



Livros em todos
os idiomas

LIVRARIA  IMPERIAL

F. L. PINTO & CA

Fornecedores das Bibliothecas de S.M.O IMPERADOR
e da Sociedade Auxiliadora da Industria NAL & A

87

RUA DO OUVIDOR
Rio de Janeiro.

87

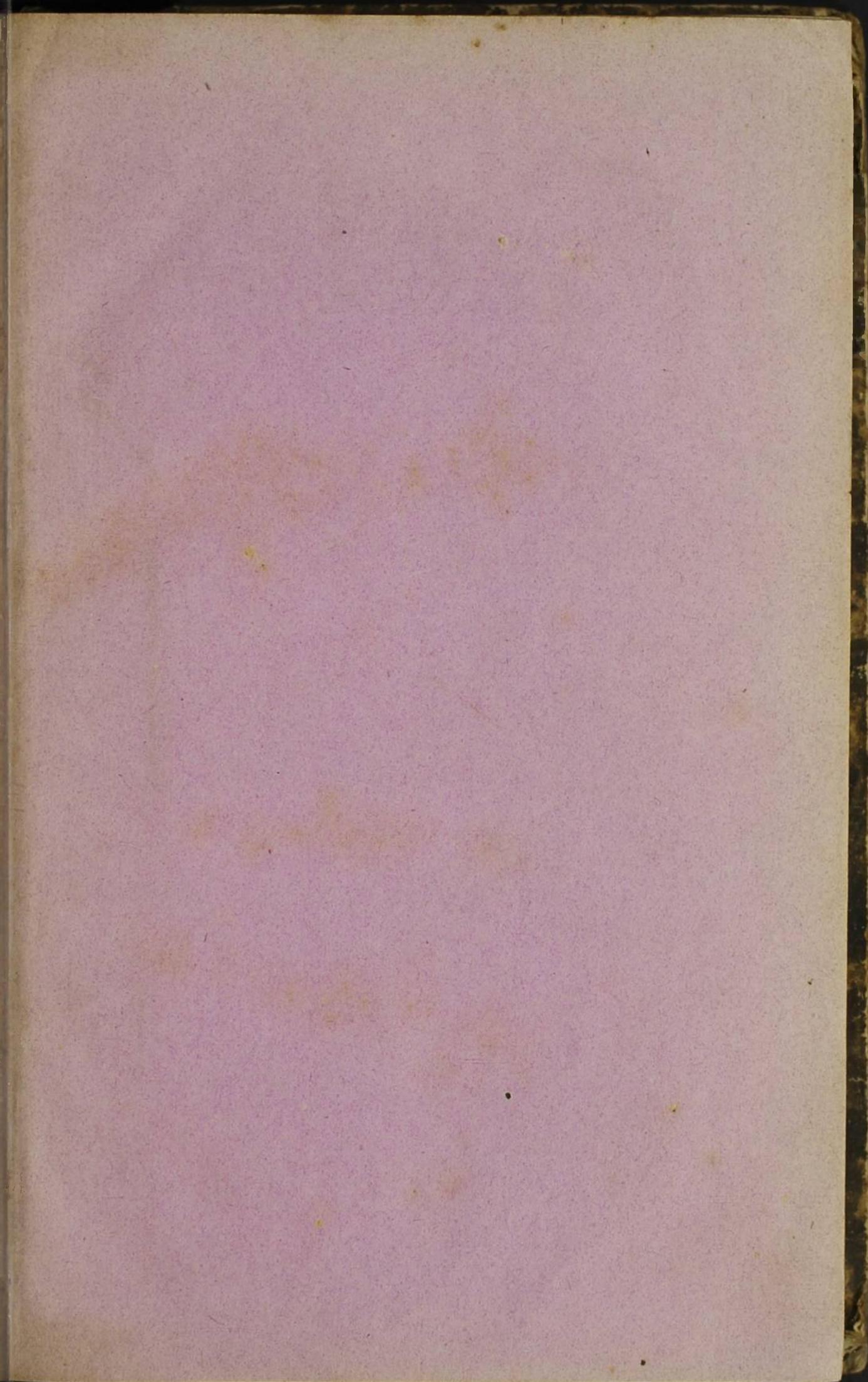
Assimiladas para todos os
Idiomas da Europa

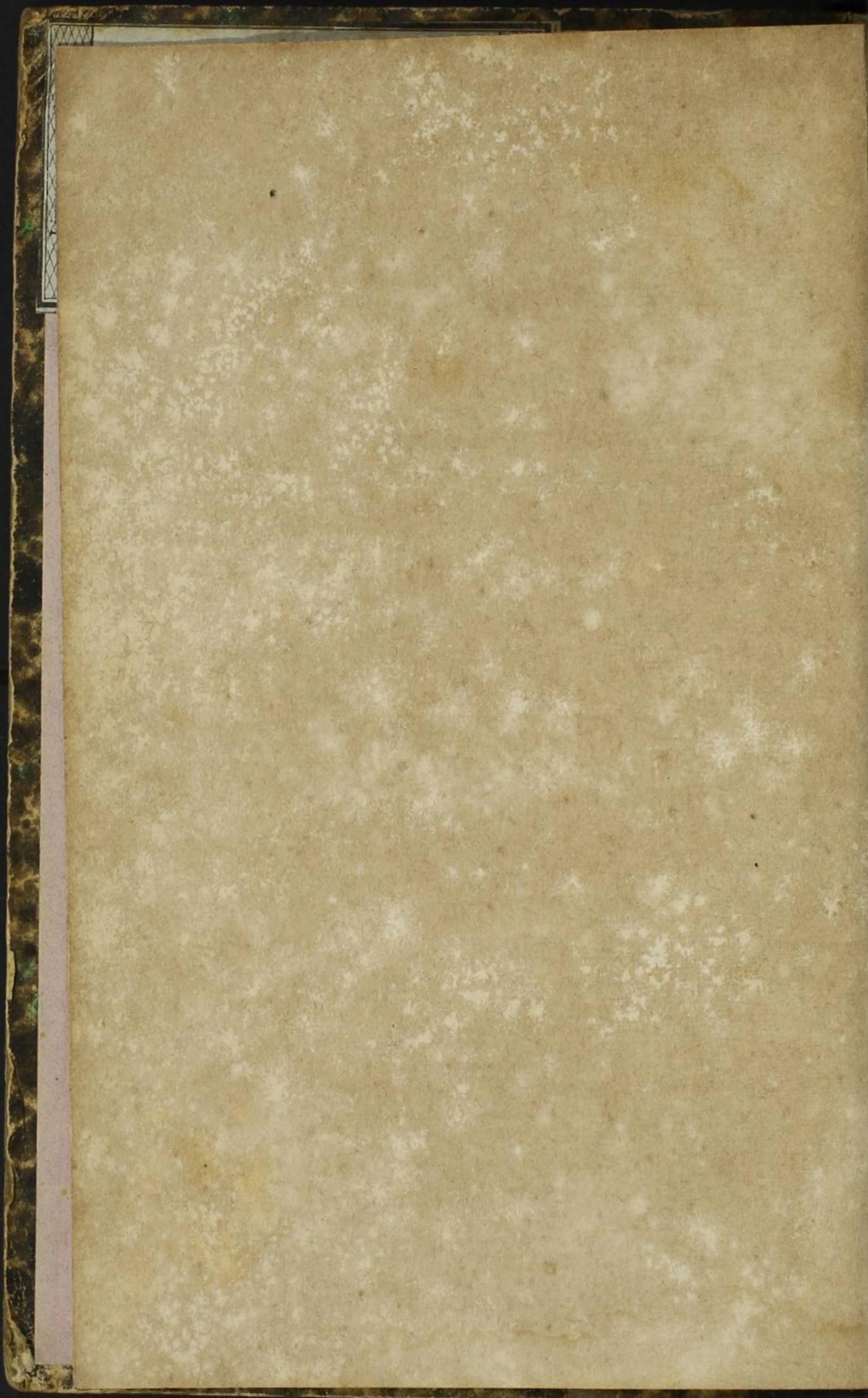
Je ne fay rien
sans

Gayeté

(Montaigne, Des livres)

Ex Libris
José Mindlin





O CODIGO PENAL

DO

IMPERIO DO BRASIL,

COM OBSERVAÇÕES

SOBRE ALGUNS DE SEUS ARTIGOS

PELO DOUTOR

MANOEL MENDES DA CUNHA AZEVEDO.

—•—

Leges sacratissimæ, quæ constringunt
hominum vitas, intelligi ab omnibus
debent. &c.

L. 9 COD. DE LEGIBUS.

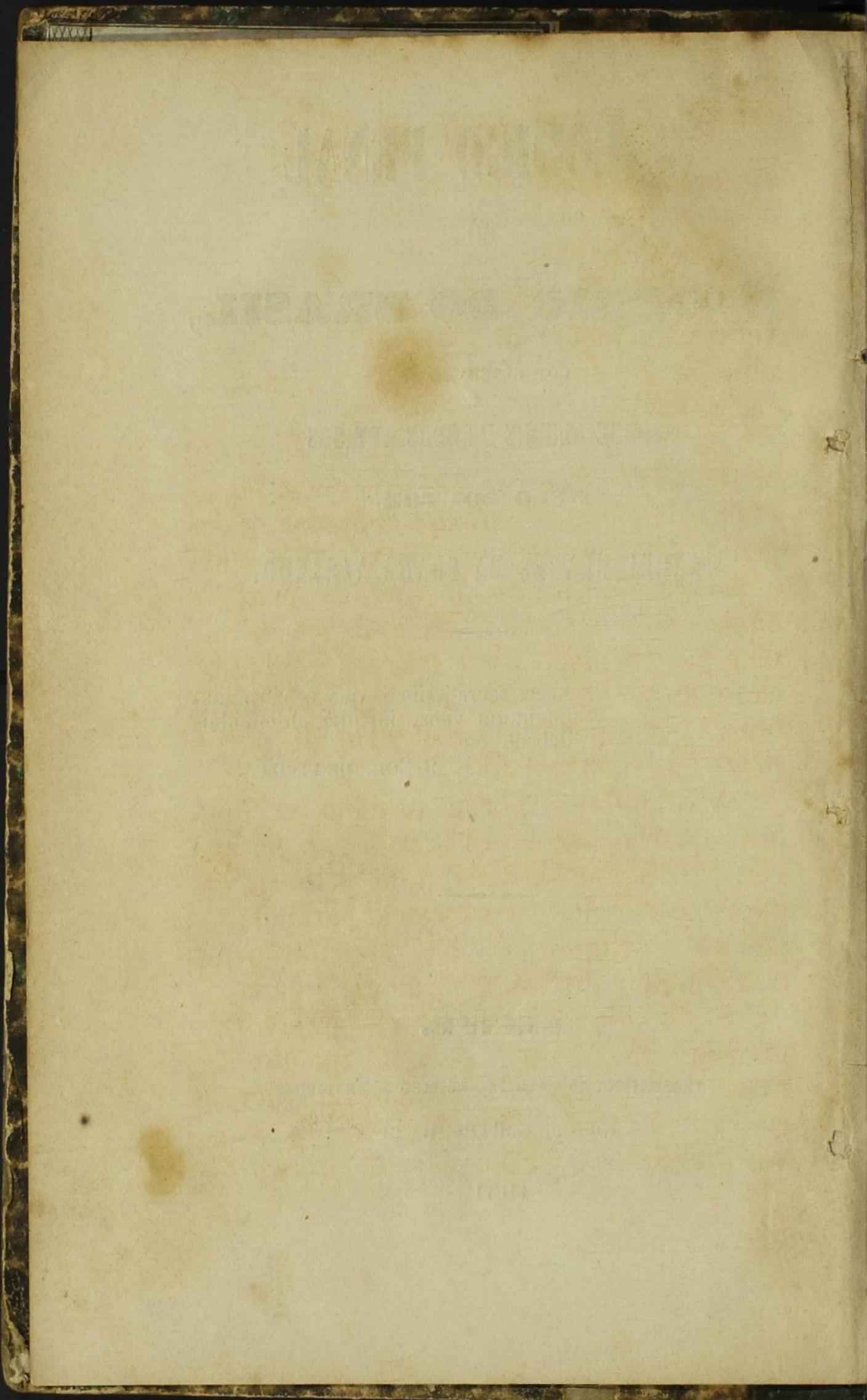
—•—

RECIFE.

