a similhantes respeito, como se vê dos art. 309.º, 310.º, 313.º e 314.º

Vê-se d'estes art., 1.º, que nunca se misturou na mesma incriminação a pessoa do soberano, com algum outro membro da familia real, nem mesmo com o successor da corôa; 2.º, que a respeito d'este se incriminou especialmente toda a sorte de offensa, mas sómente para ser punida como de um grau inferior em criminalidade; 3.º, que toda e qualquer acção punivel para com os demais membros da familia real ficou remettida para o direito commum, salva a aggravação das penas, em attenção á qualidade das pessoas offendidas.

ARTIGO 168.º

Qualquer injúria commettida contra as pessoas designadas no artigo antecedente e seu §, em sua presença; e bem assim a entrada violenta na casa de sua morada, será punida com degredo temporario.

§ único. Se unicamente se verificar falta de respeito, que pelas soas circumstancias se deva considerar leve, applicar-se-ha sómente a reprehensão, podendo ajuntar-se a prisão até quinze dias.

Art. 35.º, 38.º, 42.º e ref.: 130.º § 2.º; C. Const., art. 72.º

As condições essenciaes da primeira parte d'esta incriminação estão não só nos elementos constitutivos da injúria, mas na de se praticar na presença das *personas reas*.

A fonte proxima do art. é o Cod. Hesp. na primeira parte do art. 164.º:

«El que injuriare al rey, ó inmediato successor à la corona en su presencia, sera castigado com la pena de cadena temporal.»

Ampliada por esta fórma, ficou assim a excepção ou privilegio a todas as pessoas da real familia; modificada porém a pena, substituida pelo degredo temporario.

No art. não se define quaes são os factos que constituem a injúria. Mas de uma palavra indecente ou censura arrojada e leveana, a uma arguição de facto punivel ou moralmente reprehensivel, e uma insultante provocação de expressão, vae tão grande distancia, que muito convinha ao legislador esclarecer e precisar.

É certo que no § nn. se trata das injurias que só podem ser consideradas *faltas de respeito leves*; mas vae tambem uma tão grande distancia da simples reprehensão ou prisão até

quinze dias, ao minimo de uma pena maior, qual a de degredo temporario ali imposta, que o arbitrio póde dar-se com toda a facilidade e probabilidade na apreciação dos factos, saltando-se d'aquelle minimo ao maximo da segunda pena¹.

Quanto á segunda parte do art., relativamente á entrada violenta na casa da habitação do rei ou membros da real familia, só temos a notar que a fonte proxima d'esta incriminação é o art. 166.º do Cod. Hesp.:

«... la invasion violenta en la morada del rey, reyna, inmediato successor à la corona, ó rejente del reyno.»

Mal e indevidamente, como nota o comm. Pacheco, se incriminou especialmente este facto. Não se invade a morada do rei, do principe ou do regente, senão com o fim de attentar contra a sua vida ou a sua liberdade, ou de lhe arrancar alguma concessão. Em qualquer d'estas hypotheses o delicto é diverso.

Ou entra na ordem do attentado contra a vida do rei, do principe ou do regente, ou nos de rebellião e sedição, que tem todos e cada um o seu logar e classe competentes.

Se não tem um caracter malefico nem politico, temos então uma falta de respeito mais ou menos grave, em quanto caracterizado pela *violencia*, que é unicamente o que póde suppor-se de mais essencial n'esta incriminação, e então a pena aqui estabelecida é gravissima, devendo em tal caso semelhantes factos ser considerados como de *assuada* qualificada.

Em todo o caso parece-nos inutil esta incriminação, e se mal se andou no Cod. Hesp., muito peor nos houvemos tambem na sua imitação, porque aggravámos o delicto, ampliando a sua disposição á morada de quacsquer membros da familia real!

¹ O que se augmenta em rigor para a intimidação, nota o comm. Pacheco, ao cit. art. do Cod. Hesp., perde-se na incerteza da applicação. Quando a comminação é excessiva produz em resultado o de não se executar.

Por isso nos modernos Cod. de Allem. (Chauv. e Hel. Etud. Comp.), em tais casos, assim como no de ferimentos ou *rias de facto*, se torna dependente o processo de uma ordem positiva do ministro da justiça, como notámos ao art. antecedente; e com justa razão, porque o processo redobra muitas vezes a injúria e agrava o escandalo.

De resto, o Cod. Hesp. é singular entre todos os Cod. n'estas incriminações, e mais singular ficará ainda sendo este nosso art., porque de certo não será imitado.

Finalmente, quanto á denominada penalidade=*reprehenção*=, que se emprega no § un., reportámo-nos ao que dissemos ao art. 130.º; e concluímos por notar que não achámos razão sufficiente para não distinguir o rei, o successor do throno e o regente n'estas offensas, quando a distincção foi admittida nos art. antecedentes. Se a pena diminue nas offensas commettidas contra quaesquer outros membros da familia real, tambem aqui se devia distinguir, para quanto a estes se moderar a pena ou se omitir a incriminação¹.

¹ Póde tambem fazer-se notar, que as palavras do § un. = *se unicamente se verificar falta de respeito, que pelas suas circumstancias se deoa considerar leve* = são equipolentes das que se encontram no art. 130.º § 2.º = *se unicamente se tiver commettido simples falta de respeito* =, e para haver completa analogia, até a mesma penalidade preceptiva de *reprehenção* e accessoria facultativa de prisão até quinze dias se acha estabelecida quasi pelas mesmas palavras.

Assim uma *falta de respeito simples ou leve*, commettida não já para com a pessoa do rei, mas para com qualquer membro da real familia, é considerada na mesma linha de gravidade que a commettida contra a religião do Estado. Haverá conveniencia moral e social em semelhante assimilação? Entendemos que não, porque se os crimes contra a religião do Estado, como instituição politica, podem ter alguma relação com os crimes contra a realza, devia a assimilação restringir-se á pessoa do rei, unica *inviolável e sagrada*, nos termos expressos da Lei fundamental, art. 72.º

O respeito aos mesmos principios exigia a distincção. Mas o Cod. ora distingue, ora confunde.

A offensa ou injuria commettida publicamente de viva voz ou por escripto publicado, ou por qualquer meio de publicação, contra o Rei ou Rainha reinante, cujo objecto seja excitar o odio ou o desprezo da sua pessoa ou da sua auctoridade, será punida com prisão correccional de um a tres annos, e multa de tres mezes até tres annos.

§ unico. O mesmo crime commettido contra as outras pessoas designadas nos artigos antecedentes será punido com prisão de tres mezes a tres annos, e multa de dois mezes até dois annos.

Art. 38.º, 41.º, 83.º § un. e ref.

Tem modelo esta incriminação no art. 164.º do Cod. Hesp., Fr., art. 86.º, do Brazil, art. 242.º, e da Austria, art. 58.º.

Mas muito principalmente no Cod. da Baviera, art. 311.º, considerando como réu do crime de lesa-magestade de segunda cabeça = *deuxième degré* =:

«Celui qui dans des lieux publics, devant un rassemblement de peuple, ou dans des écrits ou représentations graphiques répandus dans le public, cherchera à déconsidérer la personne du souverain ou les actes de son gouvernement, à l'aide de la calomnie, de railleries méprisantes ou d'invectives injurieuses.»

Igual concordancia se encontra no Cod. da Sardenha, art. 200.º, e no das Duas Sicilias, art. 142.º

A Lei de 22 de Dezembro de 1834, art. 14.º § 4.º, que estava em vigor ao tempo da publicação do Cod., sómente punia a offensa feita ao rei pela imprensa, quando se dirigisse contra a sua legitima auctoridade. Ahi se falla tambem de *incitação ao odio ou desprezo*, mas é só quando contra o *systema constitucional fundado na Carta*.

A Lei porém de 3 de Agosto de 1850 havia corrigido a de 1834, poisque no art. 3.º § 10.º declarou abuso de manifestação de pensamento:

«Offender ou injuriar o rei, qualquer que seja a forma
«ou os termos pelos quaes se manifeste a offensa ou a inju-
«ria, *provocando ao odio ou ao desprezo da sua pessoa ou*
«da sua auctoridade.»

A Lei franceza de 9 de Setembro de 1835, art. 2.º, sobre crimes, delictos e contravenções da imprensa e outros modos de publicação, exprimia-se nos seguintes termos: «L'offense au
«roi commise par les mêmes moyens, lorsqu'elle a pour but
«exciter à la haine ou au mépris de sa personne ou de son au-
«torité constitutionnelle» parece ter sido a fonte proxima da incriminação d'este nosso art., e não a nossa Lei de 3 de Agosto. São precisamente as mesmas palavras, havendo-se porém supprimido com relação á auctoridade do rei a expressão
«=constitucional=».

Posto isto temos a fazer as seguintes observações:

1.º O Cod. alastou-se da legislação franceza, porque só incriminou as offensas ou injurias commettidas *na presença* do rei, e das commettidas na sua *ausencia*, as *publicas*, quando com a circumstancia aggravante de terem por fim excitar o *odio e desprezo da sua pessoa*.

Deixou portanto em silencio as offensas e injurias *publicas*, quando não tenham esse fim, que eram incriminadas pela mesma legislação franceza na dita Lei de 1835, art. 1.º, assim como o já tinham sido no art. 1.º da de 17 de Maio de 1819, e no art. 86.º do Cod. Pen.

Não vemos razão alguma que justifique esta omissão, não só considerando o facto em si mesmo, mas confrontado com

* A expressão =constitucional= não a podemos reputar inutil, por isso que no estylo do legislador nada se julga redundante, e a mesma expressão se vê applicada ao exercicio das faculdades dos ministros da coroa, no art. 171.º § 3.º

Todavia é certo que as palavras =auctoridade do rei=, em um paiz constitucional, assim como as =faculdades dos ministros da coroa= independentemente da qualificação =constitucional=, não se poderiam entender, senão em conformidade com a Lei fundamental do Estado.

Só notámos portanto a incoherencia ou falta de harmonia da redacção.

os que fizeram objecto do art. antecedente. Se as offensas e as injurias commettidas na presença do rei, ainda as-mais leves, são incriminadas, as commettidas na sua ausencia, mas com publicidade, não são menos reprehensíveis; porque não só a imagem do chefe do Estado se deve reputar presente em toda a parte, como representante do principio monarchico, mas tambem porque as conveniencias sociais, conforme a esse mesmo principio, exigem que em publico se não falle do rei, senão com o maior acatamento e respeito. Este defeito porém se encontra igualmente no Cod. da Sardenha cit., art. 200.º

2.º Tambem se alastou o Cod. da nossa Lei de 3 de Agosto, pois confundiu a offensa ou injuria verbal com a escripta. São factos de diversa gravidade, como bem resolveu o parlamento portuguez em sessão do dito anno, sobre emenda feita na camara dos pares, como notámos ao art. 130.º n.º 1.º, ao art. 160.º e em outros logares.

Não vemos tambem razões que justifiquem esta alteração, e muito mais em vista do mesmo Cod., art. 181.º e § un., em que virtualmente se reconheceu a procedencia das razões contrarias, conservando-se a distincção da cit. Lei de 3 de Agosto, na mesma classe de delictos, quando contra a moral publica.