TYPOGRAPHIA COMMERCIAL DE MEIRA HENRIQUES

Rua do Collegio, n. 20.

1851.



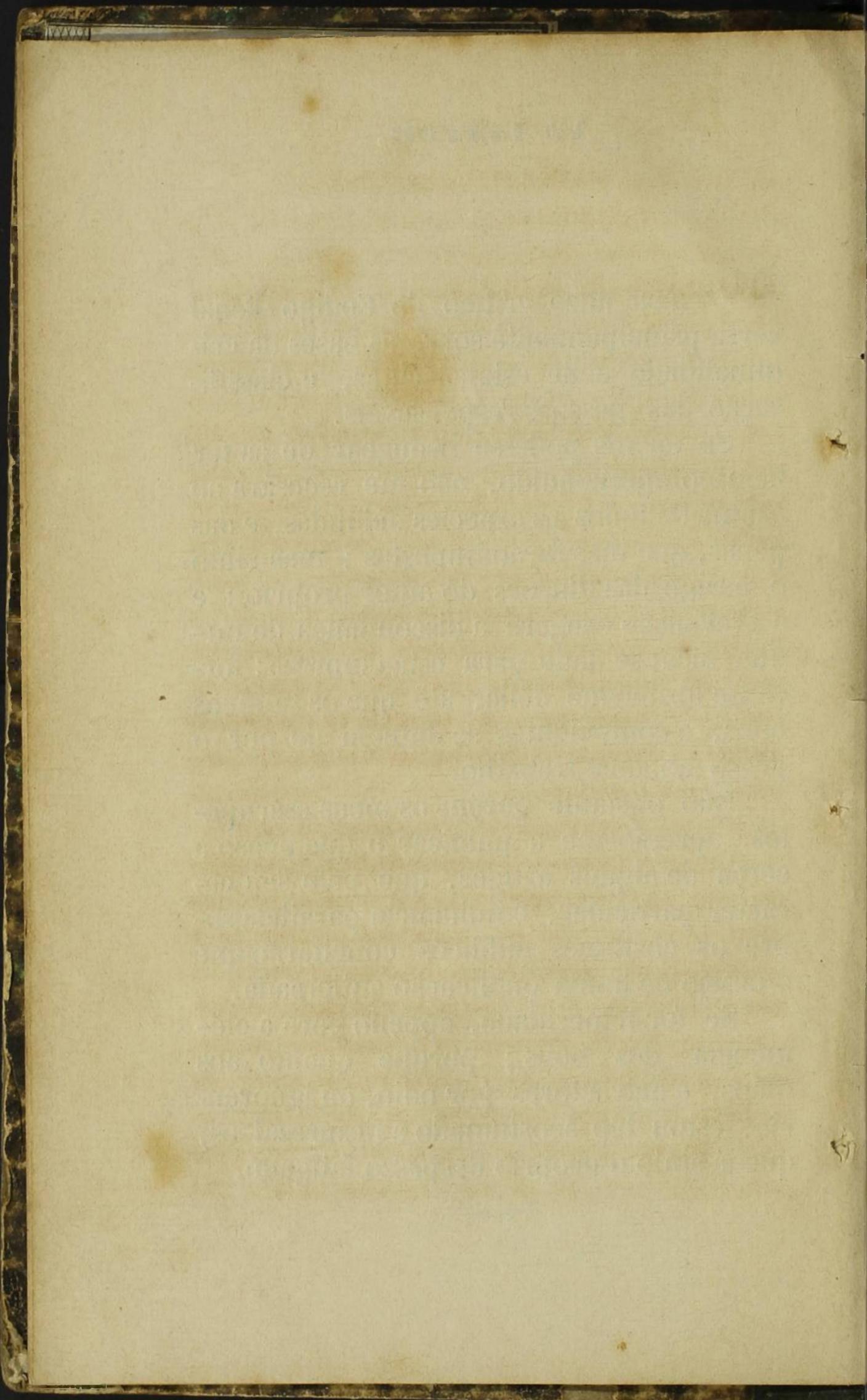
AO LETTOR.

O meu juizo critico do Codigo Penal versa principalmente sobre as bases da criminalidade nelle estabelecidas, e classificação das pessoas responsaveis.

Se eu me pudesse lisongear de as ter bem comprehendido, não me recusára ao exame de todos as especies definidas, e das penas, que lhes forão impostas ; mas sinto o perigo das illusões do amor proprio ; e a prevenção exagera a disconfiança de minha incapacidade para esta empreza : força foi abster-me della, até que os homens bons, e competentes se dignem de pôr o preço ao meu trabalho.

Não obstante porém os meus escrúpulos, apresso-me a publicar o que penso á cerca de alguns artigos, que pelo seu character particular, e influencia parallela sobre os costumes publicos concitarão-me o desejo de huma publicação anticipada.

Se for temeridade, appello para a clemencia dos bons ; porque quanto aos máos, e detractores por odio, ou ignorancia, estou tão acostumado a desprezal-os, que já sinto o proprio desprezo fatigado.



OBSERVAÇÕES

SOBRE VARIOS ARTIGOS

DO

CODIGO PENAL.

ART. 1.º

Não haverá crime, ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) sem huma Lei anterior, que o qualifique.

Os Iscts Romanos definirão delicto *factum illicitum sponte admissum, quo quis et ad restitutionem, si fieri possit, et ad pœnam obligatur.* Nesta definição não ha huma palavra ociosa. *Factum.* Senão houvesse um facto, o pensamento ficaria impune. *Cogitationis pœnam nemo patitur.* L. 18 C. ad leg. Jul. mag. Se o facto não fosse prohibido por huma lei na tutural ou civil, não seria hum delicto. O uso das armas, por exemplo, posto que permittido por

direito natural, prohibido, como he por direito civil, torna-se hum facto illicito. *Sponte admissum*. Se não fosse espontaneamente commetido, seria hum facto accidental, ou constrangido; mas não hum delicto. *Si dolus malus absit, cessat Edictum* L. 3. C. de incend. ruin, etc. *Ad restitutionem, et ad poenam*. Quem offende livremente a outrem he obrigado á restituição pelo damno e á pena pelo delicto. *Si fieri possit*. Porque póde acontecer, que o mal seja irreparavel, como a perda da vida do offendido, e a grande indigencia do offensor para satisfazer o damno estimado. *Obligatur*. Porque não depende da vontade do delinquente; mas da força coactiva da lei o preenchimento das condições de seu delicto: *neque imperare sibi, neque se prohibere quisquam potest*. L. 51 ff. de receptis.

Não ha huma só idéa elementar nesta definição, que implicitamente se não contenha no nosso artigo, que he sobretudo excellente pela sua brevidade, e concisão.

O celebre Francklin medindo a culpabilidade humana pelo character, e extensão de todas as nossas fraquezas nos deu, não somente huma definição de crime limitada ás exigencias da vida civil; mas tambem huma idéa geral, que abraça todas as relações da vida inteira do homem.

« Toda infracção da ordem civil, diz o Phi-

« losopho Americano, he hum peccado ; quan-
 « do esta infracção da ordem he em detrimento
 « do nosso proximo se chama crime ; quando esta
 « desordem refere-se a nós mesmos, chama-se
 « vicio. O vicio he punido pela vergonha ; o
 « crime pelos supplicios ; a punição do peccado he
 « reservada a Deos. Do que resulta que o pec-
 « cado he frequente, o vicio se occulta, e o cri-
 « me he raro. » Não nos demoraremos com esta
 ultima supposição de Francklin ; porque hum
 coração tão puro, como o seu, sentia melhor os
 deveres do homem, do que a multiplicidade de
 seus erros, e de suas aberrações.

O codigo criminal da França divide as infrac-
 ções da lei em crimes, delictos, e contraven-
 ções. E sobre esta classificação terminologica
 tirada da natureza, e quantidade das penas es-
 tabelece a competencia Judiciaria. Não he pre-
 ciso hum grande esforço de attenção para reco-
 nhecer, que estas especies criminaes theorica, e
 praticamente julgadas não tem mais, do que
 huma solidez apparente.

Entre os Criminalistas Francezes, que temos
 consultado, muitos as censurão, alguns as des-
 culpão, e nenhum as adopta.

« Este artigo, dizia Boitard a seus discipulos,
 « (referindo-se ao primeiro do seu Codigo Pe-
 « nal) todo pratico, como logo veremos, he
 « muito pouco logico na sua redacção, e no

« seu principio. Com effeito a ordem natural
 « das idéas parecia ser que da natureza do facto,
 « e da gravidade do acto culpavel deriva-se a
 « qualificação mais, ou menos grave, e a pena
 « mais ou menos forte, que o Legislador lhe
 « quizesse imprimir. Neste artigo 1.º seguio-se
 « huma marcha toda contraria ; em logar de
 « fazer derivar da gravidade do facto a gravidade
 « do nome, e da pena, he ao contrario da gravi-
 « dade da pena, sem lhe importar com a mo-
 « ralidade do facto, que o Legislador Francez
 « faz derivar o nome que imprime a este ac-
 « to, etc. »

Não nos importa agora occupar-nos destas questões ; porque o nosso Codice desprezando divisões occiosas, e insignificantes assenta a Jurisdicção repressiva sobre a triplice base da medida das penas, character especial dos delictos, e Jerrarquias privilegiadas.

Não seria todavia sem proveito para os homens menos exercitados nos negocios forenses, nem alheio de nossas observações entrar aqui em hum exame serio, e reflectido das especies, que determinão as diversas Jurisdicções, na sua relação com a boa administração da Justiça, se estas materias fossem tratadas neste Codice, como na opinião de alguns autores deverão ser ; ou em hum Codice separado, o que seria melhor, e não no Codice do Processo aonde forão, sem metho-

do, nem lição, que ponha debaixo de um só golpe de vista o quadro de nossa organização Judiciaria.

A proposito advertimos aos nossos leitores, para que não sejam taxados de inexactidão para o futuro, que o anno passado forão publicadas á este respeito algumas leis excepcionaes, e que outras se discutem actualmente nas Camaras legislativas, todas em hum sentido contrario á Jurisdição Commum formalmente estabelecida pela Constituição do Estado, e ás leis anteriormente em vigor.

ART. 2.º

Julgar-se-ha crime ou delicto :

§ 1.

Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes.

Póde entrar em duvida, se nos termos, e no espirito do art. 2.º estão comprehendidos aquelles, que, podendo, não obstão a perpetração de algum delicto, segundo a antiga maxima proverbial : *qui non vetat peccare. . . jubet*. E Cicero

nos ensina que ha duas sortes de injustiça, huma commettida pelo criminoso, e outra pelos que, podendo, não impedem o crime, de accordo com a seguinte regra do Direito Romano: *nullum crimen patitur qui non prohibet, cum prohibere non potest.* ff. L. 109 ad regul. jur., donde se deriva á contrario sensu huma especie de complicitade anterior.

Longe de nós a pretensão de supprir com huma interpretação Judaica a investigação leal do espirito da lei; mas podemos affirmar sem hesitação, que esta sorte de omissão não se contém, nem nos termos, nem no espirito do nosso artigo; porque bem que o concurso negativo da indifferença seja um delicto moral, segundo o proverbio citado, e a eloquente expressão de Cicero, o nosso artigo não falla da omissão contraria aos actos; mas á lei, isto he, não aos actos puniveis de outrem; mas á lei punitiva de todos. A lei só não quer, que se faça aquillo, que ella prohibe, ou se deixe de fazer aquillo, que ella prescreve.

Neste sentido fallão os Codigos de França, de Parma, de Sardenha, etc., e o artigo 8.º doCodigo Austriaco declara: *que o pensamento, e a premeditação interior de hum crime não poderão ser investigados, se não forem manifestados por alguma acção exterior contraria á lei.*

Não ha entre nós, senão a complicitade directa, art. 5.º, e a complicitade directa, moral, ou phisica, he sempre positiva; logo a complicitade moral da indifferença está fóra da lettra, e do espiririto da *omissão contraria á lei*; aliás teriamos de descer na prosecução dos delictos a investigações perigosas, sempre faceis de illudir, e somente proprias para legitimar o erro, e acoroçoar a calumnia, muito principalmente, se attendermos que nas causas crimes a prova testemunhal he sempre, ou quasi sempre, a iniciativa, e a base da decisão. O Legislador perderia com o excesso da vigilancia o que poderia ganhar com o correctivo da indifferença.

Nem sirva de prova contra a intelligencia exclusiva do artigo 2.º a lei 109 do ff., porque os Icts Romanos levados por hum sentimento exagerado, e hum zelo ardentissimo das idéas de ordem, e com o designio sempre louvavel de preservar a Republica de tudo, quanto podesse alterar, ou enfraquecer os seus meios de segurança proferirão doutrinas, e maximas, que não são o fructo esteril das escolas, e dos sistemas legislativos; mas inspirações magnanimas, e generosas da Philosophia Stoica, que atrahio a attenção, e o gosto dos Icts, e dos homens de Estado em Roma, antes do Christianismo; mas estas maximas, e estas doutrinas erão razoavelmente applicadas com as precauções devidas, e ex-

pressamente consagradas em outros textos de lei.

Muitos são os casos, em que as palavras da lei erão julgadas pelo prudente arbitrio do Pretor, sempre disposto, e prompto a premunir a liberdade do Cidadão Romano por acções beneficicas, e equitativas, *actiones legis* contra o rigor das Taboas, e prejuizos absoletos. *Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.* L. 13 2.^o ff. ad excusat. tutor. E o *Prætor jus reddere dicitur* punha o sello da justiça, e da legalidade a todas as decisões Judiciarias.

Não era a neutralidade, ou indifferença absoluta do que não impede a execução do crime ; mas a vontade, e o interesse na sua perpetração escrupulosamente investigada, e reconhecida nos crimes de grande monta, como se o filho, o pupillo, a mulher, o escravo não revelassem, ou não impedissem, podendo, o mal, que se preparava, ou se comette contra seu pae, tutor, marido, ou senhor, ascendentes, irmãos, etc. Estes, e outros crimes semelhantes são os de que falla a lei 109, e erão extraordinariamente punidos pela lei 2.^a ff. ad leg. Pomp. de parrecid.

Alguns Imperadores na estúpida obstinação de seus furores a fizeram extensiva ao silencio nos delictos de Estado. *Eadem pœna tenentur, qui eos comitati fuerint : item conscii.* L. 5. C. § 2.^o, e além desta, outras igualmente extravagantes,

e crueis, contra as quaes se pronuncia o Ict. Marcin com toda coragem de sua convicção illustrada. *Nefas est leges videri Commodi, et Caracallæ, exclama elle, et omnium imperitorum voluntates.*

§ 2.

A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente.

Não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena, que a de dous mezes de prizão simples, ou desterro para fóra da Comarca.

A culpa consiste principalmente na intenção livre para seguir, ou deixar de seguir as impulsões da vontade e por isso o facto delictuoso seria apenas em legislação, hum incidente deploravel, e estranho á penalidade legal, se elle não fosse a manifestação exterior de huma vontade livre. A tentativa por tanto reduzida á intencionalidade do agente seria de huma solução impossivel em direito positivo por mais numerosas, ou verosimeis, que fossem as circumstancias provaveis inductivas, ou deductivas anteriores ao delicto para sua classifi-

cação ; porque a intelligencia, e a vontade livres nos seus movimentos até o momento de adoptar huma acção premeditada póde neste momento mesmo renunciar o projecto criminoso.

Por esta razão a lei define a tentativa de tal sorte, que nada falte do que é possível á comprehensão humana para manifestar o designio de consumir o delicto.

Muitos criminalistas tem combatido a circumstancia caracteristica deste delicto, como impossível de provar-se para o não admittir, principalmente nos casos, sobre que as leis pronunção penas rigorosas. Suas observações escrupulosas a este respeito são filhas dos sentimentos de humanidade, que lhes fazem honra : e só grandes considerações de ordem publica podem neutralisar no interesse da Justiça punitiva a força dos argumentos Psychologicos, com que elles combatem o crime de tentativa.

O sabio Dymetri de Glinka em huma nota ao Cap. 4 de seu Tratado de Philosophia de Direito — diz o seguinte : « Entre os Romanos a tentativa de hum crime não era susceptivel de pena, « salvo quando era ella expressamente estabelecida pela lei criminal. Esta circumstancia « se explica por differentes considerações ; mas « principalmente pelo ponto de vista material, « em que a Jurisprudencia Romana se collocava « constantemente, donde veio a maxima de que

« só a consumação do crime dá lugar ao castigo,
 « tendo-se unicamente respeito ao facto mate-
 « rial, e não ao principio intellectual, que lhe
 « serve de movel. A maior parte das legisla-
 « ções modernas admittem, que a tentativa deve
 « ser punida ; porém mais ligeiramente, que o
 « crime, ou delicto. O Codigo Penal Francez
 « assimilha a tentativa do crime ao crime consu-
 « mado ; mas não estabelece a mesma regra a
 « respeito do delicto propriamente dito. »

Ha interesse em dissimular a verdade sempre que se pretende ou sustentar a opinião, que seguimos, ou combater injustamete a opinião dos outros. Eis a razão por que alguns Interpretes do Direito Romano occultão algumas vezes o verdadeiro sentido, que elle encerra em muitas das suas leis. Hum ligeiro exame da definição de furto pela legislação Romana prova evidentemente o contrario do que se contem na nota de Dymetri. *Contrectatio fraudulosa, lucri faciendi causa*, he a definição, *vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionis ve, quod legi naturali prohibitum est admittere*. L. 1 ff. 3 ff. de furtis § 1º Inst. hoc titulo. Note-se bem que a lei citada não diz : tolhimento, tirada, *ablatio*, como o art. 257 deste Cod. ; mas huma *contrectação*, hum tocamento, *contrectatio*, com animo de tirar a cousa para si, *lucri faciendi causa*, ainda que realmente a não tivesse tirado. L. 21

§ 2.º ff. de furtis : He o acto exterior e principio de execução do artigo, de que actualmente nos occupamos.

Na definição, que pomos debaixo dos olhos do leitor, está expressamente comprehendida a tentativa, que o Direito Romano punia, não por leis fixas, e invariaveis ; mas extraordinariamente, afim de que a pena não excedesse o gráo de moralidade do acto, segundo a occasião, o lugar, os modos, e meios empregados para a contrectação ; da mesma sorte que punião o directario, isto he o que entrava em casa alheia sem tocar em cousa alguma, *directarius*. L. 21 ff. in prin. hoc titulo. Por mais poderosa, que fosse a influencia da Philosophia Stoica na legislação dos senhores do mundo, elles não adoptarão esta maxima do Philosopho Chysippo. *Quòd omnia crimina paria sunt*.

Julgando superior á nossa capacidade a solução deste problema juridico, convem a saber, a conveniencia ou disconveniencia da incriminação da tentativa, nos limitamos, a ponderar que se actos exteriores e principio de execução não bastão Psychologicamente para provar a desistencia voluntaria da consumação do delicto, qualquer que seja a circumstancia, de que o Juiz conclua a intenção de o consumir, he evidente que o Juiz deve ser tão circunspecto no exame, e apreciação das circumstancias requeridas pela lei, que

possa dar á sua convicção tanta força e firmeza, que nenhum escrupulo, por mais fugitivo que seja, a possa levemente abalar. Hum tiro de pistola não he sempre huma prova decisiva da intenção de matar ; porque diversos são os modos, por que póde ser disparado sem vontade de ferir, ou de ferir em lugar mortal ; huma punhalada tambem póde ser dada em huma parte do corpo mais susceptivel de cura, e com este designio ; a propinação das substancias venenosas póde ser applicada segundo a sua qualidade, e quantidade para alterar a saude, e não para pôr termo a existencia.