3.º Tendo sido presente, como parece em vista da redacção do art., a cit. Lei franceza de 9 de Setembro de 1835, lamentámos que não se julgasse digna de tambem ser traduzida para o nosso Cod. a disposição do art. 4.º da mesma Lei, mantenedora do principio conservador da irresponsabilidade do rei:

«... quiconque fera remonter au roi le blame ou la responsabilité des actes de son gouvernement.»

Os art. 72.º, 103.º e 104.º da Carta declaram que a pessoa do rei é inviolavel e sagrada, e que toda a responsabilidade pesa sobre os ministros d'Estado. Toda a critica, toda a censura, com relação aos actos do governo, que em publico se fizer á pessoa do rei, é pois inconveniente e inconstitucional, e como tal digna de repressão.

4.º Quanto á penalidade não podemos deixar de reparar, que seja precisamente igual á que se encontra no art. 160.º

a respeito das injurias commettidas pelo mesmo modo contra qualquer soberano estrangeiro.

Por muito que deva ser respeitado entre nós o principio monarchico, deveres e conveniencias de boa cortezia e harmonia entre nacionalidades diversas, e consequentemente para com os soberanos e chefes estrangeiros; as offensas que nos são *pessoaes*, em sentido moral e politico, tocam-nos mais de perto; são-nos mais prejudiciaes, e seus effeitos são mais proximos e immediatos. Assim o havia reconhecido, tanto para distinguir a incriminação como para rebair a pena, a Lei de 3 de Agosto de 1850, como se vê do seu art. 3.º § 10.º e art. 4.º

Deveria portanto a pena ser maior n'este segundo caso, e assim ou no art. 160.º é ella exagerada, ou aqui diminuta.

Por ultimo notámos a omissão do art. em não incriminar nem no presente art. nem nos antecedentes *factos* de injuria publica da mesma natureza, tendentes a excitar o odio ou o desprezo do rei ou da sua auctoridade, como seriam os de conspurcar, derrubar, quebrar, mutilar ou deturpar as armas reaes ou os bustos ou retratos do rei, collocados em logares publicos por ordem ou com auctorisação do governo.

A lacuna é indesculpavel, maxime em vista do art. 141.º do Cod. das Duas Sicilias, aonde similhante incriminação se acha formulada e punida.

Assim se omittiu no Cod. um facto de maior gravidade, incluindo-se outro de menor que é da mesma natureza quanto ao fim e objecto, mas diverso quanto ao modo de execução, e mais grave que o que foi comprehendido.

Quanto ao § un. do art. não podémos achar rasão sufficiente que auctorisasse a omissão em que se mostra o art., comparado com este § e com os artigos antecedentes.

Tendo no art. separado o rei dos outros membros da familia real, passou n'este § a confundir com elles o successor do throno, e, não só isso, omittiu a pessoa do regente, que fica portanto excluido se não for membro da familia real, quando o art., na parte em que falla da provocação ao odio e desprezo da *auctoridade* soberana, que tanto é a do rei, como a do regente, lhe seria inteiramente applicavel. Outro foi o

systema seguido na Lei de 3 de Agosto de 1850, como se vê do art. 3.º § 10.º e do art. 4.º¹

Quanto á *multa* não deverá ter logar nem no art. nem no § desde que o preceito da Lei tem uma penalidade divisivel, que se póde graduar conforme as circumstancias. A multa não tem analogia alguma com a natureza e qualidade do crime, excepto se d'elle se tratasse sómente quando commettido pela imprensa periodica.

¹ A Lei de 3 de Agosto de 1850, art. 3.º §§ 10.º e 11.º, não confundiu a pessoa do rei, do herdeiro presumptivo do throno ou da rainha mulher do rei, ou da princeza mulher do principe, com os outros membros da familia real de que separadamente tratou no art. 4.º

SECÇÃO 2.ª

REBELLIÃO.

ARTIGO 170.º

Aquelle que tentar destruir ou mudar a forma do Governo ou a ordem de successão á Corôa, ou depor ou privar de sua liberdade pessoal o Rei ou o Regente ou os Regentes do Reino, será punido com a pena de prisão perpetua.

Art. 34.º e ref.

É o *attentado* que o art. pune; e consequentemente comprehende, como no art. 163.º, não só o delicto consummado e o frustrado, mas a tentativa, por isso que, nos termos do § 1.º do mesmo art., o attentado consiste na *execução* ou na *tentativa*.

Para aqui pois chamâmos as observações que deduzimos contra esta aberração das disposições geraes.

O art. abstrae do resultado do ataque; mas a Lei franceza de 9 de Setembro de 1835 distinguio, tratando da provocação para este e outros crimes, o caso de o attentado ter ou não produzido effeitos. A intencionalidade e a perversidade é a mesma n'este segundo caso, mas a perturbação causada pelo delicto é incomparavelmente menor, o que deveria servir para se rebaixar a pena; e com mais forte razão, quando o attentado não passou os limites da tentativa. O Cod. do Brazil, nos art. 85.º e 86.º, fez esta differença, distinguindo o crime consummado do não consummado.

De quatro especies de attentado se tratou n'este art.:

1.º De destruição ou mudança da forma de governo.

2.º De destruição ou mudança da ordem de successão da corôa.

3.º De deposição do rei ou do regente ou regentes do reino.

4.º De privação da liberdade pessoal dos mesmos.

Quanto á primeira; tem concordancias no art. 87.º do Cod. Fr.; Cod. da Prussia, §§ 93.º, 95.º e 97.º, Cod. da Austria, art. 52.º, do Brazil, art. 85.º, das Duas Sicílias, art. 123.º, da Sardenha, art. 185.º, da Baviera, art. 300.º § 3.º, em todos os modernos da Allemanha, (Etud. comp.), nos Estatutos da Nova York, tit. 1.º secç. 1.ª e 2.ª.

Sendo monarchica representativa a forma de governo, que nos rege, segundo a Carta Constitucional, outorgada pelo Sr. D. Pedro IV, torna-se réu d'este crime assim o que tentar substituir o governo absoluto ao governo constitucional, como aquelle que tentar substituir o governo constitucional pelo republicano, aristocrático ou despotico militar.

Antes de tudo notámos que nos parece insufficiente a incriminação, nos termos em que se acha redigida, por não mencionar *especialmente* os attentados contra a Carta Constitucional da Monarchia, ou pelo menos, *geralmente*, contra a constituição do Estado.

O Cod. Fr. no art. 80.º foi mais providente, porque abrange toda e qualquer mudança de governo = *changer le gouvernement*; e na Lei de 9 de Setembro de 1835 ainda se tornava mais explicita a incriminação do Cod., porque ali, art. 5.º, se lê:

« L'attaque contre le principe ou la forme du gouvernement établi par la Charte de 1830. »

O Cod. do Brazil, tão habilmente redigido a muitos respeito, reconheceu a necessidade de ser explicito, e de mencionar ambas as especies como differentes, como se vê no art. 85.º: « Tentar directamente, e por factos, destruir a constituição politica do imperio, ou forma de governo estabelecida. »

O Cod. da Baviera, art. 300.º, falla tambem dos attentados para mudança da *constituição do Estado*; o mesmo se encontra no § 61.º n.º 2.º do mod. Cod. da Prussia.

Mas, alem d'este defeito, em que pecca o art. por omisão, tem outro que torna a incriminação insustentavel, e sem

verdade moral nem politica. A razão e a historia facilmente assim o demonstram.

Só Deus é immutavel. Nem na politica nem na administração dos povos existe, tem existido, nem pôde existir principio algum de forma de governo, que seja inalteravel. Todos são relativos, dependem dos tempos, dos lugares, da índole, dos costumes e da illustração de cada povo. O homem tende sempre ao aperfeiçoamento individual e social; não pôde ser estacionario, segue n'isso as leis da sua propria natureza. Seguir taes impulsos não é um crime; cooperar pois para o aperfeiçoamento social ou tomar mesmo a iniciativa sobre medidas de utilidade nacional, é uma acção que não pôde ser considerada illicita em si mesma. O homem pôde errar em seus esforços, ou ser infeliz por intempestivo; mas o erro e a desventura, que são quasi sempre o triste apanagio da humanidade, não constituem um crime.

As mudanças são possíveis, são necessárias, são justas, das certas circumstancias. Nenhum Cod. Pen., nenhuma legislação criminal as tem podido evitar, e depois dos factos consummados, os delinquentes, em lugar de castigos, têm tido muitas vezes corões, têm sido abençoados e proclamados como libertadores dos povos, como salvadores da patria. Se os cadafaisos os têm chamado mais cedo á mansão dos mortos, a historia mais tarde os tem incluido no catalogo dos homens illustres.

O art. pois devia ser redigido cautelosamente para só se incriminar o que justamente possa e deva ser incriminado. O que é impossivel de se prevenir ou de se punir, depois do facto consummado, deve eliminar-se do Cod. Pen.

Por isso o Cod. do Brazil, art. 83.º, exigiu que o ataque fosse *directo* e por *factos*. Deixou portanto salves os meios *indirectos*, a liberdade de pensar, de escrever ou de communica-
r idéas, ou o emprego de todos os meios de illustração, de persuasão ou *indirectos*.

O Cod. da Austria, no art. 52.º, só considerou delinquente de alta traição «celui qui entreprend quelque chose tendant à faire une révolution violente dans la constitution de l'Etat.»

O mod. Cod. da Baviera, art. 300.º, cit. tambem, quali-

fica delicto da mesma natureza os ataques e as conspirações «pour changer, par une révolution violente, la constitution actuelle de l'Etat.» Concorda o mod. Cod. da Prussia, no § 61.º n.º 2.º, incriminando como crime de alta traição «=a mudança violenta da constituição do Estado=».

Quanto á penalidade «prisão perpetua», sendo atrozissima sem duvida, com relação ao facto quando lícito, se torna injustissima: 1.º, pela sua *perpetuidade*; 2.º, porque, sendo assim *indivisivel*, se não pôde accommodar aos diferentes graus de criminalidade em razão da perversidade e dos resultados, e perpetração mais ou menos violenta dos factos, mais ou menos *directos*.

A segunda especie de attentado mencionada na incriminação é a da destruição ou mudança da ordem de successão a corôa.

A Carta Constitucional estabeleceu no art. 5.º o seguinte: «Continua a dynastia reinante da hercunissima Casa do Bragança na pessoa da Sr.ª princeza D. Maria da Gloria, pela abdicção e cessão de seu augusto pae o Sr. D. Pedro I, imperador do Brazil, legitimo herdeiro e successor do Sr. D. João VI.

Assim como estabeleceu no art. 4.º: «O seu governo é monarchico, hereditario e representativo.»

Se pois no art. tivessem sido incriminados os attentados contra a Carta Constitucional da Monarchia, ou se pelo menos, como nos Cod. mod. da Alemanha, o tivessem sido os attentados para mudança, *em todo ou em parte*, da constituição do Estado, escusado era fazer estas duas incriminações especiees. Ambas se resumiam em uma só. Os direitos da familia reinante (como bem se diz no Comment. official do

¹ Em materia de delictos politicos, abolida a pena de morte, ninguém acredita na execução permanente e perpetua das penas, comminadas sómente ad terrorem. Mais tarde ou mais cedo a amnistia ou o panteão expira os delinquentes, e nenhuma infamia de facto os acompanha, segundo a consciencia publica, durante o cumprimento da pena. Mas um Cod. Pen. deve ter a força do Evangelho e de propheta politica. Se ninguém crê no preceito nem na sua sanção, de que serve?...