São factos, á que o Juiz deve ligar huma investigação tão profunda, e huma attenção tão viva, que nada deixe a desejar dos meios humanamente possiveis para não cahir no arbitrario, e iniquo. He preciso satisfazer a Justiça natural para não deshonnar a Justiça Civil. *Quam vis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus.* ff. L. 1 § 1.º « He tal-
 « vez impossivel, diz Rossi, determinar por hu-
 « ma lei, e de huma maneira geral, os caracteres
 « precisos, pelos quaes se possa reconhecer, em
 « todos os casos, o verdadeiro começo de execu-
 « ção do delicto, e destinguir este acto dos que
 « não são senão preparatorios ». O profundo Criminalista nos paragraphos subsequentes a este até o fim do Cap. 29 do seu tratado de Direito penal

demonstra com huma lucidez admiravel todas as difficuldades inherentes á classificacão da tentativa. Não ha lagrimas para chorar, nem coração para sentir a sanguinolenta catastrophe, que poz termo a huma vida tam preciosa.

Não obstante porém, o nosso Codigo menos attento a susceptibilidade dos perigos de huma pena rigorosa, do que ao interesse moral da incriminacão da tentativa prescreve em sentido diverso. « *Não será punida a tentativa de crime, ao qual não esteja imposta maior pena, que a de dous mezes de prizão simples, ou de desterro para fóra da Comarca.* »

Entre esta disposicão, e a theoria, que repelle a criminalidade da tentativa, ao menos nos casos mais graves, fique ao Juizo dos sabios sobre o que mais convem adoptar no interesse da representacão ; mas seja-nos licito observar, que se a tentativa tem na ordem moral o valor do delicto consumado, a complicitade he incontestavelmente em todos os casos de menor imputacão ; e por consequencia se não convem incriminar a tentativa, menos a complicitade, nos crimes indicados na disposicão referida.

Poder-me-hão objectar, que os effeitos materiaes da complicitade são em quasi todos os crimes mais extensos, e mais completos, que os da tentativa, e que a moralidade desta nos crimes, á que *não está imposta pena maior, que a de*

dous mezes de prisão, e desterro para fóra da comarca, he tão commum na classe das paixões mais ordinarias da vida, que não excede o character de huma simples ameaça ; donde vem o disposto do segundo membro do artigo segundo.

Se esta resposta he fundada, nós temos o infortunio de a não comprehender bem. « As penas, diz Ancillon, não se podem mover além de hum certo ponto em huma direcção parallelá com os crimes. » Mas as penas só podem ficar em direcção parallelá com os crimes, quando a malicia do agente he a medida de sua gravidade, e nós não podemos comprehender huma hypothese, em que a materialidade do facto prevaleça na escalla penal sobre o elemento intencional do delicto, *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.* L. 14 Cod. ad leg. Jul. ; aliás huma simples infracção de Posturas Municipaes, nos casos, em que della resulte, como póde acontecer, e tem realmente acontecido, hum homicidio involuntario, devera ser punido com a morte, galés perpetuas, e prisão por vinte annos, attenta a natureza, e extensão dos efeitos materiaes da infracção.

E se ha casos, em que a personalidade do offendido, e a realidade objectiva do damno tem huma influencia decisiva, e excepcional sobre as penas, era mister, para que a complicitade fosse punivel, quando a tentativa não he, que fossem elles

expressamente designados ; porque da generalidade dos termos da segunda parte do art. 2.º apenas se póde inferir que o Legislador só não quiz incriminar a tentativa nos crimes de huma ordem tão inferior, que o simples desejo de o consumir não affecta a segurança publica ; mas neste caso, e com maior razão está a complicitade moral ; porque não se encarregando o complice da parte material do delicto, não póde a complicitade moral participar dos effeitos da consumação nos crimes, em que a tentativa não se reputa digna de ser legalmente reprimida. Mevio, por exemplo, aconselha a Ticio para damnificar o predio de Sempronio, e Ticio, já depois de ter dado começo a damnificação, desiste della pela resistencia vigorosa, que lhe oppõe Sempronio. He Mevio complice do damno, e Ticio réo de tentativa ; mas como a pena de damno he de 10 a 40 dias, he Mevio punido, e fica Ticio impune. A punição de Mevio, e a impunidade de Ticio são comparativamente huma desigualdade, e hum escandalo.

§ 3.

O abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por Lei) contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija.

Este parographo dentro da classificação geral dos delictos he huma advertencia sollicita aos funcionarios de todas as ordens, e a expressão do limite, e circunspecção, que devem guardar no exercicio pratico de suas attribuições. Elle faz recordar a seguinte maxima de Mr. Degerando : « O Empregado como empregado não tem se-
« não deveres : só a sociedade, e o Cidadão tem
« direitos.» a Sancção penal, que cobre todos os actos positivos, ou negativos de sua vida publica nos capitulo 1.º do Titulo 4.º deste Codigo, he huma repetição continua e constante das condições de seu ministerio : os poderes, que lhes são dados nos Codigos, Regulamentos, e outras leis Judiciarias, são outros tantos meios de acção para realisar os seus deveres, e garantir os nossos direitos.

Orgãos vitaes do Corpo politico, a sociedade inteira soffre, se elles se deixão viciar, e corromper pelos atractivos, e distracções, que causão, e entretem todas as enfermidades moraes. O funcionario he hum alvo : todos o contemplão, ninguem o desculpa, secom elle não participa do fructo peçonhento de suas prevaricações, suborno, ou peita.

O Exercito de mar, e terra, e os funcionarios administrativos em geral são dignos da confiança publica : as excepções, e os abusos são faceis de correccão. Mas quem tão infenso á Patria,

que contemplando a attitude hostile da Magistratura Brasileira contra todos os direitos, e todas as liberdades (1) não convirá consigo mesmo, que nós somos hum povo de escolha e predilecção, a quem Deos quer salvar do fogo de *geenna* com os soffrimentos de hum Purgatorio mil vezes mais escuro e mais pavoroso mil vezes, que o de S. Patricio na Irlanda? . . .

§ 4.

A ameaça de fazer algum mal a alguém.

Ameaça he hum crime, cuja pena se não pode estabelecer por huma regra geral sem graves inconvenientes, como demonstraremos nas observações ao artigo 207. Ella he sempre, ou quasi sempre, antes o resultado de hum movimento de cholera, do que huma resolução formada para commetter hum delicto; e muitas vezes huma esteril ostentação das forças, que não temos, para incutir medo, ou desarmar os nossos adversarios, obrigando-os a desistir da offensa, que delles se espera, ou se receia. He huma dessas faltas ligeiras, e pequenas irregula-

(1) Nós conhecemos alguns Magistrados dignos de serem exceptuados da regra geral, e se os não conhecessemos, não nos encarregamos de fingir excepções.

ridades, que consistem nas maneiras, e são o fructo ordinario do humor, do temperamento, da precipitação finalmente, com que promettemos, e protestamos fazez aquillo mesmo, á que se oppõe nossa educação, nossos habitos, e até o nosso proprio interesse.

« A lei, diz Mr. Destrivaux, he injusta im-
 « politica, quando viola todas as regras de pro-
 « porção, e confunde as distancias, que sepa-
 « rão o pensamento do crime. » Os Imperado-
 res Romanos, que mais se distinguirão na atro-
 cidade das penas impostas aos crimes de lesa-Ma-
 gestade, excluirão dellas os actos de huma cri-
 minalidade apparente por huma maneira, que
 não exceptua a ameaça. *Nam et personam spe-*
ctandam esse, diz Honorius, an potuerit face-
re, et an ante quid fecerit, et an cogitaverit,
et an sanæ mentis fuerit. Nec lubricum lin-
guæ ad pœnam facile trahendum est. Cod.
 L. 7 ad Leg. Jul. mag.

O que ameaça previne o seu inimigo, e se expõe á huma reacção previa do individuo ameaçado; e quem revella a intenção de commetter hum delicto, cuja realisação depende principalmente do segredo, se não he hum louco, já tem desistido delle; por tanto o unico meio possivel de dissipar os temores, e receios do ameaçado he obrigar o ameaçador a assignar termo de bem viver, e de segurança.

Art. 3.º

Não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isto he, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar.

Nos mais felizes tempos de Roma a exacta proporção das penas com os delictos foi o criterium das publicas condemnações ; mas depois que os espectaculos, o luxo, a vil adulação, e não o amor da patria, foi o movel poderoso, e constante das mais altivas emprezas, e póde-se dizer com Tacito, da publica educação ; que esta com os bons costumes se alterarão, e se corromperão, crescerão os delictos, que se multiplicarão na razão dos vicios ; e as penas, que continhão os melhores cidadãos, não podião mais conter os homens corrompidos e sceleratos. Então o remedio, que devera ser restaurar o antigo systema, e animar os bons costumes por leis humanas, e sabias, foi exacerbar as penas, e punir as mais ligeiras faltas com o sangue, que expiava os mais atrozes delictos, como se vê da numerosa classificação de penas feitas pelo Ict Ulpiano na lei 1.^a Cod. de poenis, e na lei 28 do mesmo titulo.

Porém no mesmo tempo, em que as penas se fizerão mais graves, e acerbas, tambem forão

mais incertas, e arbitrarias ; porque o arbitrio Judiciario he sempre huma consequencia do arbitrio politico, ou para moderar o rigor da penalidade, se os Juizes são humanos, ou para ajustar as penas com o interesse dos partidos, e a vontade imperiosa do Poder, se são como os Juizes do Brazil. (1) Eis a primeira fonte, donde veio a seguinte declaração para circunscrever o arbitrio dos Juizes, que especulando no orgulho, e ferocidade dos tyrannos de sua patria erão com elles os algozes de seus concidadãos : *Sed hæc genera delictorum*, diz o Ict citado, *consideranda sunt septem modis, causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, et eventu.*

A' esta modificação, que a humanidade extorquiu ao furor dos despotas, que mais deshonorarão a sua patria, seguirão-se varias leis, e todas em hum sentido benefico, até que o Christianismo cortasse pelo raiz os vicios habituaes, e prejuizos enormes da antiga legislação. Entre estas leis vemos a seguinte para annivelar a pena com a moralidade do crime : *lata culpa est nimia negligentia, id est, non inteligere quod omnes inteligunt. Semper in obscuris quod minimum est sequimur.* ff. L. 9 e L. 13. Eis porque o art. 3.º não admitte crime sem pleno

(1) Com poucas excepções.

conhecimento do mal, má fé, e intenção de o praticar ; porque não havendo pleno conhecimento do mal póde a acção ser reputada boa, ou indiferente, e mesmo no caso de pleno conhecimento póde não haver intenção, se for coactiva, ou fortuitamente empregada ; logo só o duplo character de pleno conhecimento, e intenção póde constituir a má fé. *In totum omnia, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.* L. 76 ff. de reg. jur.