O Cod. do Brazil impõe a pena de prisão com trabalho de cinco a seis annos, se o crime se não consummar.

Cod. da Baviera) formam *uma parte essencial* da mesma constituição.

Concordam comtudo na incriminação o Cod. Fr., art. 87.º, do Brazil, art. 87.º, Hesp., art. 167.º n.º 2.º, e o Cod. da Baviera, art. 300.º § 3.º

Quanto à penalidade o Cod. impunha indistinctamente a pena de morte; o Hesp., no art. 168.º, sómente aos rebeldes que se achassem constituídos em auctoridade, havendo combate com tropas regulares, ou estragos que houvessem posto em perigo a vida de algumas pessoas. O da Baviera impõe a pena de morte, como vimos, quando se tiver em vista fazer uma *revolução violenta*, assim como deixa a tentativa para as regras geraes. Finalmente o do Brazil, seguindo o mesmo systema de distinguir o crime consummado do não consummado, estabelece neste caso a pena de cinco a quinze annos de prisão com trabalho; e n'aquelle, os tres graus, maximo de prisão com trabalho, vinte annos no grau medio e dez no minimo.

O nosso Cod. porém, reduzindo tudo ao *attentado* de qualquer natureza, ou sejam quaes forem os delinquentes ou os resultados, seguiu a simplicidade do Cod. Fr., com a differença, de em lugar da pena de morte impor em todo o caso uma outra pena *perpetua*, e portanto individual e de impossivel proporção na sua applicação¹.

¹ O Cod. repelliu a pena de morte n'estes crimes, como se achava na antiga legislação e como ainda se conserva em muitos Cod. de Allemannia modernos, em attenção a que similhante pena se achava abolida para os mesmos crimes pelo Acto adicional.

E o que manifestam as seguintes ultimas palavras do curto relatório da commissão, que precede o mesmo Cod.:

«O Acto adicional á Carta Constitucional, decretando a abolição da pena de morte nos crimes politicos, reservou para uma lei a declaração de quaes são estes crimes: e, em consequencia, a commissão, sem se abster de fazer *a enumeração ou classificação dos crimes politicos*, não pensou conformar-se com o espirito da disposição do Acto adicional, *rejeitando a pena de morte nos crimes de rebeldia*.»

Mas a razão que dá a commissão para justificar a lacuna do Cod. não nos parece acertada nem procedente. Antes de fixar as suas vistas sobre a exclusão da pena de morte em certos crimes, como de ordem politica, era essencial conhecer e definir precisamente os que deviam reputar-se taes.

Ou a pena de morte pôde ser dispensada para certos crimes ou não. Se n'alguns crimes sociaes, directos, gravissimos, não pôde ser dispensada, o Cod.

Quanto á terceira especie do attentado, a deposição do rei ou regente, concordam os Cod. do Brazil, art. 87.º, 88.º e 89.º, e o Cod. Hesp., art. 167.º §§ 2.º e 3.º

Nolíamos desde já duas omissões que nos parecem importantes, e é a primeira não se incriminar tambem o attentado que tenha por objecto, não o previsto no art. de *depor o rei*, mas o de *excluir do throno uma dynastia ou familia reinante*. Foi providente o Cod. da Baviera, no cit. art. 300.º § 3.º, nas palavras = *pour écarter du gouvernement le souverain légitime ou pour supplanter la famille régnante* =.

A segunda omissão é não se incriminar o attentado, que tenha por fim impedir que tome conta da regencia aquelle ou

correu o risco de a não impor n'esses crimes, sustentando-a com injustiça relativa para outros, se não de maior, do não inferior gravidade; se podia ser dispensada, igualmente correu o risco de a restringir aos crimes que qualificam de — *rebeldia* —, com violação do espirito do Acto adicional, que a aboliu, como lhe aconteceu no art. 141.º, e no art. 174.º, como elle exporemos.

A razão pois a que se adduciu a commissão não é, a nosso ver e salvo o devido respeito, uma razão submissível. O Acto adicional impunha virtualmente a quem se occuparieg do mais a obrigação de não omitir o menos, que era fazer lei inclusa no Cod. sobre a designação de crimes politicos.

Essa lei era para os ilustres collaboradores do Cod., que faziam lei criminal e penal, completo de todas as leis, que servem de base ao seu trabalho, e sem uma accessibilidade como um dever constitucional.

A omissão devia ser evitada, porque ella pôde ser, com quanto injusta, interpretada, não como erro ou meio de declinar a difficuldade do objecto, mas como proposito e intenção directa de retrogradar na abolição parcial da pena de morte, restringindo a abolição proclamada pelo Acto adicional.

Em França, depois da Lei de 10 de Junho de 1853, a abolição da pena de morte foi mantida como regra geral, nos termos do Decreto do governo provisório, de 26 de Fevereiro de 1848, salva unicamente a *excepção*, que confirmava essa regra, do art. 86.º do Cod. Pen., que são precisamente os attentados contra a vida do monarcha e membros da real familia, de que trata o nosso Cod., nos art. 153.º e 166.º, com a differença de que as offensas corporaes de ordem contra o rei não são punidas com aquella pena, e de que nos crimes contra a vida dos outros membros da familia real sómente se equiparou o delicto frustrado ao consummado, excluida assim em parte a incriminação do attentado, devendo portanto modificar-se a pena nos casos de tentativa, como ponderámos no art. 186.º, e, por este modo, o nosso Cod. afastou-se menos que a lei franceza dos principios de justiça e de verdade moral e social, que fazem graduar as penas em proporção tanto da certeza de intenção e de qualidade das maldoções, como das suas progressivas phases na immanza distancia que percorrem, desde a sua concepção até a sua material e efectiva consummção.

aquelles a quem pertencer legitimamente. O Cod. Hesp. foi previdente sobre esta incriminação, como se vê no art. 167.º, nas palavras: = impedir que se encarregue del gobierno del reyno aquel á quien corresponda =.

Quanto á quarta especie de attentado = contra a *segurança pessoal* do rei ou do regente ou regentes = concordam o Cod. da Austria, no art. 32.º, o Hesp., no art. 167.º § 1.º, da Baviera, art. 300.º n.º 1.º e outros¹.

ARTIGO 171.º

Serão punidos com a mesma pena de prisão perpetua:

1.º Aquelles que tentarem destruir a integridade do Reino;

2.º Os que excitarem os habitantes de territorio portuguez á guerra civil, e se deverem considerar auctores, segundo as regras geraes da Lei;

3.º Os que excitarem os habitantes de territorio portuguez ou a quaesquer militares ao serviço portuguez de terra ou de mar, a levantarem-se contra a auctoridade real ou contra o livre exercicio das faculdades constitucionaes dos Ministros da Corôa, e se deverem considerar auctores, segundo as regras geraes da Lei;

4.º Os que por actos de violencia impedirem ou tentarem impedir a reunião ou a livre deliberação de alguma das Camaras legislativas.

Art. 34.º e ref.

Concorda o Cod. do Brazil, no art. 68.º, e o Cod. Hesp., no art. 167.º n.º 5.º

Estes dois Cod., e principalmente o do Brazil, se podem considerar como fontes proximas d'esta incriminação.

Mas lamentámos que a idéa dos factos *directos* constitutivos exclusivamente da incriminação, segundo o Cod. do Brazil, não fosse adoptada, como foi pelo Cod. Hesp., no cit. art. 167.º, reputando réus sómente aquelles «que se alzan *publicamente y en abierta hostilidad* contra el gobierno.»

Sem esta qualificação não ha cidadão, por mais pacifico e menos revolucionario que seja, que não possa ser envolvido e punido.

Qualquer allusão, qualquer palavra ou opinião, dita ou ma-

¹ Sobre a penalidade do art., que é common ás quatro especies, aqui mencionadas, dão-se pelas mesmas razões os defeitos que ficam apontados.

nifestada antes ou durante uma crise basta para perder um cidadão e arruinar uma família, ainda mais innocente que elle.

E peor do que tudo é ainda que tambem aqui se estabeleceu uma pena perpetua e indivisivel, que comprehende *crime consummado e não consummado*, differença que para robaixar a pena o Cod. do Brazil estabeleceu.

Os modernos Cod. de Allemanha (Chauv. e Hel., Étud. Comp.) mencionaram tambem todos estes attentados; mas, primeiro, comprehenderam o de se fazer incorporar o paiz a um Estado estrangeiro; e segundo, qualificaram a *violencia* como condição constitutiva da incriminação, nos casos de se pretender destacar alguma porção de territorio.

Isto nos faz ver uma omissão do Cod. em não incriminar o attentado contra a *independencia*, como incriminou o attentado contra a *integridade*; defeito este em que não labora o Cod. do Brazil, como se vê do cit. art. 68.º

A estas reflexões nos occorrem as seguintes:

1.ª Que alem da barbaridade da pena, como de extermínio do delinquente, e só fulminada por impulso de intimidação, de vingança e de terror social, ella é injusta, por ser indistincta, com relação aos diversos graus de participação.

Não basta a vontade, a resolução e a tentativa de um ou de alguns homens para restaurar um reino ou um imperio, e preciso que o *perigo* seja evidente, e não irrisorio ou chimerico.

Similbantes crimes não podem razoavelmente ser tentados sem probabilidade de successo, e esta não pôde dar-se sem o concurso de muitas e influentes vontades. É pois da natureza d'estes crimes o preparatorio da conspiração ou concerto, em que nem todos os socios entrem com igualdade de contingente.

2.ª Que sendo o crime, de que se trata n'este n.º, considerado pelo legislador de uma gravidade igual aos contemplados no art. 143.º, vista a identidade da pena, é uma notavel incoherencia que a mesma circumstancia de ser o criminoso um ministro d'estado não produza aqui, como ali produziu no § un., a aggravação na pena de morte.

Ou alem das razões que produzimos ao art. 143.º § un., a pena de morte, mesmo admitida a sua legitimidade moral

e politica, é ali injusta, ou n'este n.º 1.º se pecca por omissão, incoherencia e desigualdade.

3.ª Que a incoherencia se manifesta sem sair dos n.ºs comprehendidos n'este mesmo art., por isso que n'elles se declara que a penalidade é restricta aos criminosos que do *attentado* se deverem considerar *auctores* segundo as regras geraes, contemplando assim exclusivamente para o rigor penal a maior e mais directa influencia e participação do criminoso.

Ou esta declaração nada significa de novo, por estar n'essas regras, ou a mesma doutrina devia ser expressa n'este n.º 1.º, para se não correr o risco de em contradicção com os art. 24.º, 25.º e 26.º se considerar aqui na mesma linha de criminalidade auctores e cúmplices.

4.ª Que estes mesmos auctores, pela disposição do art. 143.º § 1.º, que não só excitaram á guerra civil, mas que passaram da provocação á participação directa do crime, soffrem, contra todos os principios e regras da imputação e distribuição da penalidade, precisamente a mesma pena.

Em o n.º 2.º do presente art. desaparece felizmente a incriminação do *attentado*, para se qualificar um facto qualificado entre os de rebelião, qual o de *excitação* á guerra civil, mas por meios *directos*, comprehendendo sómente aquellos criminosos, que segundo as disposições geraes se deverem considerar *auctores*¹.