O Codigo Austriaco art. 4.º exige expressamente a gravidade da intenção para compor o delicto, e alguns criminalistas entendem, que as faltas muito ligeiras não devem ser incriminadas, fundando-se nestas palavras do Cap. 15, v. 19 e 20 do Evangelho de S. Matheus : *de corde enim exeunt cogitationes malæ, homicidia, adulteria, fornicationes, furta, falsa testimonia, blasphemia. Hæc sunt que coinquant hominem.*

No tempo de Jezu Christo a religião de Moisés materialisada pelos Saducêos, os chefes do Sacerdocio, que não vião nella, senão hum instrumento da politica corrompida pelos Phariseos, reduzião a observancia da lei a ritos vãos, e practicas exteriores contra o verdadeiro sentido dos preceitos, que ella encerrava. Jezu Christo combateu o abuso, que delles se fazia, e os escla-

receu ensinando-lhes que o crime tem a sua raiz no coração, e não na materialidade dos actos, *de corde enim exeunt*, que a intelligencia só faz hum crime, quando o coração o abraça ; porque só então a intelligencia he completa, e responsavel, *non nisi vera, et certa scientia*. Por tanto com autoridade da lei Romana, e sobre tudo com a palavra do Salvador fica provado que o *pleno conhecimento do mal, e a intenção de o praticar* são o symptoma caracteristico, e o horoscopo Judiciario da má fé do delinquente.

Art. 4.

São criminosos, como autores, os que commetterem, constrangerem, ou mandarem al-guem commetter crimes.

Todo aquelle, que directamente, e com resolução formada participa da execução do crime, ou manda, ou constrange a outrem para commettello, he Autor, ainda mesmo que a sua coope-peração singular não fosse sufficiente para realisação do delicto, se para elle concorreu com a sua presença, e do concurso de seus meios resultou etc. *Si duo plures vel unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, di-*

endum est omnes furti in solidum teneri : quamvis id contrectare nec tollere solus possit : et ita utimur. Neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos, sed totius rei universos : sic fiet singulos furti teneri. L. § ff. e L. si is. qui test. Isto comprehendese bem, e não he menos claro, que todo, que corre directamente, não mandando, não constringendo, e nem commettendo elle mesmo o delicto, he complice ; porque sempre he tal, se elle não coopera por actos, que constituição realmente o delicto, ainda que sem elles não teria sido commettido ; circumstancia esta, que não foi prevista pelos nossos Legisladores na distincção estabelecida entre autores, e complices ; mas que não escapou á Sabedoria, e perspicacia dos Iets Romanos.

Tribuniano calculando a criminalidade e a pena de cada hum pelos effeitos produzidos por sua actividade diz no T. 1.º da lei 4.ª das Institutas : fica obrigado pelo furto aquelle, por cujo trabalho, e conselho foi elle feito. *Cujus ope, et consilio furtum factum est*, e á esta disposição se ajunta a lei 16 ff. de pœnis : *quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar* ; mas se a cooperação do delinquente foi tal, que sem ella o delicto se teria frustrado, fica sendo elle considerado na classe dos principaes autores. *Et si persuaserim alicui, alias nolenti, est mihi ad*

injuriam faciendam obediret, posse injuriarum mecum agi. L. 9 ff. de injur.

Hum exemplo fará mais sensível o sentido do texto. Se hum criado de accordo com huma quadrilha de ladrões lhes revellasse o unico modo, e ocasião, em que podia ser penetrada a casa de seu amo de tal sorte que sem esta revelação não se teria podido effectuar o roubo, he elle pelo Direito Romano considerado principal autor do delicto, ainda que não tivesse pessoalmente cooperado para sua execução. Outros exemplos poderíamos citar, cuja classificação não differe do exemplo citado, em apoio da Justiça, e valor Juridico da referida lei.

Blackstone no seu commentario sobre o código criminal de Inglaterra diz fallando dos principaes delinquentes, e daquelles, que delinquem por huma impulsão accessoria. « pertence á classe dos principaes delinquentes não só o autor e actor do delicto ; mas tambem o que excita, que ajuda, que concorre com a sua presença de perto, ou de longe, fazendo, por exemplo, sentinella para fazer huma morte, ou hum roubo. Esta regra se applica ainda em facto de envenenamento á aquelle, que prepara o veneno para o ministrar por intermedio de outro ; da mesma sorte o que tivesse cavado hum precipicio, armado hum laço, afrouxado as cadeias a huma besta feroz, confiando o

« manejo de tudo a hum louco para fazer pere-
« cer a qualquer, ainda mesmo que o velhaco
« não estivesse presente no momento da catas-
« trophe. »

Não he debalde aventurar algumas idéas sobre os inconvenientes, que podem resultar da falta de precisão dos termos empregados na lei, ou das distincções necessarias, quando elles se prestão a diversas intelligencias. Os que mandão são autores ; mas se o mandato não está dentro dos limites da obediencia legal, que differença faz do conselho, ou exhortação, moral, ou fisicamente considerada? Salvo se na hypothese a qualificação demandante reduz-se á huma circumstancia puramente terminologica, isto é, em vez de dizer : aconselho— dizer : mando. Ora se o mandante nenhum direito tem á obediencia do mandatario debaixo de qualquer relação que seja, nem se prova o constrangimento deste para perpetração do delicto de modo, que excuse a criminalidade da execução, he evidente que o mandatario adoptou a resolução criminosa por seu interesse pessoal, ou por huma sorte de condescendencia, que prova sobre tudo a sua depravação moral, logo o effeito do mandato sobre a deliberação do mandatario não excede a influencia moral do conselho, e por consequencia ainda a participação real do delicto não pesa menos sobre o que aconsellia, do que sobre o que

manda. Neste caso pela legislação Romana só o mandatario era punido como autor. *Actio legis Aquiliae cum eo est, qui jussit, si jus temperandi habuit quod, si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit.* L. 34 ff. ad leg. Aquil.

Esta lei refere-se exclusivamente a aquelle, que muito livremente aceitou o mandato, como se vê destas palavras que lhe forão ante postas : *liber homo, si jussu alterius manu injuriam dedit.* Mr. Chaveau parece duvidar em face do texto, se o mandante por elle fica totalmente isento de criminalidade : a negativa nos parece incontestavel ; porque a espontaneidade do mandatario não dissipa a influencia moral do conselho, ou exhortação do mandante, cuja complicitade foi prevenida na já mencionada lei do T. 1.º das Institutas. *Cujus ope, vel consilio, etc.*

Não se póde dizer que o Codigo comprehende na classe dos autores os que mandão suppondo a coacção do mandatario ; porque neste caso estão os que constroem ; e então seria vãa, e derisoria huma triplíce classificação de especies, que essencialmente se confundem : e releva observar, que a legislação Romana só admittia a coacção do mandatario ou complice, nos casos, em que elle fosse levado por huma força irresistivel, obediencia passiva, ou ignorancia absoluta. He o que formalmente se contem nos textos seguintes : *Et enim fuit æquissimum vi coacto subvenire.*

Cod. L. 1 de vi. *Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris, vel domini.* L. 4 ff. de reg. jur. *Non videntur qui errant consentire.* L. 116 ff. eod. tit.

Hoje porém que nós não temos, nem o patrio, nem o poder dominical dos Romanos, que suppunhão a passividade da obediencia do filho, ou servo, nem autoridade alguma que se exercite sobre as condições *alieni juris*, se o nossoCodigo suppõe o mandato independentemente da obediencia passiva, ou coacção irresistivel do mandatario, não se póde sem notorio desprezo da Justiça distributiva prescindir na qualificação do mandato, da influencia, que exercita o mandante para com o mandatario, segundo as relações politicas, ou domesticas, que entre elles se dão, e estabelecem a dependencia para determinar a proporção, em que o mandante contribuiu para o crime relativamente ao mandatario. Ora se as leis derivão das relações, que ha entre os individuos, o mandato he, e por consequencia a pena deve ser mais, ou menos grave, segundo a natureza das relações, que existem entre o mandante, e o mandatario.

O Codigo da Leusiana só considera como principal autor aquelle, que commette o acto prohibido, ou que se oppõe ao acto prescripto pela lei. O de Parma não atribue ao mandante toda gravidade do acto, e diminue a pena que

lhe devera ser imposta, se o mandatario excede o mandato, quando o excesso não podia ser por elle previsto, e nenhuma legislação ha, que me conste tenha distinguido os caracteres da culpabilidade em disfavor do mandante, por mais numerosas que sejam as causas predisponentes, e influenciaes do delicto, excepto o caso de força, ou medo irresistiveis.

Diga cada hum o que quizer, e os Legisladores obrem, como lhes parecer de Justiça, o que he certo he que o mandatario sabe que commette hum acto criminoso, e punivel; que o mandante nenhum poder legitimo tem para o dispensar da pena; que a sua protecção, por maior que seja o gráo de confiança, que lhe mereça, reduz-se aos meios de fazer valer o suborno, e a prepotencia, ou illudir a vigilancia das Autoridades competentes para o punir; que as circumstancias podem variar, e com ellas desaparecer todas as illusões, e promessas, em que funda a esperanza da impunidade. Ora se nenhuma destas advertencias póde escapar ao espirito de hum homem, que commette hum crime premeditadamente, como são os mandatarios em geral, temos, senão certeza, a mais fundada presumpção de que o mandatario he seduzido pelo interesse, que espera da execução, proximo, ou remoto, pecuniario, ou de outro genero, e que he mais huma razão para agravar o delicto *ter o delinquente*

committido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa, § 11 do art. 16 do nosso Cod. Pecunia recepta, vel subreptorum parte dimiserunt. L. 5 Cod. de accusat. São tão raras as excepções, que só podem ter logar em huma legislação casuistica.

« O mandato presuppõe duas vontades effi-
 « cazmente preordinadas ao delicto, diz o douto
 « Carmignani ; mas no caso mesmo, em que al-
 « guma dependencia se dê entre o mandante, e o
 « mandatario, sempre ha esta differença : que
 « o mandante quer tão somente o crime, e o
 « mandatario o quer, e o executa ; e o acto da
 « execução he quem só precisamente descobre a
 « perversidade da intenção, he quem faz a vic-
 « tima. » Portanto applicando ao mandato a
 theoria de sua criminalidade moral, e material,
 não só aos olhos da moral a malicia do mandata-
 rio he maior, que a do mandante ; mas tambem
 as regras da politica, que tudo avalião com atten-
 ção ao damno, e ao interesse, que a sociedade
 tem em prevenil-o, deverião estabelecer huma
 pena menor para o mandante, visto que he me-
 nos querel-o, do que querel-o, e executal-o.
 « Quando muitos homens se unem, observa
 « muito bem o Marquez de Beccaria, para correr
 « hum risco commum, mais este risco he gran-
 « de, mais elles se esforção por tornal-o igual
 « para todos. As leis, que punirem mais seve-

« ramente os executores do crime, farão com
 « que o risco se não possa distribuir igualmente,
 « e que seja mais difficil achar hum homem,
 « que se queira prestar a execução de hum crime
 « premeditado ; porque seu risco será mais gran-
 « de pela differença da punição.

Art. 5.º

*São criminosos, como complices, todos os
 mais, que directamente concorrerem para se
 commetter crimes.*

O Legislador enumerando os casos especificos da complicitade póde facilmente calcular o valor intrinseco de cada huma das especies, sua influencia, mais ou menos directa, mais ou menos perniciosa á segurança publica, para resolver equitativamente sobre a variedade, ou identidade da pena ; mas nos casos imprevistos, como os que se possão comprehender na generalidade do art. 5.º, não nos parece consentaneo com as proporções mais naturaes, e mais geralmente guardadas na distribuição da Justiça ultriz fixar anticipadamente a pena em hum sentido tão absoluto ; porque tantos, e tão diversos são os modos, e meios, porque póde qualquer concorrer dire-

ctamente para hum delicto, que cheguem a estabelecer huma differença incalculavel de hums a respeito de outros, e destes a respeito das especies prevenidas.

O Complice de parricidio, isto he, o filho, que coopera para a morte de seu pae, he debaixo de todas as relações moraes, e politicas mais perigoso á sociedade, do que o autor de hum homicidio : aquelle, que aconselha, e anima com discursos, e soccorros a resolução de hum filho para matar o autor de seus dias, he incomparavelmente mais perverso, do que se fosse para homicidar hum estranho. Estes dous complices são sem contradicção dignos de huma pena mais severa, e o primeiro mais do que o segundo.

Nenhuma destas duas hypotheses foi especificada no art. 6.º, e ambas se comprehendem nos termos geraes do art. 5.º ; todas são de hum escandalo notorio, e de hum perigo eminente. A igualdade das penas seria hum ultraje á Moral universal, e sem apoio na consciencia publica, embora julguem diversamente alguns Philosophos, e amigos da humanidade a respeito do segundo ; porque se he justo, e humano o correctivo da sancção penal, he contra a justiça, e a humanidade equiparar as penas, aonde os crimes diversificação em sua gravidade intencional. *Nec enim aut severitatis, aut clementiae gloria affectanda est ; sed perpenso judicio, prout*

quæque res ex postulat, statuendum est. ff. L. 9 de pœnis.

Em nossa humilde opinião a imputação, e a imputabilidade dos dous delictos comparados são de huma differença sensivel ; mas todas não excedendo a cathegoria da complicitade legal são ellas de huma longa distancia em animadversão, e malicia a respeito do complice, que por motivos de parentesco, amizade, ou gratidão occulta em sua casa alguma cousa obtida por meios criminosos, e todavia se a consciencia publica os separa, a lei os confunde, e a mesma pena os espera a todos no Pretorio da Justiça.

Nem se diga, que a complicitade devidamente apreciada pelas circumstancias agravantes, ou atenuantes põe o parallelo entre o delicto, e a pena. Não, 1.º ; porque dentro mesmo da esfêra da complicitade, a differença moral entre dous casos diversos pôde ser tão grande, que o *maximum* da pena fique muito aquem da intensidade real do delicto *in se*, e de sua medida comparativa com outro do mesmo genero. 2.º ; porque ambos podem ser agravados por circumstancias diversas, que determinem a pena no mesmo gráo de culpa. O delinquente v. g., que concorre para a morte de seu pae, vem a ter segundo o nosso artigo o *maximum* da pena do § 7 do art. 16, da mesma sorte que se concorresse para a morte de hum estranho premeditadamente § 8,

com veneno, de noite, com fraude §§ 1.º 2.º, 9.º, etc., se o complice não ignorava estas circunstancias. 3.º; porque a condição proporcional da Justiça punitiva em hum grande numero de casos, ainda que de igual natureza, não deve ficar dependente de circunstancias de difficil apreciação muitas vezes, e sempre limitadas á huma enumeração positiva, como a dos arts. 16, 17, 18, e 19 deste Codigo : então o erro, ou arbitrio do Juiz prevalecendo-se da generalidade do art. 5.º poderão marcar os limites á concurrencia directa para os delictos segundo a ordem, em que lhe convier classificar o delinquente na escala penal, autor o que só tenha sido complice, e vice-versa.

Não se póde, he verdade, apezar das mais continuas, e infatigaveis observações prever, e prevenir todas as exagerações, e declinações, de que são susceptiveis as acções humanas para definir a pena em todas as proporções moraes do delicto. Seria huma pretensão bizarra, e hum trabalho invencivel. *Neque leges, neque Senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque incidere, comprehendantur; sed sufficit et ea, quæ plerumque accidunt, contineri.* L. 10 ff. de leg. ; mas a previsão humana não he tão curta em certa ordem de factos, que só possa lobrigar as especies facteis de receber a applicação mais commum, e or-

dinaria de hum principio geral. Na multiplicidade de detalhes alguns ha, que escapão á previsão legislativa ; mas outros, como os que vemos nas hypotheses comparadas, não são superiores aos calculos da experiencia, para que possam ser esquecidos, e confundidos com os mais obvios, e frequentes no longo circulo da complicitade legal.

O Dr. Bazilio Alberto nas suas preleções de Direito Criminal na Universidade de Coimbra diz que a lei Romana *punia do mesmo modo todos aquelles que tiverão parte no crime*, ou sejam autores, ou complices, em cuja sustentação recorre á autoridade da lei 15 ff. ad leg Cornel. de sicariis, concebida nos termos seguintes.—*Nihil interest, occidat quis, an causam mortis præbeat.*

Não nos parece exacta esta assersão do Illustre Professor, que citamos ; porque os Romanos empregarão o termo — *complicitade* — na sua accepção mais lata, exprimindo com ella todos os grãos de culpa ; mas porque não fizeram delles huma distincção terminologica para fazer da complicitade hum delicto *sui generis*, segundo a divisão modernamente adoptada, não se póde com segurança dizer, que elles punião com iguaes penas autores, e complices no sentido, em que o nosso, e outros Codigos modernos empregão estes dous termos.

O Sabio Portuguez distingue o *quis occidat* do *an mortis præbeat* para comprehender na primeira oração os autores, e na segunda os complices; mas com o respeito devido a tão grande Mestre nós lhe pedimos venia para disconvir de sua opinião, alias tão respeitavel.

O *an præbeat*, entendemos nós, não se refere aos complices no sentido restricto da palavra; mas a todos aquelles, que podem ser considerados na classe dos autores; e he esta a idéa, que encerra virtualmente o accusativo — *causam* — isto he, o mandante, o violentador, e quaesquer, que tivessem concorrido para a morte de huma maneira equivalente ao que levantou o braço para ferir a victima, o *quis occidat*

Aquelle, que se diz causa de hum crime, he sempre considerado tal por circumstancias, que o podem juridica, e moralmente collocar no numero dos autores, he a causa especifica do effeito delictuoso, ainda que por extensão tambem se chame causa o concurso positivo, ou negativo do complice. « *Quindi sé com l'opera del complice*
 « *solo avrebesi potuto benanche il delitto co-*
 « *mettere*, diz Pegano, *in tal caso egli se con-*
 « *sidera como principale.* »

Em prova mais clara, e decisiva da intelligencia, que attribuimos ao *an præbeat mortis causam* lembramos aos nossos leitores que no paragrapho, que immediatamente se segue ás pa-

lavras *mortis causam*, vem a seguinte declaração : *id est, mandator cœdis pro homicida habetur* ; porque he o mandato, assim como outras causas equivalentes, huma das qualificações de autor. *Non ideo minus crimine, sive atrocium injuriarum judicio tenetur, is qui in justa accusationem incidit, quia dicit alium se hujus modi facti mandatorem habuisse. Namque hoc casu, præter principalem reum, mandatorem quoque ex sua persona conveniri posse, ignotum non est. L. 5 Cod. de accusat.*

Não se póde portanto suppor sem temeridade, que os Romanos punião com igual pena autores, e complices ; porque se a complicitade no sentido Philosophico, e real de todas as legislações razoaveis reduz-se á menor cooperação no delicto, o povo Romano sem fazer della hum delicto especial a punia tambem neste sentido proporcionalmente. *Plane in levioribus, proniores ad lænitatem Judices esse debent : in gravioribus pœnis, severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi. L. 2 ff. de Judic.*

Art. 6.º

Serão também considerados complices :

§ 1.

Os que receberem, occultarem, ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o forão, ou devendo saber-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberão, ou comprarão.

He digna de mil louvores a precaução, com que o nosso artigo estabelece a complicitade dos que recebem, ou occultão *cousas abtidas por meios criminosos*—sabendo que o forão, ou devendo saber-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberão, ou comprarão. He o mesmo, que expressamente recommendarão os Iets Romanos nestas palavras da L. 1 Cod. de his, qui et t. 16 de receptatoribus : *pro qualitate personæ, et Judicis æstimatione plectetur* ; porque só pelo conhecimento certo da qualidade da pessoa, isto he, do conceito, que merece por seus costumes, e precedentes póde vir a certeza, ou a probabilidade pelo menos de ser a cousa recebida, ou compra-

da, obtida *por meios criminosos*, como também se estas cousas excedem muito em valor aos meios provaveis, porque as poderia obter o que as entrega, ou as vende: tal he o caso de huma joia entregue, ou vendida por hum escravo, hum mendigo, etc.

Não obstante, duvidas se podem suscitar em alguns casos sobre se o recebedor, ou comprador sabia o modo, por que forão as cousas obtidas; porque ninguem ha, que entregando, ou vendendo alguma cousa, declare o meio, por que a houve, se he elle criminoso, ou illicito; antes não faltão recursos á malicia humana para os occultar ao recebedor, ou comprador mais vigilante, e prevenido; porque a qualidade, ou condição do vendedor póde muitas vezes ser desconhecida ao comprador por circumstancias, que se podem multiplicar ao infinito, não obstante a voz publica, e outros signaes caracteristicos, de sua aptidão suspeita por actos semelhantes.

He impossivel distinguir, e precisar por huma lei todos os casos, em que o comprador podia saber, ou ignorar os meios, porque foi a cousa obtida, em virtude da qualidade, e condição das pessoas; e dahi vem a clausula — *devendo saber-o*; logo apezar das qualidades, e circumstancias, que estabelecem a presumpção geral dos meios criminosos, se o réo provar sufficientemente, que as ignorava, nenhum Juiz se deve preva-

lecer da palavra —*devendo*— que he de hum character essencialmente presumptivo, para proferir huma condemnação real. *Nenhuma presumpção*, diz o artigo 36 deste Codigo, *por mais vehementemente, que seja, dará motivo para imposição da pena. De suspicionibus non debet aliquis damnari. Satius enim inpunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.* L. 5 Cod. de pœnis. E he isto ao que chamão os Praticos —*entender a lei pela lei*: em materia crime he sempre boa, e a unica verdadeira, a intelligencia, que mais se presta aos officios, e sentimentos de equidade. Este principio he de huma verdade, e de huma applicação absoluta, he hum commento vivo, e o melhor, das seguintes palavras do Apostolo. *scimus enim, quia lex bona est, modò quis eâ legitime utatur.* Epist. ad Rom. Cap. v. 8. *Vós não julgareis nada contra a equidade.* Levitico. Cap. 19 v. 15.