Refere-se assim no art. 26.º e seus n.ºs, e consequentemente para os cúmplices, nos termos do art. 78.º e do art. 81.º § 2.º, a pena de prisão perpetua tem de ser substituida pela prisão temporaria, ou pelo degredo perpetuo ou temporario, aggravado ou não aggravado.

O Cod. Hesp., no cit. art. 169.º, contemplou, como devia,

¹ Compara-se a disposição d'este § e do subsequente com a dos arts. 160.º e 169.º. As provocações de que ali se trata são crimes consummados pelos factos de publicação oral ou por escripto, bastando a intenção do delinquente, embora não conste o resultado de produzir a diffamação, ou de estabelecer uma opinião injuriosa. A provocação de que trata este art. n'estes §§ é incriminada especialmente quando a ella se não seguiu a rebelião, e sem curar do facto de publicação de palavras ou escriptos e mesmo sem publicação. O essencial é que os meios de excitação sejam directos, e que fossem ou pudessem ser causas determinantes.

com mais equidade os delinquentes em tal caso, e isto quando o crime chegasse a consummar-se.

Quanto à incriminação, concordam o Cod. Fr., art. 87.º e 91.º, da Austria, art. 52.º, das Duas Sicílias, art. 129.º, da Sardenha, art. 189.º, da Baviera, art. 300.º § 3.º, todos uniformes em comminar a pena de morte. Mas depois de abolida a pena de morte nos crimes políticos, e considerados taes os de *rebellião*¹, como se declara no relatório da comissão do nosso Cod., uma pena perpetua é incompatível, porque é troca de morte por outra morte, e mais intensa e cruel².

O Cod. Pen. da Baviera, art. 308.º, punindo também a provocação a crimes semelhantes, tomou na mesma linha de conta as provocações oraes dirigidas a uma *multidão de povo reunido publicamente*, e a *distribuição de pasquins ou proclamações*; mas faz distincção, se a provocação foi seguida da realisação do crime ou não.

No primeiro caso, o provocador é considerado como *insti-*

¹ Vol. I.º pag. 70.

² Póde comparar-se a penalidade imposta n'este art., com relação a este n.º 2.º, com a que se encontra no Cod. Pen. da Turquia, promulgado em Maio de 1840, cujo texto respectivo (segundo a tradução da Rev. de Leg. de Wolowski, tit. 12.º, pag. 65) é o seguinte:

«Sera mis à mort quiconque se permettra d'exercer un individu à la révolte, en lui procurant des armes ou de la poudre ou d'autres objets propres à la guerre. Il sera cependant loisible à Sa Hauteur de commuer, quand elle voudra, la peine de mort au criminel en celle de détention perpétuelle au bagne.»

Porém note-se que esse Cod. contém mais que o nosso uma circunstancia aggravante, como condição de similhante severidade. Não basta a *excitação* por meio de *palavras*, mas por *factos* preparatorios que facilitem a revolta, como o fornecimento de armas, pólvora, etc.

Os discursos por mais sediciosos que sejam não bastam para constituir tão grande grau de criminalidade.

O texto do mesmo art. é expresso a similhante respeito:

«Il est évident qu'il existe deux sortes de crimes, l'un qui se opere par les paroles, et l'autre par les actions, et quand un individu excite l'autre à se mettre en opposition avec les réglemens du gouvernement, ou qu'il se permet des propos séditieux, il sera mis au bagne d'un à cinq ans, selon la gravité de son crime.»

Em vista do que, somos tentados a dizer, que quasi nos envergonhámos do estado europeu, do nosso estado de civilização e de justiça penal, em comparação da moderação do soberano de Constantinopla!

gador do crime consummado; no segundo, como *réu de tentativa proxima*¹.

Resta-nos advertir, que posto entendamos, para fugir ao maior absurdo de interpretação, que os meios de *excitação* de que aqui se trata, em harmonia com os n.ºs do art. 25.º, a que o presente n.º e seguinte parece referir-se, não são senão os directos ou causa determinantes ou que o podessem ser, a disposição do Cod. fica sempre imperfeita, vaga e perigosa.

O *facto excitação*, não sendo mais essencialmente do que um *meio preparatorio* ou de *cumplicidade* no crime de *sedição*, meio erigido em crime consummado *sui generis*, devia não ser vagamente enunciado, porque assim se corre o grande perigo de qualificar *sedicioso* qualquer *facto*, qualquer *scripto*, qualquer *dito*, qualquer *manifestação*, de desejo, qualquer *emblem*, *bandeira*, *signal*, etc.

A lei, ainda que se restringisse a *gritos* e *scriptos sediciosos*, sem mais definição, não deixaria ainda menos incompletos os elementos constitutivos do *facto* incriminado, como aconteceu em França com a Lei de 9 de Novembro de 1815, o que deu ali occasião, nos tres annos que se seguiram, ás mais desvairadas decisões dos tribunaes, como no parlamento, em Março de 1819, demonstrou o conde de Castellane.

Similhanças contradicções e injustiças são inevitaveis, quando a lei abandona por este modo o advogado, o juiz e o jurado á fraqueza da razão humana. Este resultado será tanto mais digno de reparo, quanto que no Cod., art. 18.º, se con-

¹ O projecto sobre que se baseou este Cod., se diz no seu comm. official, não tinha dado similhante importancia aos *pasquins* ou *proclamações*. Os *provocadores* por esse meio só eram considerados como *réus de tentativa remota*. Mas entendeu-se que se não devia fazer distincção entre as *provocações scriptas* e as *provocações oraes*, porque se as primeiras têm uma acção mais directa e mais energica sobre o povo, as segundas podem exercer uma influencia mais duradoura e mais extensa sobre o publico.

Esta equiparação parece contrariar o que temos ponderado em defeza do systema adoptado na Lei de 3 de Agosto de 1830, considerando mais graves os attentados por *scripto* publicado, que por discursos publicados; mas note-se que o cit. art. 308.º do Cod. da Baviera, na equiparação que fez, não contemplou os *scriptos qualificados* ou de persuasão, como os *pamphletos*, os *journaes*, mas somente os *pasquins* — *placards* —, e que assim mesmo equiparou a estes somente os discursos oraes de uma publicação, perante a *multidão* — *la foule du peuple* — *publicement* — *assemblée* —.

signou o principio de que a verificação dos elementos constitutivos do crime não pôde recair senão sobre o que for expresso na lei.

O magistrado que não vê especificado o malefício, e que é assim forçado a procurar as regras de decidir, não na lei escripta, mas nos reconditos da sua razão e da sua consciencia, acaba necessariamente por tremer na presença de tamanha responsabilidade; e justamente receando punir a innocencia, prefere absolver do crime ou antes declarar que a lei não é applicavel¹.

Ora nem no presente n.º, nem no seguinte, a palavra =*excitação*= é restringida aos meios de *provocação directa*, e por este equívoco, a que a generalidade do termo pôde dar lugar, se evita dizer aos jurados e aos juizes em que termos e circumstancias a *excitação indirecta* assume o caracter de *directa*, o que pôde ser tão variavel como o tempo, os homens e o objecto.

Mas disposições criminaes que têm um sentido variavel não são proprias nem da seriedade, nem da sinceridade do legislador.

O n.º 3.º é quasi a repetição do que se acha estabelecido no art. antecedente, e a elle applicámos portanto as mesmas observações; mas tem de notavel, que mencionando especialmente o acto de *excitação á rebelião* ou *insurreição contra o livre exercicio das faculdades constitucionaes dos ministros da corôa*, deixou de incriminar a *contrario sensu* a excitação contra o exercicio de faculdades que os ministros se arrogarem, sem fundamento na constituição do Estado.

A fonte proxima d'esta disposição é o n.º 6.º do art. 167.º do Cod. Hesp., como deixam ver as suas palavras: «Usar y «ejercer por si, ó despojar á los ministros de la corona de

¹ Pelos termos vagos de uma similhante disposição, se considerou em França como sedicioso uma gravura representando um filho do que então se reputava usurpador. O boneco gravado tinha a qualificação — *l'enfant du regiment*. — N'esse tempo em Paris usavam-se bonzais, cujo bastão se abria e representava a estatua de Napoleão I; sem duvida que estavam no mesmo caso. Entre nós, em tempo do D. Miguel, trajar certos vestidos, certas cores, bastava a qualificar o desgraçado como criminoso de provocação sediciosa.

«*sus faculdades constitucionales*, ó impedirles ó coartarles «su libre ejercicio».

O Cod. do Brazil, no art. 87.º, explica-se do mesmo modo quanto ao imperador, como deixam ver as palavras = *privá-lo, em todo ou em parte, da sua auctoridade constitucional* =.

O nosso Cod. preferiu, quanto ao rei, a redacção do Cod. Fr., no art. 87.º, como se vê das palavras = *exciter les citoyens à s'armer contre l'autorité royale* =.

Outros eram os termos em que, com relação aos delictos da imprensa, se explicava a Lei franceza de 29 de Novembro de 1830, no art. 1.º, sempre com relação á Carta de 7 de Agosto de 1830, aos direitos que d'ella resultavam ao rei, e á sua acceitação e juramento prestado em sessão de 9 do mesmo mez e anno.

² Não podemos deixar de estigmatizar a impropriedade dos termos = *livre exercicio das faculdades constitucionaes dos ministros da corôa* =. Ellas são redundantes, porque nas palavras = *levantamento contra a auctoridade real* = estava tudo dito, como se praticou no cit. art. do Cod. do Brazil, e no Fr.: assim como nos da Sard., art. 165.º, e das Duas Sicílias, art. 123.º.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 6.º § 1.º empregou constantemente as palavras = *Rei ou real Estado* =, e o mesmo praticou tanto Mello Freire no seu Eas. do Cod. Cr., como e ainda melhor o Cod. de 1837, no art. 123.º, incriminando a rebelião contra os *poderes constitucionaes do Estado*.

E nem se diga que o emprego exclusivo das palavras = *auctoridade real* = ou equivalentes não quadram a um governo constitucional, monarchico, por isso que qualquer que seja a fórma do governo os ministros d'Estado são meros agentes, com quanto unicos responsaveis, do rei, a quem competem os poderes moderador, executivo e legislativo, nos termos em que a Carta admitte o exercicio da auctoridade real, com a referencia dos mesmos ministros. A expressão portanto do Cod. de 1837 satisfaz plenamente, e até evitaria a incriminação feita em o n.º 4.º do presente art.

Tudo quanto os ministros d'Estado praticam é de *ordem* do rei ou em *nome do rei*. A Carta declara no art. 75.º que o rei é o chefe do poder executivo, e que o *exercita pelos seus ministros d'Estado*. As attribuições que ali se enumeram e descrevem são attribuições d'esse poder e auctoridade real, e nunca *faculdades* dos mesmos ministros.

O mesmo poder judicial, para dar á execução os seus Decr., os expede em nome do rei, como se vê em todas as cartas de sentença, e assim se ordena no art. 373.º da nov. Ref. Jud. É porém notavel, que incriminando-se crime de rebelião o ataque irrigido contra a auctoridade real e as camaras legislativas, e até contra o exercicio das faculdades constitucionaes dos ministros da corôa, o Cod. Pen. não protegesse com a mesma igualdade o exercicio constitucional do poder judicial, ficando assim incriminados sómente os actos de resistencia, qualificados no art. 186.º.