Dever saber, e não saber são cousas muito diversas, para que possam ser indistinctamente applicadas nas questões de facto: presume-se não para contrariar a verdade; mas para restabelecer huma regra nos casos, em que a verdade não contraria a presumpção; e se nas materias civis as presumpções são huma regra sem prejuizo da verdade, nas causas criminaes são hum symptoma, como todos os que isoladamente não provão: A proposito repetiremos com Mr. Dupin: « tudo he

« *stricti juris*; as inducções, e os raciocinios
 « não tem autoridade alguma. » Por tanto
 aquelle, que recebeu, ou comprou a coisa obtida
 por meios criminosos, se os ignorava, e nem os
 podia suspeitar, não obstante a qualidade, e con-
 dição do vendedor, tudo isto provado sufficiente-
 mente em Juizo, não he o complice do § 1.º do
 art 6.º

Restituída pois a coisa recebida, ou compra-
 da, ou o seu valor, se já a tem consumido, ou
 desviado, o recebedor, ou comprador a nada mais
 he obrigado, se livremente a entrega, ou restitue
 o seu preço; e deve ser considerado, como se
 nunca tivesse recebido, ou comprado. *Non vi-*
detur quisquam id capere, quod ei necesse est
alii restituere L. 5 ff. de reg. jur. Aqui he de
 notar que esta lei não se refere á restituição cri-
 minalmente devida, nem ainda por culpa levissi-
 ma, em cujo caso não tinha logar a ficção de di-
 reito: *non videtur id capere*; mas sómente aos
 actos, que excluem a mais ligeira idéa de culpa-
 bilidade, que não erão commettidos, nem por
 negligencia, ou descuido; porque a respeito des-
 tes a restituição do damno, além da pena, era
 huma consequencia: a immuniidade da restitui-
 ção do damno só pertencia a aquelles, que nem
 directa, nem indirectamente, tiverão animo de
 violar a lei como nós consideramos o recebedor,
 ou comprador nas condições referidas. *Crimen*

contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat. Cæterum ea, quæ ex improvise casu potius, quam fraude accidunt, fato plerùmque, non noxe imputantur. L. 1 C. ad leg. Cornel. Anoxa era huma especie de reparação material, como verão os leitores em nossas observações ao § 1 do art. 28 deste Codigo, mas que não era devida *ex improvise casu, nem fato plerùmque.*

§ 2.

Os que derem asilo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem, ou pretendem commetter taes crimes.

O segundo paragrapho deste artigo he de huma prudencia, e de huma precisão admiraveis ; porque elle resolve com os seus proprios termos a questão da occultação de hum só individuo, sobre quem póde cahir alguma imputação á tal respeito para não prejudicar as causas de alguma occultação tolerada, e mesmo devida debaixo de certas relações, sobre que não podem as leis directamente intervir, sem graves, senão maiores inconvenientes : mas o que dá asilo, ou presta a sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, com sciencia do fim, para que se reúnem, ou de suas depredações habituaes não póde, de-

baixo de qualquer pretexto que seja, innocentar o seu procedimento culpavel além de ignominioso ; porque se já não he hum ladrão, ou assassino, como aquelles, a quem occulta, ou asila, e reune em sua casa, tem contra si todas as presumpções *juris et de jure* de participar dos fructos do crime, que os outros commettem, ou pretendem commetter.

Reconhecendo ainda que nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, póde legitimar a pena aos olhos da lei, desistimos livremente desta sorte de argumentação, para que sómente sirva de hum adminiculo á prova ; mas he huma verdade de intuição, que asilar, ou reunir em sua casa assassinos, e ladrões nos termos do § 2.º he hum crime enorme, e hum perigo eminente para a sociedade no conceito do ignorante, como do sabio, do homem honesto, como do mais vil scelerato ; logo he da mesma natureza do homem, e da intelligencia mais ordinaria de todas as cousas humanas que devemos concluir a certeza de sua cooperação, e participação lucrativa do delicto. *Sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, et prout quisque deliquerit, in eum animadvertere : receptoresque eorum, sine quibus latere diutius non possunt latrones.* L. 13 Cod. de Officio Præsidis.

Sobre o mesmo assumpto.

Se a complicitade se reduzisse á participação material do delicto, aquelle, que occulta a cousa furtada, como o que a furta, além de igualmente puniveis, seriam dignos da mesma pena, e a satisfação completa do damno seria a unica pena razoavel neste genero de crime ; mas a complicitade, a verdadeira complicitade segue, posto que em gráo inferior, as condições naturaes do delicto. O complice, como o autor, cada hum por seu modo, viola a lei, que prohibe o furto : ambos resistem á razão, e ao sentimento, que aconselhão a inviolabilidade do patrimonio alheio ; e ficão indifferentes aos perigosos effeitos do exemplo publico ; mas a complicitade posterior, aquella, á que se refere o § 1.º do art. 6.º, não participa da moralidade intrinseca do delicto ; podendo ser considerada, se assim convier, hum delicto especial.

Alguns autores, entre os quaes figurão nomes celebres dos seculos anteriores, reflectindo pouco sobre a lei 1.^a Cod. *de receptatoribus*, e a lei 60, e 152 do titulo —*de regul. jur.*, tirão destes dous fragmentos dous generos de complicitade, hum dos quaes mal se conforma com a theoria do direito penal ; e dão ao Direito Romano huma extensão, e hum sentido, que elle não tem. Nós aqui copiamos as leis citadas, para que

em face dellas sejão a nossa, e a opinião divergente imparcialmente julgadas. A primeira he a seguinte : *Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest. Et præcipitur ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt : quia cum apprehendere latrones possent, pecunia accepta, vel subreptorum parte dimiserunt. Eos, qui secum alieni criminis reos occultando, eum, eam ve sociarunt par ipsos, et reos poena exspectet : et latrones quisquis sciens susceperit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum pro qualitate personæ, et Judicis æstimatione plectetur.*

Des proprios termos da lei resulta evidentemente, que ella não pune *in pari causa* os recebedores do roubo, ou os que occultão os roubadores por esta unica razão ; mas porque os deixão ir por dinheiro, ou parte do roubo, cuja immoralidade não se reduz a hum acto interno, mas a hum facto, que equivale á subtracção da cousa alheia, sabendo que o era — *pecunia accepta, vel subreptorum parte* — de sorte que sem o *pecunia accepta, etc.*, não se poderia fazer desta lei huma applicação aos *receptatores*, se nehuma outra circumstancia provasse sua cooperação anterior á perpetração do delicto.

Do segundo fragmento tambem nada se póde concluir para a complicitade posterior ; porque os termos : *eum, eam ve sociarunt* — são huma

condição da legitimidade da pena, attendendo que aquelle que occulta o roubo, ou os roubadores por sociedade, que com elles tenha, he verosimil, que tivesse tambem cooperado para o roubo, segundo a parte que lhe tocasse no *convenio*.

Quanto á segunda parte deste segundo fragmento : *et latrones quisquis sciens*, deve-se advertir, que a lei propõe dous differentes generos de pena : *supplicio corporali*, e *dispendio facultatum*. A primeira he sómente relativa aos que estivessem comprehendidos em qualquer dos dous casos antecedentes, isto he, a occultação por dinheiro, ou connivencia com os ladrões ; a segunda *dispendio facultatum* refere-se aos que occultão o ladrão por motivos diversos da compra — *recepta pecunia*, ou sociedade com elle — *eum, eam ve sociarunt* ; porque não he injusto, que seja obrigado a huma pena pecuniaria aquelle, que retém, e occulta a cousa alheia difficultando-lhe por este modo a sua restituição ; e com mais razão, do que o que concorre para o furto na hypothese do artigo 260 deste Codigo.

As duas differentes hypotheses, que estabelecemos, são huma consequencia necessaria da differença da penalidade estabelecida na lei ; por que bem considerada a grande distancia, que ha entre a pena corporal, e a pena pecuniaria, não se lhe póde attribuir sem injuria o designio de applical-as indistinctamente a aquelle, que oc-

culta o roubo, ou o ladrão, por connivencia, e sociedade, que com elle tenha no crime, e ao que os occulta por fraqueza, amizade, compaixão, ou outro motivo semelhante: e he o que ainda mais claramente se collige da faculdade concedida ao Juiz para deliberar a pena segundo a qualidade da pessoa, e o seu prudente arbitrio: *pro qualitate personæ, et Judicis æstimatione*; porque a qualidade do recebedor apreciada pela prudencia, e sagacidade do Juiz póde com todo fundamento distinguir os casos, em que qualquer das duas penas deve ser convenientemente applicada. *Perspeciendum est ne quid durius, aut remissius constituatur, quam causa deposcit.* ff. L. 2 de Jud. judicant.

Nada ainda se póde concluir das palavras da lei: *sine quibus nemo latere diu potest*, para dellas exclusivamente deduzir a supposta criminalidade; porque não se póde admittir sem offender a reputação de hum Ict tão celebre, como Ulpiano, que sejam reputados *in pari causa, et par ipsos, et reos poena* aquelles, cuja cooperação se reduz a occultar o réo, com os que o deixão evadir-se por dinheiro, ou connivencia com elle na perpetração do delicto: a igualdade da pena suppõe a igualdade do crime na sua moralidade sobre tudo, o que he inadmissivel nos dous casos figurados. E he a mesma lei Romana, a que se encarrega da solução da duvida, se duvida pó-

de haver sobre a distincção, que adoptamos ; porque o que occulta o réo, não concorre menos para reter, e desviar a cousa alheia, do que aquelle, que favorece a fuga do criminoso, e a lei 62 ff. de furtis o exceptua do crime, e da pena—*furtum non comittit, qui fugitivo iter monstravit.*

A segunda lei, de que tirão os criminalistas a complicitade posterior, he a seguinte extrahida do titulo 19 de diversis regulis juris : *Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione.* ff. L. 60.

He huma regra geral de Direito Civil, que aquelle, que approva o que em seu nome se fez *pro se*, reputa-se feito por elle mesmo. E neste sentido forão estas leis proferidas ; o que está bem longe de ser applicavel ás materias criminaes. Esta verdade ainda melhor se manifesta na seguinte regra do titulo 17 : *mandati, vel gratia rei turpis, nullum mandatum est : et ideo hac actione non agetur.* L. 6 § 3. Ora se a lei reputa nenhum o mandato de huma cousa torpe para não eximir o mandatario da responsabilidade do acto, negando a acção contra o mandante, não podia sem grave contradicção, ou incoherencia, reputar mandante responsavel de hum crime aquelle, que apenas o approvas-

se tendo delle sciencia depois de commettido. Outra maxima de Direito Romano tem servido de thema aos nossos contrarios para legitimar a complicitade posterior, e he esta : *in maleficio ratihabitio mandato comparatur*. ff. L. 1 de vi, et de vi arm. Sem advertirem estes autores, que o direito penal só versa sobre factos positivos, e regras de facil applicação : confundem a comparação moral da ratificação com o mandato para attribuir a aquella os effeitos criminaes deste ; mas se he verdade, que a criminalidade moral da ratificação comporta a criminalidade real do delicto, segue-se, que o criminoso pela simples ratificação do mandato he hum mandante, e não hum complice, como pretendem os commentadores desta, e das outras leis, de que tirão elles a complicitade posterior.