Ainda mais, a Const. Fr. de 1793, art. 35.º, consagra o seguinte principio:

«Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs.»

Esta doutrina porém nem directa nem indirectamente deveria estabelecer-se no Cod. A justiça do povo amotinado ou revoltado nunca pôde nem deve substituir ou tomar o lugar da justiça dos representantes legais da nação. A insurreição triumphante, diz Morin, poderá parecer legitimada pelo successo; mas a insurreição vencida é e será sempre um acto criminoso. São casos extraordinarios, que não só ficam fóra do alcance e da competencia de um Cod. Pen., mas que seria imprudente lembrar ou resolver n'elle.

Quanto em fim ao n.º 4.º, tem concordancias no Cod. do Brazil, art. 91.º a 94.º, em que por um modo digno de imitação foram incriminados distinctamente os diversos actos de violencia commettidos contra a reunião ou livre deliberação das camaras; e no Cod. Hesp., art. 167.º n.ºs 7.º e 8.º, que parece ter sido a fonte proxima da presente determinação.

Não pôde deixar de ser louvado o espirito do Cod., em quanto equiparando assim taes factos aos de *rebellião* deu uma garantia do exercicio e liberdade aos corpos legislativos, o que o mod. Cod. da Prussia tambem tomou em especial consideração no § 82.º:

«Quemprehender dispersar violentamente alguma das camaras legislativas, as forçar a tomar ou as impedir de tomar decisões, ou afastar de alguma d'ellas por força os seus membros, será punido com prisão de trabalhos forçados de dez a vinte annos¹.»

Considerámos preferivel esta redacção, assim como lamentámos que, alem da incriminação collectiva, se não encontre a singular, com relação a violencias empregadas, a fim de im-

¹ Vem a ser este o primeiro do lit. 4.º, que se inscreve: «Dos crimes e delictos em relação ao exercicio dos direitos de cada cidadão.» Nesta parte não achámos adequada a collocação nem a qualificação. Trata-se de mais alguma coisa que de direitos do cidadão, porque tues direitos competem ao cidadão no exercicio de um poder do Estado.

pedir alguns dos membros das mesmas camaras de entrar no local das suas sessões ou de ali ir votar.

Este maleficio é menos grave, mas o facto, pelo mesmo fundamento, proporcionada a pena, era digno de ser expresso n'este lugar.

Se á primeira vista não deve ser considerado como de *rebellião*, comtudo a iniciativa de proposição que têm todos os membros das camaras, o seu direito de voto, a importancia relativa que tem ou pôde ter esse voto, deveriam fazer considerar como ataque directo feito ás mesmas camaras todo o impeditivo que se dirigir individualmente em relação a exercicio de funcções parlamentares. O mesmo Cod. da Prussia, no § 83.º, previu esse facto impondo a mesma pena, com quanto, reduzida em maximo e minimo, de cinco a oito annos.

ARTIGO 172.º

A conjuração para commetter qualquer dos crimes declarados nos dois artigos antecedentes será punida com as penas declaradas no art. 144.º, segundo a distincção n'elle estabelecida.

Concorda a incriminação com o Cod. Hesp., no art. 173.º, Fr., art. 89.º, da Baviera, art. 300.º, e os mais cit. ao art. 144.º, a que se refere este nosso art.

O facto de que se trata no art. 144.º differe do que se trata no presente art., em que este tem por objecto a ordem ou segurança interior, aquelle a segurança exterior do Estado. O primeiro é de uma gravidade e perversidade maior que o segundo.

Os delinquentes da primeira categoria são *traidores* a patria, compromettem a sua *independencia*, honra e dignidade, e expõem o Estado a sacrificios incalculaveis; os da segunda especie, assim como podem ser inimigos da causa publica, se a ambição ou a maldade dirigem a sua resolução, tambem podem ser simplesmente visionarios ou amigos imprudentes, que estão muito longe de querer offender uma, a seu ver, conveniente fórma de ser politica, ou a existencia do Estado, como nação distincta das mais nações.

O maior dos crimes que se pôde commetter da primeira especie tem a pena de morte, segundo os art. 141.º e 143.º § un.; os crimes de rebelião de que trataram os dois art. antecedentes são punidos com a prisão perpetua.

Erigida em crime a conjuração, para o commettimento de uns e outros crimes, em rasão do maior perigo social e por excepção ás regras geraes, parece que a assumilhação é mal cabida.

Os actos offensivos da segurança exterior devem ser pu-

nidos mais severamente que os offensivos da segurança interna. O degredo perpetuo, comminado no art. 144.º, contra a conjuração, se foi seguida de algum acto preparatorio, e o degredo temporario comminado no § un. do mesmo art., contra a mesma conjuração, se não foi seguida de acto algum preparatorio, são penas severissimas em materia politica, e absolutamente incompativeis e absurdas, abolida a pena de morte em taes crimes.

São mesmo repugnantes com as regras de substituição das penas estabelecidas no art. 81.º §§ 1.º e 2.º, porque se é uma circumstancia, causa de attenuação penal, a não existencia de damno material; e se ainda o deve ser mais o não se ter praticado acto algum de comeco de execução; á conjuração *qualificada* corresponde uma pena inferior em dois graus á ordinaria do crime, e á *simples* uma inferior em tres graus, procorados ou na qualidade ou na duração da penalidade.

Assim o degredo temporario na primeira hypothese e a prisão correccional na segunda seriam mais adequados e proporcionaes. A impunidade é sempre a consequencia de semelhantes exagerações e injustiças.

Erigir em crime a conjuração politica mesmo qualificada por algum acto preparatorio, hoje que aos progressos do espirito humano nenhum legislador pôe nem pôde pôr diques pela intimidacão, é já um grande erro. O facto é que todo o mundo conspira, e que a policia e os tribunaes entregam ao desprozo os conspiradores, quando algum facto saliente de perturbação publica não venha pôr em relevo as suas incriminações.

De resto, não ha verdade moral na incriminação, porque se nenhum acto de comeco de execução se praticou, a presumpção legal é de que a desistencia, ou pelo arrependimento ou pelos obstaculos da execução, impediu a tentativa; pôde mesmo a consideração das penalidades, a que os delinquentes se arriscariam, ter concorrido ou ser causa determinante da mesma desistencia, e então tanto na ausencia do mal moral e material do crime, como na presenca dos effeitos da intimidacão penal, tendo o legislador conseguido o seu fim, ou pelo menos não podendo ter a certeza de que ha persistencia na

resolução do crime, muito principalmente na conjuração simples, e ainda sendo essa certeza attenuada pela *possibilidade* da desistência, a penalidade é injusta ou intrinsecamente, ou por inútil ou por vexatoria, tyrannica e perigosa à segurança dos cidadãos.

É injusta mesmo como prejudicial e contraproducente. Entre a prisão simples perpetua, comminada nos art. antecedentes, e a de degredo simples mas também perpetuo, a distancia não é tão grande, que o comprometido pelos factos da conjuração se abstenha do attentado por impulsos da intimidação. Este argumento, que temos por concludente e sem replica, é applicavel á mesma conjuração nas hypothèses a que se referem os art. 144.º e 165.º

O mesmo Cod. reconhece que esta intimidação é insufficiente, e por isso, no art. 176.º, para alcançar a punição dos conjurados, premiou com a impunidade absoluta a denuncia de algum ou alguns d'elles.

Acresce: 1.º, que uma associação de malféitores, não para um fim transitorio, como são todas as de conjuração, prevista no art. 144.º, e nos a que se refere o presente art., mas permanente, de malefícios contra pessoas e propriedades, que demonstra muito maior grau de perversidade e mesmo de perigo social immediato, é punida com uma pena maior, mas sempre *temporaria*; 2.º, que, se a circumstancia do concerto entre dois ou mais individuos só produz a solidariiedade penal, para que todos elles se considerem auctores individuaes do crime, se chegou a ser commettido nos seus graus puniveis até á tentativa exclusivamente, *reunindo-se* no momento da acção, como é expresso no art. 177.º; se esta regra não tem excepção, nem mesmo nos crimes gravissimos e punidos com a pena de morte, quaes os de veneficio, de parricidio, de assassinato ou homicidio qualificado, por mais que se exagere o perigo social que auctorisa a excepção nos casos de que se trata, é tão grande a distancia que vai da impunidade absoluta á punição com uma das penas maiores perpetuas ou temporarias, que o salto não pôde deixar de ser qualificado incongruente e repugante aos principios mais elementares da logica e da justiça penal.

Portanto, sem condemnarmos, por um modo absoluto, uma excepção, que grande numero de criminalistas tem defendido, temos por certo que auctorisada assim a incriminação não fica por isso auctorisada uma penalidade exorbitante, que mais se approxima do que se afasta da legislação barbara, que vemos na lei 5.ª Cod. ad leg. Jul. de magest.: «*Eadem «severitate voluntatem sceleris quia effectum, puniri jura voluerunt*»; assim como na Ord. do liv. 5.º tit. 6.º § un. n.º 3.º e 9.º: «Se algum fizesse conselho e confederação contra o rei e seu Estado, ou tratasse de se levantar contra elle, ou para isso dêsse ajuda e favor... será condemnado «que morra morte natural cruelmente» etc.

A nossa condemnação porém é absoluta, quanto a crimes de ordem politica, sempre que a conjuração foi uma causa moria, ou cuja actividade se não manifestou por acto algum sensivel; sendo ainda bem para notar a antinomia que resulta d'estas disposições com as dos art. 173.º e 175.º e seu §, pois quando a conjuração não só passou dos actos preparatorios, mas teve começo de execução, sómente os que commandarem ou dirigirem o motim são condemnados em uma pena perpetua; e os outros conjurados co-réus o podem ser já com o mesmo degredo perpetuo comminado no art. 172.º, já com o *temporario*, que ahí se exclue dos actos preparatorios, que são menos que os de começo da execução; e não só isto, se os conjurados não só em *projecto* mas em *execução*, abandonarem o corpo ou partida antes da advertencia das auctoridades ou logo depois d'ella, *ficam impunes* se são simples co-réus, e os chefes gosam da modificação da pena, saltando da maior perpetua á de *prisão correccional*.

É pois ainda assim o mesmo Cod. o que em taes casos impelle á consummação. O meio de salvação legal para os criminosos será affrontar o perigo; se são felizes, subirão ao capitolio, se infelizes e levantado um grito não encontrarem sequazes em numero que lhes dê a victoria, os chefes abandonarão a empreza, e a troca de algum tempo de prisão correccional livrará os co-réus de toda a penalidade, ficando estes em disponibilidade para occasião mais opportuna.

Isto nos parece tão repugnante e tão irreflectido, que temos por manifesto o erro ou a imprudencia legislativa¹.

Aquelle que exercer algum commando ou direcção em motim, ou levantamento, ou corpo, ou partida organizada, que tenha por objecto qualquer dos crimes declarados nos artigos antecedentes d'esta secção, será condemnado a prisão perpetua.

§ 1.º A mesma pena se applicará aos auctores que excitaram ao motim ou levantamento, ou organisaram o corpo ou partida.

§ 2.º Aos outros co-réus applicar-se-ha a pena de degredo perpetuo ou temporario, conforme as circumstancias.

Art. 34.º e ref.

Este art. nas palavras = *algum commando* = é vago, porque na sua nimia generalidade comprehendeu, tanto os primeiros commandantes como os subalternos.

O Cod. Hesp., no art. 169.º, sómente puniu os que exercem commando subalterno com a pena de *relegação temporaria*, que é a simples transferencia dos delinquentes para determinado ponto do ultramar. A pena portanto de *prisão perpetua* aqui imposta indistinctamente é desigual, e por extremo excessiva, não só pela natureza d'ella como pela sua duração, comparada com a do Cod. Hesp.

Por outro lado cumpre notar, que no Cod. Hesp. se acha o seguinte art., que é singular, como adverte o Comm. Pa-checo, pois se não acha em outro Cod.:

«Art. 171.º En el caso de que la rebelion no hubiere llegado á organizar-se con jefes conocidos, se reputará que «lo son los que *de hecho dirijan* á los demás, ó lleven la voz «por ellos, ó firmen los recibos ó otros escritos expedidos á «su nombre, ó ejerzan otros actos semejantes en representacion de los demás.»

¹ Nestas ponderações deve mais ter-se em consideração:

1.º A difficuldade de prova da *conspiração*, em termos positivos e completos, de objecto e fim, de modo e meios e de tempo: d'aqui vem a inutilidade da lei penal ou o perigo de se abusar facilmente d'ella contra um innocente.

2.º A desapprovação formal pela consciencia publica contra toda a acção, de que não resultar damno algum material; e d'aqui a inefficacia moral da lei, mesmo quando se leve á execução:

«La force punirait, l'opinion condamnerait le législateur.»

3.º Os termos vagos e indefinidos com que o legislador se vê obrigado a emprezar o elemento constitutivo da *conspiração* qualificada, *por algum acto preparatorio*, que pôde facilmente confundir-se com os demonstrativos da *conspiração*, quando não ha documentos ou provas directas que proveem a *convenção illicita*.

Em taes circumstancias, tanto o espirito de rectidão e de justiça, como a idéa da facilidade do erro de apreciação, ha de fazer muitas vezes com que juizes e jurados, tambem por sua conta e risco, moralmente conspirarem para deixar sem applicação esta parte do Cod. Pen.

Este nosso art. porém, empregando as palavras *=corpo ou partido organizado=* excluiu a hypothese do art. 171.^o do Cod. Hesp., que justamente censurou o cit. Comment., como estabelecendo *presumpções* de commando em lugar de *prova real*, que deve exigir-se todas as vezes que se trate de achar um facto accessorio ou circumstancia que traz uma aggravação na pena.

E contudo este mesmo nosso art., empregando as palavras *=commando ou direcção=*, e equiparando assim os *commandantes* aos *directores*, carecia de nos explicar quaes os factos caracteristicos da *=direcção=*, para que a rede dos criminosos de maior responsabilidade se não augmentasse ou diminuisse, segundo o diverso entender dos juizes.

A consideração em que são aqui, e no art. 175.^o § un., tidos os *chefes e directores*, para a imposição da pena de prisão maior perpetua, e para que o abandono ou desistencia do crime lhes não sirva de escusa, mas somente de atenuação, soffrendo sempre a prisão correccional, tornavam indispensavel que ao menos para este caso se imitasse o Cod. Hesp.

No § 1.^o do presente art. são equiparados para a pena imposta aos *commandantes* ou *directores* os *auctores* do motim ou levantamento, entendendo-se por *taes* os que excitaram no pronunciamento ou organisaram o corpo ou partida que tomou parte nos factos de rebelião.

Esta equiparação fica em harmonia com as similhantemente feitas no § 1.^o do art. 263.^o e 177.^o, mas é uma aberração das regras sobre a participação dos crimes, estabelecidas no art. 25.^o n.^o 4.^o e art. 88.^o, segundo as quaes, para o conselho igualar o *cumplice* ao *auctor* do crime é preciso que elle seja *causa determinante*.

O legislador teve em vista obstar, pela severidade da sua comminação, ao mal d'estes crimes, desde a sua origem, mas debalde, como acabámos de demonstrar ao art. antecedente¹.

¹ Sem duvida que as revoluções devem prevenir-se e evitar-se ou suffocá-las, se é possível, á nascença, mas a experiencia tem mostrado, que nem as perseguições, nem a severidade das penas, têm produzido esse salutar effeito. Não se produz a pena de morte, nem as dos supplicios e torturas as

Nas circumstancias rigorosas de co-réus, segundo o disposto no § 2.^o, estão todos os individuos que tomaram parte no motim ou levantamento. Pois ainda que sejam 400, 600, 1:000 ou 10:000, não de ser todos degradados perpetuamente ou temporariamente? E donde estão as prisões para os deter durante a formação do processo, e os transportes para os conduzir para o ultramar, depois sentenciados? Diversa foi a maneira de ver do legislador hespanhol, como se mostra do art. 170.^o do Cod.

O meio portanto de tornar provavel em alguns casos a execução de penas em geral contra os co-réus, seria o reduzi-las a correccionaes e de curta duração, embora mais afflictivas, por algum tempo de aggravação mixta de trabalho e de isolamento, fazendo-se ainda distincção nos graus de participação remota para se punirem com multa nos graus inferiores, em razão da impossibilidade material e politica da punição corporal para todos os co-réus do crime; multa mais como formula de stigma legal, que de expiação¹.

Por ultimo devemos notar que ha uma contradicção ma-

mais crassa; como se ha de evitar, abrida a pena de morte, a exaggeração na applicação das penas immediatas?

Os auctores do motim ou levantamento não são aquelles que excitaram ou organisaram o corpo ou partida, mas sim aquelles que fizeram esse motim ou levantamento, ou que nelle tomaram parte tanto por acto moral como material.

A palavra *=auctores=* aqui empregada deve ter precisamente a mesma significação, que a do art. 171.^o n.^o 2.^o e 3.^o, isto é, que segundo as disposições geraes da lei se devem assim considerar. Ora os complicados, como nota o Comment. Pacheco, no art. 169.^o do Cod. Hesp., são sempre a estes casos em tal numero, que não só é de conveniencia, mas de necessidade politica, não levar a maior severidade das penas atera dos *cabecas* ou *caudillos* propriamente ditos.

A pena de degrau perpetuo ou temporario applicada a todos os co-réus da rebelião, attenta a natureza do crime politico, e portanto a ausencia da *penalidade* caracterisada, que faz comminar similhante penalidade em outros casos em que essa perversidade existe, é de uma injustiça revoltante, porque confunde *taes co-réus* com os verdadeiros malfieitos ou facinorosos, e assim made com o mesmo grau de infamia uns e outros, com disparatado elemento moral na culpa.

De ordinario os que fazem numero em *taes* pronunciamentos ou levantamentos, não são só os ociosos, mas os operarios, e por isso são uteis nas suas possesões para a sua colonisação. Foi por isso que por Decreto de 25 de

nifesta entre o disposto n'este art. e o art. 170.º Ali impõe-se a pena de prisão perpetua contra todos os auctores do crime de rebelião, com abstracção dos meios e da *participação qualificada*; aqui sómente se impõe a mesma *prisão perpetua* quando se derem cumulativamente estas duas circumstancias.

A mesma contradicção se manifesta comparado o art. com o art. 171.º, com relação aos n.ºs 2.º e 3.º, porque ainda ali se não exige o effectivo levantamento, bastando a excitação á guerra civil ou ao levantamento para se impor a *prisão perpetua*.

D'isto se vê que a redacção d'estes tres art. se acha pessoalmente feita, porque resulta, 1.º, que elles, em definitiva, incriminam e punem *com uma só pena o = attentado =*, com abstracção dos meios e da qualidade da participação, sendo principal nas hypothèses: 1.º, de commando ou direcção; 2.º, de excitação á rebelião ou pronunciamento; 3.º, de organização de algum corpo ou partida: resulta, 2.º, que o presente art., comprehendendo expressamente *os crimes declarados nos art. antecedentes d'esta secção*, importa uma modificação do art. 173.º, primeiro da mesma secção, o que, destruindo a an-

tinomia, manifesta a redundancia no decretamento da prisão perpetua, primeira e segunda vez repetida.

Inutil é ponderar, como já temos feito em outros logares, os gravissimos inconvenientes que se seguem ou podem seguir-se de semelhantes imperfeições. A *cognoscibilidade* das disposições criminaes desaparece, o arbitrio dos juizes se exagera, e o numero dos julgados contradictorios se augmenta com as obscuridades da lei.

Julho de 1754, sobre consulta do conselho de marinha, havendo grande necessidade de pedreiros e carpinteiros no reino de Angola, se determinou que todos os presos que se achassem nas cadeias do Limoeiro que soubessem semelhantes officios, e merecessem degredo por suas culpas, para ali fossem enviados. Em vista do art. 50.º § 2.º pde o governo, segundo conveniencias politicas ou economicas, designar na Africa o logar de degredo para cada um dos condemnados; mas é este um dos modos por que na execução se torna viciosa a penalidade, o que acontecerá sempre que as directrizes d'essa execução forem estranhas ás necessidades moraes da expiação e repressão correccional dos condemnados, como já demonstrámos.

Tambem da comparação do presente § 2.º com o antecedente resulta uma grande aberração dos principios que estabelecemos nos art. 24.º, 25.º e 26.º Por mais que se assimilhem os cúmplices ou participantes do crime por acto moral aos participantes por acto physico, sempre os co-réus por acto physico e moral são dignos de maior repressão, porque tomaram parte directa na execução do crime.

Logo estabelecer-se que não só não fiquem assimilados aos auctores do crime, mas superiores na penalidade, é insustentavel. Os réus do crime de excitação podem ser assimilados quando muito aos auctores da acção; mas fôrão os auctores de assimilação considerados como auctores da acção, quando estes sêm da sua verdadeira qualificação para ser punidos com menor pena, não se concebe facilmente.

ARTIGO 174.*

Aos co-réus dos crimes previstos nos artigos antecedentes applicar-se-hão as penas mais graves em que tiverem incorrido pelos outros crimes que houverem commettido.

§ unico. A pena de morte será imposta sómente aquelles, que, segundo as regras geraes estabelecidas na Lei, forem julgados auctores de homicidio premeditado ou aggravado, nos termos declarados no artigo 331.*

Não é inútil esta disposição, com quanto pareça ser precisamente o que está determinado nas disposições geraes, art. 87.º, porque ali se declara tambem que a pena seja aggravada, segundo essas regras, considerando-se como circumstancia aggravante a accumulção dos crimes, nos termos do art. 29.º n.º 20.º; o que não tem logar, no caso de que se trata, poisque, em conformidade com o disposto n'este nosso art., o delinquente soffre maior pena quando esta corresponder a outro crime.

Quanto ao § un., ainda que a sua determinação se veja comprehendida na disposição do art., é conveniente (admittida, no systema do Cod., a perda da vida), para que fique bem claro que o crime politico não cobre o crime commum nos casos de homicidio premeditado ou aggravado, nos termos declarados no art. 331.º, para o effeito de livrar o delinquente da pena de morte.

Quiz o legislador conciliar por este modo o disposto no Acto adicional, que aboliu a pena de morte nos crimes politicos, com a necessidade de punir crimes gravissimos, previstos no Cod. Pen., independentemente dos motivos politicos.

Toda a qualidade pois de violencia e de offensas ficam assim impunes, se lhes não corresponder pena maior que as de-

claradas no art.; mas se lhes corresponder, esquece-se completamente o crime politico, para sómente se punir o crime commum.

Não nos parece exacta a doutrina d'este §, em quanto se funda na abstracção já do crime politico, já do crime commum. Os estragos causados por uma insurreicção não devem confundir-se com os delictos acontecidos durante ella. Os ferimentos, os homicidios, as extorsões da fazenda publica e particular, a violação dos depositos, as violencias de toda a ordem, muitas vezes são inseparaveis, são meios e não fim, quando acompanham os movimentos insurreccionaes.

Os crimes *accessorios* não perdem da sua natureza politica, por se acharem intimamente ligados com o crime politico, que é o principal.

A intenção do *matador* foi abrir caminho a *rebellião* pelo assassinato, assim como a intenção do ladrão que profanou as hostias sagradas não foi o *sacrilegio*, mas o roubo do vaso sagrado. Os *assassinatos* e outras violencias são circumstancias *aggravantes*, para se aggravar a pena dos réus, mas não para se alterar ou esquecer a natureza do crime de rebellião, que é *complexo*. E portanto, estando abolida para crimes politicos a pena de morte pela lei constitucional do paiz, é inadmissivel a doutrina d'este §.

A sua disposição sómente pôde ter logar a respeito dos crimes de homicidio, praticados durante a rebellião, mas não como seus *accessorios* e concomitantes. Os rebeles que, tomando as armas contra a ordem publica, aproveitem a occasião para se desfazer de um inimigo, satisfazer a uma vingança pessoal, ou que sem resistencia, sem necessidade ou sem conveniencia alguma, com relação ao fim politico, praticam actos de devastação e de crueldade, perdem certamente toda a consideração de criminosos politicos para entrar nas regras do direito commum.

Mas o § vae mais longe, e é quanto a esse excesso que o julgamos repugnante ao principio proclamado sobre a abolição da pena de morte nos crimes politicos¹.

¹ Vid. comm. ao art. 120.º

Costado é innegavel que é um grande passo na carreira da civilisação do século a abolição da pena de morte nos crimes politicos.

Assim se começa a tomar em horror a morte do cidadão, a despir a penalidade do caracter de vingança e a delinquir para a punição dos crimes mais a perversidade dos delinquentes, que o principio da intimidacão e do exemplo.

A nossa Ord. do liv. 5.º tit. 6.º impunha nos crimes de rebellião, não só a morte, mas a morte *cruel* = *será condemnado que morra morte natural cruelmente* =.

Modelo de taes condemnações pôde ver-se na sentença que aos 21 de Agosto de 1829 foi proferida no Porto contra os mais illustres varões do reino, taes como o Marquez, depois duque de Palmella; o conde de Villa Flor, hoje duque da Terceira; João Carlos de Saldanha Oliveira Daun, hoje duque de Saldanha; conde de Sampaio; conde da Taipa; etc.

«Os condemnam (dizem os juizes de D. Miguel) a que «com *baraço e pregão* sejam conduzidos pelas ruas *publicas* «d'esta cidade até á Praça Nova da mesma, onde em *alto* ca- «dafalso, que abi será levantado, de sorte que o seu castigo «*seja visto de todo o povo*, a quem tanto tem escandalizado «o seu horrosissimo delicto, morram morte natural de *garrote*¹; e depois de lhes serem *decepadas as cabeças*, seja o «mesmo cadafalso com seus corpos pelo fogo reduzido a cin-

¹ A mesma curia pois que os condemnados levassem ao pescoço havia de servir para os enforcar torcida pouco a pouco sobre o pescoço com um arcocho, como se faz para apertar os cingos dos jumentos! As cabeças conforme esta mesma sentença tinham de ser conduzidas em paus para serem collocadas por toda a estrada de Matosinhos até ao mar, aonde seriam lançadas as cinzas do cadafalso e dos cadáveres! Que espectáculo se não teria dado ao mundo com semelhante execução! Felizmente os réus estavam ausentes, e por isso não poderam soffrer o exemplar castigo que lhes foi imposto, e que tiveram de soffrer outros varões illustres, que hoje consideramos como martyres da patria! A boa vontade foi assim manifestada por taes juizes, concluído alem d'isso por ordenar e determinar:

«E porque os réus se acham ausentes, os pronunciam e hão por banidos, «e mandam ás justicas de Sua Magestade que appellidem contra elles toda «a terra para serem presos, ou para que *tudo e qualquer do povo os possa «matar licitamente*, sabendo que são os proprios banidos, e não sendo seu in- «imigo.»

«zas, que serão lançadas ao mar, para que d'elles e da sua «memoria não haja noticia.»

Menos infelizes teriam sido os outros condemnados pela mesma sentença á pena de morte nas forcas levantadas permanentemente na Praça Nova.

Esta morte era menos cruel, como despida dos outros accessorios, á excepção: 1.º, do corte das cabeças, para ficarem expostas até que o tempo as consumisse; 2.º, da degradação cívica; e 3.º, do confisco que a todos foi *commum*¹.

Mais humanos haviam sido os juizes que condemnaram em 1817 o general Gomes Freire a ser, como foi, fuzilado junto da Praça de S. Julião, aonde lhe foi erigido um monumento.

Em todo o caso, semelhantes atrocidades sociaes, ou antes crimes moraes e politicos, fazem hoje estremecer os mesmos governos e legisladores. E assim que no § un. do presente art. se proclama o principio da proscripção da pena de morte mesmo simples em taes crimes! Mais tarde virá o resto, concedendo-se tanto quanto seja necessario, para que a penalidade se contenha dentro dos seus necessarios, justos e *convenientes* limites.

¹ Era esta, sem duvida alguma, a sorte que teriamos se tivéssemos ficado no reino depois de mallograda a tentativa de rebellião que então teve lugar e durante a qual exercemos autoridade publica.

ARTIGO 173.º

Os criminosos mencionados no § 2.º do art. 173.º, que voluntariamente abandonarem o corpo ou partida organizada, ou motim ou levantamento, antes da advertência das autoridades, ou immediatamente depois d'ella, serão isentos de pena por estes crimes. Poderá contudo ter logar n'este caso a sujeição á vigilância especial da policia, pelo tempo que parecer aos juizes.

§ unico. Aos comprehendidos na disposição do referido art. 173.º e no seu § 1.º, será nas mesmas circumstancias substituida a pena pela de prisão correccional.

Art. 38.º e ref.

A fonte proxima d'esta disposição parece ser com algumas alterações o Cod. Fr., no art. 100.º:

« Il ne sera prononcé aucune peine, pour le fait de sédition contre ceux qui, ayant fait partie de ses bandes sans y exercer aucun commandement et sans y remplir aucun emploi ni fonctions, se seront retirés au premier avertissement »
 « des autorités civiles ou militaires, ou même depuis, lorsqu'ils n'auront été saisis que hors des lieux de la réunion sédicieuse, sans opposer résistance et sans armes. »

« Ils ne seront punis dans ces cas, que des crimes particuliers, qu'ils auraient personnellement commis: et néanmoins ils pourront être renvoyés, pour cinq ans ou au plus jusqu'à dix ans, sous la vigilance spéciale de la haute police. »

O legislador francez teve em vista convidar na primeira hypothese a que entrem no seu dever homens desvairados e

illudidos, offerecendo-lhes aqui uma especie de amnistia, se obedecem á voz e persuasão dos magistrados; na segunda hypothese, dissipar o motim e evitar o conflicto de uma resistencia. O nosso art. nas palavras = *voluntariamente abandonarem* = comprehende ambas estas hypotheses. O abandono deve ser *voluntario*, e a *resistencia* no acto da prisão prova que o não foi, e, assim como a conservação das armas, estabelece da mesma intencionalidade uma presumpção, que para ser excluida carece de prova em contrario ¹. As palavras = *por estes crimes* = salvam em tudo e por tudo a applicação do art. antecedente. Para aqui chamámos pois quanto ahi dissemos.

Deve contudo notar-se, em relação á materia do presente art., comparado com o do cit. art. do Cod. Fr., as notaveis alterações:

1.º De omitir a declaração, de que os delinquentes não tenham sido presos no logar do crime, de que não tenham feito resistencia, e de que não se conservem armados. Qualquer d'estas circumstancias destroe a presumpção de obediencia á intimação ou advertencia das autoridades.

2.º De omitir a declaração de que os co-réus, com quanto livres da pena corporal, pelo facto da prompta obediencia, podessem ficar sujeitos á vigilancia da policia.

Berlier, Exposé des motifs, havia justificado a disposição, recorrendo exclusivamente ao principio utilitario:

« S'il convient de punir les séditions, il n'importe pas moins de dissoudre les séditions. »

Assim a par da comminação o legislador offerece uma especie de amnistia aos homens desvairados ou illudidos que reverterem ao cumprimento do seu dever á voz dos magistrados; mas ao mesmo tempo considerou os perigos resultantes de uma impunidade absoluta, que quiz modificar segundo as circumstancias, pela sujeição á especial vigilancia da policia, considerada como pena no art. 11.º do mesmo Cod.º

3.º De comprehender no favor da impunidade, com rela-

¹ Esta primeira advertencia refero-se á primeira das intimações que mandam fazer as Leis de 3 de Agosto de 1791 e de 10 de Abril de 1831.

Não temos estas formalidades prescriptas entre nós, e por isso o nosso Cod. aqui evita essa redacção.

¹ Chauveau e Helie sustentam que é preciso o effectivo emprego das armas para que os delinquentes fiquem privados do beneficio da lei.

² « Ils pourront néanmoins être soumis à la garantie », se determina no art. 156.º do Cod. das Duas Sicilias.

ção á maxima parte da pena, pela redução a correccional, os mesmos directores ou commandantes da rebelião que o cit. art. 100.^o excluiu inteiramente.

Por esta fórma, o principio utilitario predominou entre nós sobre o da necessidade da punição com muito maior força, o que torna inefficaz a intimidação feita no art. 172.^o, como ahí notámos, tirando-lhe o effeito preventivo que assim fica ao presente art., sendo ao mesmo tempo mais uma garantia que um freio a taes criminosos.

De mais, o legislador ficou assim inconsequente com a sua mesma razão excepcional; porque é maior o serviço que prestam os directores ou commandantes de um tumulto fazendo-o dissipar á sua mesma ordem e com o seu exemplo, do que o facto de um ou outro co-réu, que póde ausentar-se do bando sem lhe diminuir nem a força nem a resistencia ás advertencias das autoridades.

O legislador quiz destruir e dissipar um corpo revoltado, tirando-lhe os co-réus, mas nós pensámos que seria mais adequado á consecução do mesmo fim, remover por tal methodo a cabeça ou direcção.

Com justa razão pois, sem distincção de culpados, o Cod. do Brazil, art. 288.^o, se torna digno de contemplação, em quanto prometteu a impunidade a todos os que se retirassem do motim ou tumulto antes do commettimento de *algum acto de violencia*.

Assim se conservou fiel ao principio, de que a desistencia voluntaria na tentativa de um crime livra da pena, assim como de que se não ha damno material resultante dos actos da mesma tentativa, não só cessa o fundamento e direito de punir, mas apparecem as mesmas conveniencias sociais reclamando a impunidade.

O Cod. Hesp., no art. 182.^o, tambem comprehende para impunidade absoluta os proprios chefes ou caudilhos, uma vez que *não fossem empregados publicos*, pois só a estes restringiu então o castigo, modificado de um a dois graus.

Julgámos portanto preferivel a doutrina d'estes dois Cod., ao Cod. Fr., aliás imitado pelo das Duas Sicilias, art. 137.^o, 138.^o e 183.^o, e pelo da Sardenha, art. 193.^o, 196.^o e 219.^o

Menos indulgente ainda que estes dois ultimos Cod. foi da Baviera, no art. 304.^o, assim concebido:

«Celui qui étant engagé dans une association coupable «de trahison, se livrera, lui et ses complices, avant que la «conspiration ait éclaté et que le gouvernement en ait été «instruit d'une autre manière, pourra espérer sa grâce.»

Desde que este Cod. erigiu, como o nosso, em crime consummado a conspiração e outros actos d'ella, preparatorios da sedição ou rebelião, não podiam as regras sobre a desistencia voluntaria ser applicadas, e por isso quiz ser coherente.

Sómente quiz, como se diz no comm. offic., attenuar preventivamente as consequencias incalculaveis de uma conspiração, premiando a revelação. Mas isto mesmo fica dependente de taes condições, que difficilmente se dará o concurso de todas as que se exigem no art., e ainda assim os tribunaes devem ser inexoraveis, porque a lei só estabelece uma *esperança* a uma graça, e não a um *direito* de absolvição.

Tanto no mod. Cod. da Prussia, como nos outros da Alemanha nada encontrámos que tenha absoluta similhaça com a materia do presente art.¹

Por ultimo, cumpre advertir que sendo como demonstrámos um elemento penitenciario a *vigilancia especial da policia*, definida com os caracteres descriptos no art. 61.^o, não é essencialmente exacta a isenção da pena determinada no presente art., se os juizes, usando da faculdade que o art. lhes concede, condemnarem os réus na sujeição á mesma vigilancia, ou os absolverem com essa condição nos termos do § un. de art. 59.^o

Esta restricção é tirada do cit. art. 100.^o do Cod. Fr., e que existia no Cod. Hesp. de 1822, art. 292.^o, nas palavras «no sufrirán... mas pena que la de quedar sujetos á la vigilancia especial de las autoridades.» Igual disposição se encontra no Cod. das Duas Sicilias, art. 139.^o, e no da Sardenha,

¹ Os Cod. de Wurttemberg, Brunswick, e Grão-Ducado de Baden alliviam os auctores de uma parte da pena, nos casos de desistencia ou de suspensão da execução, assim como nos de haverem procurado desviar seus complices da mesma execução. Reunidas ambas estas circumstancias, e sendo a *desistencia* manifestada anteriormente, ficam livres de toda a pena.

art. 197.^o; mas o novo Cod. Hesp. julgou inútil ou vexatória semelhante disposição, e por isso a omitiu mesmo facultativa, não obstante o precedente do Cod. de 1822.

2.^o que o presente art. e o seguinte se podem considerar como correctivo aos inconvenientes que offerecem as disposições dos art. a que se referem. Teudo o legislador previsto que seria contraproducente a incriminação severa de actos preparatorios de execução, impellindo assim os conjurados ou excitantes aos ultimos extremos, tratou de absolver os cúmplices e de attenuar immensamente a pena dos auctores principaes, se docéis á voz das auctoridades levantarem do motim.

Mas que inconsequencias não resultam de semelhante disposição?! Em primeiro logar a incriminação dos ditos art. sómente se torna positiva quando negativamente se der a hypothese do presente art. Em segundo logar, como as circumstancias pessoais não aproveitam senão áquelles individuos a que respeitam nos termos do art. 21.^o, se Pedro e Paulo forem ambos conjurados ou réus de excitação no mesmo grau, mas Paulo, por tímido ou arrependido, ficar em casa, em quanto Pedro, por mais arrojado, começar a execução é mesmo a commandar; Pedro obedecendo á voz da auctoridade soffrerá apenas a prisão correccional, em quanto Paulo, em conformidade com o art. 171.^o ou 172.^o, soffrerá a prisão maior perpetua. Um terá maior castigo em razão da sua hesitação e pusillanidade, e o outro receberá premio em razão do seu maior arrojo e participação directa no crime!¹

¹ Este absurdo resulta tanto da nossa disposição, como da do Cod. Hesp., e não escapou á perspicacia do seu commentador Pacheco, que os nossos collaboradores do Cod. bem podiam ter presente, para evitarem semelhante desigualdade que resulta da letra do Cod. e a que só poderá acudir o poder moderador.

Para se fugir de semelhante contradicção e injusticia relativa seria conforme á boa razão, como propõe o mesmo commentador, que quando por tal forma se attenuar a criminalidade dos auctores do attentado, se attenuar igualmente a dos que o foram sómente nos actos preparatorios d'elle.

ARTIGO 176.^o

Todos os co-réus de conjuração prevista nos art. 144.^o, 165.^o e 172.^o, que d'elle e de suas circumstancias derem parte á auctoridade publica, descobrindo os auctores ou cúmplices de que tiverem conhecimento antes de que por outrem tenham sido descobertos, ou antes de começado o procedimento judicial, serão isentos de pena.

§ unico. Aquelle que, estando comprehendido na disposição do art. 164.^o, der parte á auctoridade publica, desistindo espontaneamente, será tambem isento de pena.

A nossa Ord. fa mais longe. Não só promettia a impunidade ao denunciante de si mesmo e de seus cúmplices, mas até premio, em certas circumstancias, como se vê do liv. 5.^o tit. 6.^o § 12.^o:

«E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o rei, se logo sem algum espaço, e antes que por alguém seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão.»

«E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador d'esse conselho e confederação.»

«E não o descobrindo logo, se o descobrir depois por espaço de tempo, antes que o rei seja d'isso sabedor, *nem feita obra por isso*, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê!»

¹ Aparecem notarcia diferenças entre o art. e a Ord.:

1.^o A Ord. exigia cumulativamente o conhecimento do crime e a não existencia do processo ou diligencia alguma criminal preparatoria em virtude d'esse conhecimento; e o art. faz aproveitar ao revelante as suas declarações.

Nós, como dissemos ao art. 104.^o e 144.^o, desejáramos ver adoptada com preferencia a disposição do art. 108.^o do Cod. do Brazil; mas desde que se considera causa justificativa, não o *arrependimento* manifestado pela desistencia ou abandono, mas o *serviço* que resulta da revelação, ficou melhorada n'esta parte a nossa legislação antiga.

Seria grande immoralidade e maior inconveniencia ainda o prometter premios e mercês aos co-réus ou cúmplices. A mesma razão que a Ord. teve para só conceder a impunidade ao principal auctor da confederação procede a respeito dos ditos co-réus ou cúmplices. É facil forjar conspirações, mante-las, excita-las, para depois se vir pedir o premio da revelação. Ainda ha pouco teve o publico o conhecimento de certa farça ou puro invento, como meio, dizem, de se alcançar uma recompensa pecuniaria pela revelação.

Notaremos ainda, que as palavras do art. = *antes de que por outrem sejam descobertos* =, importam uma clausula restrictiva contraria ao fim do legislador.

O serviço do revelante é sempre o mesmo, quando se provar ou se demonstrar que não existia justa razão de saber, que a auctoridade publica já tinha *aliunde* conhecimento da conspiração e de seus auctores e cúmplices.

A incerteza de que a descoberta terá já sido feita por outrem e a de que em tal caso não aproveita o beneficio

ainda que não seja uma descoberta para a justiça, bastando não ter ainda corado o processo judicial.

2.^a A Ord. igualava para excluir a indulgencia legal o conhecimento consummado ao conhecimento eminente, como se vê das palavras: "*O rei já sabia*" ou *estava de maneira pura e não poder deixar de saber.*" E assim, se abria a porta á denuncia e arrependimento, logo a fechava pela incerteza em que o denunciante se achava dos resultados provaveis das suas declarações.

Este defeito não tem o presente art., mas em compensação: 1.^o, iguala no favor todos os co-réus, se bem que, em contradicção com essa igualdade, no art. antecedente tratou somente de attenuar a pena aos chefes principaes; 2.^o, exige *espontaneidade* da declaração e que a sua utilidade seja *completa*, abrangendo não só a noticia da conspiração e suas circumstancias, mas a dos auctores cúmplices de que o co-réu tinha conhecimento *antes de que por outrem sejam descobertos*.

Por este modo chega o art. ao mesmo resultado negativo que a Ord., abrindo á culpa uma via de salvação, para desde logo a deixar cerrada.

da lei, repelle, em lugar de proteger, taes denuncias. A disposição do art. importa o mesmo que dizer-se que só se toma em conta o serviço da revelação, se for util, e que se não attende, se já não for necessario, postoque demonstre a boa vontade e o arrependimento sincero da parte do revelante.

Isto porém repugna com as idêas da moral universal e da moral christã, e mais nos confirma na opinião da excellencia do art. 108.^o do Cod. do Brazil.

Alem d'isso a exigencia do art., para que comprehenda a revelação não só a conspiração, mas as suas circumstancias, pôde ser um laço, uma rede lançada aos co-réus d'este delicto, na qual fique preso o mesmo revelante, aproveitando-se a declaração para a perseguição, mas rejeitando-se por insufficiente ou *diminuta*, quanto ao beneficio da lei¹.

Quanto ao § un. do art., tem este por fim um grande paradoxo, que resultaria de ficar impune o arrependido ou desistente, mas só depois que formou ou aceitou a conjuração, nos termos do art. 163.^o, e de ser punido nas mesmas circumstancias o arrependido ou desistente, depois de haver tomado a resolução de commetter o delicto, e praticado algum acto meramente preparatorio, nos termos do art. 164.^o

Ficaria assim extincta pela mesma escusa a pena de um crime mais grave, a que corresponde pelo Cod. degreto perpetuo, e não assim outro menos grave, a que corresponde pelo mesmo Cod. sómente o degreto temporario.

Notámos comtudo que o requisito da *espontaneidade*, que aqui se requer em termos absolutos, fica em contradicção com a não exigencia da mesma condição, que para a impunidade se faz no art. antecedente. Se espontaneidade signi-

¹ De tudo pôde ser enjaez um zelo inconsiderado, uma policia traiçoeira ou inspirada por um governo timorato ou tyrannico, e tanto mais, que a infidelidade, a traição, mesmo entre criminosos, tem sempre o quer que seja de beldoso, que indispõe no coração dos homens por um sentimento irresistivel, que faz passar por incontestavel a maxima comprovada pela experiencia de todos os seculos e de todos os paizes = *ama-se a traição e aborrece-se o traidor* =.

Em todo o caso porém, cumpre advertir que se a revelação não aproveitar aos réus, como dirimente da pena, lhes deve ser proficua como circumstancia attenuante, applicando-se-lhes a disposição do n.^o 7.^o do art. 20.^o

fica o *motu proprio* ou procedimento de livre vontade, sem causa impulsiva externa de constrangimento ou ameaça, o art. antecedente, admitindo a previa *advertencia* das auctoridades, que não seria effeaz sem a ameaça virtual do emprego de meios repulsivos e de processo penal, não requer nem devia exigir como condição essencial a espontaneidade.

FIM DO IV VOLUME.