Depois destas linhas escriptas deparamos ainda com a seguinte regra do Direito Romano, que prova evidentemente a interpretação erronea dos que comprehendem nas leis supracitadas a supposta complicitade : *Non tantum autem, qui rapuit, verùm is quoque, qui recipit ex causis suprascriptis, tenetur*. ff. L. 3 vi bon. rapt. ; mas a estas palavras accrescenta o Ict : *quod ait Proetor de damno dato* ; donde se vê com a certeza da evidencia, que a responsabilidade do recebedor limita-se á reparação civil do damno, como já foi demonstrado.

Esta questão foi tratada pelo immortal Conde de Rossi debaixo de hum ponto de vista Philosophico com toda profundeza de hum espirito tão vasto, e methodico, como o seu : nada faltou á sua grande penetração, e dialectica para salvar o Direito Romano da falsa intelligencia, que lhe attribuem os interpretes, que com elle apadrihão a sua bizarra opinião. Nós recommendamos aos nossos leitores, que leião a materia nas observações geraes sobre autores, e complices em seu tratado de Direito penal.

ART. 9.º

Nos delictos de abuso da liberdade de comunicar os pensamentos, são criminosos, e por isso responsaveis :

§ 1.

O Impressor, gravador, ou lithographo, os quaes ficarão isentos de responsabilidade, mostrando por escripto obrigação de responsabilidade do Editor, sendo este pessoa conhecida, residente no Brasil, que esteja no goso dos Direitos Politicos ; salvo quando escrever em causa propria, caso em que se não exige esta ultima qualidade.

§ 2.

O Editor que se obrigou, o qual ficará isento de responsabilidade, mostrando obrigação, pela qual o autor se responsabilise, tendo este as mesmas qualidades exigidas no Editor, para excusar o Impressor.

§ 3.

O autor, que se obrigou.

Entre as quatro entidades, que o art. 7.º responsabilisa por abuso da liberdade de imprensa, nenhuma duvida nos consta, que se tenha suscitado sobre a qualificação legal de Editor, autor, ou vendedor; mas o mesmo não podemos dizer sobre a qualificação de impressor.

Quanto a mim, he evidente que o impressor nos termos do art. 303 deste Codigo he o dono da typographia; mas para os libellistas, e partidarios da imprensa licenciada o impressor he qualquer individuo, a quem o dono encarrega da gerencia, ou administração do estabelecimento typographico.

Esta intelligencia, se he fundada na lei, vale hum privilegio superior a todas as regras da imputação; e se não, como estamos profundamente convencidos, tem o character de huma invenção

engenhosa para subtrahir o verdadeiro impressor á responsabilidade publica; mas se alguém ha, que de boa fé espose a opinião dos nossos contrarios, nós lhe pedimos licença para dizer-lhe, e a todos os homens honrados, que não concordão comnosco, que só hum exame superficial das bases da criminalidade estabelecidas neste Codigo os conserva em hum erro tão pernicioso.

O art. 303 fulminando penas contra os que estabelecerem officina de impressão, se não satisfizerem as condições nelle declaradas, nenhuma condição impoz aos impressores; porque em nenhum artigo da lei, ou regulamento, que nos conste, forão consignadas. Talvez que seja esta a unica razão, porque os libellistas concordão em que o impressor he o que estabelece officina de impressão.

Resolvida esta questão prejudicial, em que elles não deixarião de insistir, se achassem na lei algum pretexto favoravel ao interesse, que tem, de combater a verdade, reduz-se a questão definitivamente a saber, se he o dono da typographia, ou o gerente particular, encarregado por elle da officina, o que se comprehende nas palavras —*estabelecer officina de impressão*.

Começando pela significação ethymologica dos termos, os Dictionarios, que consultei, explicão o verbo —estabelecer— por dispor, formar, organisar, etc. Ora, nós entendemos, que este ver-

bo se póde tomar em duas acceções, material, e moral. Na primeira significa dispor, formar alguma cousa com as forças physicas do corpo, e na segunda, ordenar de propria autoridade, que alguma cousa se faça.

Explicada a significação do verbo, que rege o sentido da oração, somos dispensados da definição dos termos —officina, e impressão—, sobre os quaes nenhuma duvida se póde agitar. Resulta pois que estabelecer officina de impressão na acceção material he organizar corporalmente a machina, e na acceção moral he ordenar a sua organização, e por consequencia todos os exercicios, á que he ella destinada. No primeiro caso o impressor não se distingue de hum simples obreiro ; mas então a que titulo seria elle o responsavel pelos abusos da impressão, que com maior razão não fossem os obreiros, que fazem gemer os typos sobre o authographo criminoso? No segundo caso como attribuir ao administrador, e não ao dono a ordem, e autoridade propria para organizar, e mover a typographia sem resistir á huma verdade de sentimento ?

Com o que fica dito já podiamos pôr termo a questão ; todavia como aos libellistas não faltão argucias, e talentos para pôr a salvo o seu privilegio da impunidade, occupar-nos-hemos ainda com a interpretação logica do texto, a cujas expressões elles podem attribuir insufficiencia, in-

exactidão, obscuridade, e tudo o mais, que quizerem ; mas não nos poderão negar, que se as palavras não explicão sufficientemente o sentido da lei, elle deve ser principalmente deduzido de sua materia, e de seu fim : a materia do art. 303 he proporcionar á Justiça, e ás partes os meios de corrigir os abusos do estabelecimento typographico, e o seu fim he responsabilisar os seus autores. He este o principio geral, que domina toda materia dos artigos 7.º, 8.º, 9.º, etc., desteCodigo ; e os principios geraes, que dominão a materia da lei, são os que explicão melhor as suas disposições parciaes.

O § 1.º do art. em discussão prescreve as qualidades, que devem concorrer no Editor para validade de sua obrigação por escripto para com o impressor, e estas qualidades são outras tantas garantias da responsabilidade civil, e criminal, á que fica sujeito o Editor, e não são huma condição de sua responsabilidade, senão porque são a clausula da irresponsabilidade do impressor, que he o autor presumido de todo impresso criminoso : he hum favor da lei, para que possa o typographario livremente imprimir os escriptos, de que não for elle o verdadeiro autor, sem prejuizo da reparação das offensas, que resultarem da impressão.

Da mesma sorte, e pela mesma razão dispõe o § 2.º a respeito da responsabilidade do autor pa-

ra com o Editor ; do contrario fôra mister, ou que o legislador se resignasse na impunidade aceitando hum responsavel insufficiente, e indigno, o que seria huma calamidade precoce de todas as calamidades possiveis, ou que o impressor respondesse pela culpabilidade de todos os impressos, ainda que não tivesse elle participado scientemente da culpa ; mas tão grande severidade para com o impressor podia valer hum obstaculo, senão huma abolição indirecta á liberdade de imprensa, não sendo a este possivel fazer sempre hum exame acurado de todos os manuscritos, que imprimisse, além da dependencia, em que ficaria a profissão de impressor de conhecimentos especiaes para aquilatar a criminalidade manifesta dos escriptos, e a malicia engenhosa dos escriptores.

Com o que havemos dito, julgamos ter demonstrado sem contestação a urgencia das precauções, de que a lei cercou a transição da responsabilidade presumida do impressor para o Editor, e deste para o autor ; mas nenhuma destas precauções, nem alguma outra especie de habilitação pessoal, a lei exige do impressor, quando a publicação viesse immediatamente delle, por motivos, de que ao depois fallaremos ; do que resulta incontestavel, e evidentemente, que se impressor he o gerente encarregado da administração da typographia com o unico titulo do con-

sentimento de seu dono, póde ser impressor o vadio, o vagabundo, o mendigo, o proletario, o criminoso, e até o escravo.

Digão-me agora os mestres da lei, se huma legislação, que admite responsaveis desta ordem, quer a liberdade, ou a licença, a impunidade, ou a repressão? digão-me, se esta lei protege a honra, e a boa fama do cidadão, que são o titulo mais precioso de sua existencia civil, o mais rico patrimonio das familias, e o melhor penhor da segurança publica? e como tomar a lei em hum sentido, que lhe attribue hum caracter immoral, capcioso, e anarchico? « O homem, diz « o Sabio Dymetri, sente mais vivamente a violencia exercitada contra a sua parte espirital, « do que á sua natureza material, e isto em razão da preponderancia, que elle dá ao espirito « sobre a materia. Elle toma como huma violencia, ou hum ultrage, toda accção, toda palavra calculadas para exprimir o desprezo a seu « respeito. »

Os effeitos ulteriores desta conclusão tão necessaria, como perigosa, se fazem mais sensiveis com hum exemplo. A lei, como já dissemos, e ninguem duvida, não exige que o impressor seja pessoa conhecida; logo hum individuo qualquer póde dirigir-se á Camara Municipal com huma declaração contendo o nome imaginario de impressor desta, ou daquella typographia, fazendo

todavia huma declaração verdadeira da rua, logar, e casa, em que pretende estabelecê-la, e para mais segurança desta falsidade a lei não exige do impressor mais do que o nome. Verificai agora, se vos he possível, a responsabilidade do supposto impressor, quando ella tiver logar . . .

Mas admittindo, como me parece razoavel, e se pratica em todas as nações civilisadas, que a declaração perante a Camara deve ser feita pessoalmente pelo impressor, como a lei não exige que seja pessoa conhecida, póde apresentar-se hum vagabundo, ou hum homem, que more nos confins da terra ; e para que nada falte, que possa tornar a declaração illusoria, e a responsabilidade illudida, não he necessario declarar, nem o logar, nem a casa de sua habitação ; por que nenhuma lei o exige. Verificai ainda neste caso a responsabilidade do impressor . . .

No primeiro a impossibilidade da punição he absoluta. No segundo he relativamente impossivel ; porque ainda dando de barato que seja descoberto o intitulado impressor, qual he a pena, que o espera relativamente ao impresso ? nenhuma, absolutamente nenhuma, se elle tem satisfeito as condições, que lhe são impostas nos artigos 303, e 304, segundo a hypothese ; nem mesmo se póde julgar comprehendido nas penas do art. 305 , porque este artigo incrimina a falsidade das declarações prescriptas no art. 304, e

estas são sómente o nome do impressor no escripto impresso, a terra, em que está a officina, e o anno da impressão ; e esta solemnidade na nossa hypothese coincide perfeitamente com a declaração exigida no art. 303, de cuja contradicção, se se dêsse, com o art. 304 só podia resultar o conhecimento da falsidade.

Mas supponde, que da vida do impressor descoberto, de suas qualidades pessoaes, e outras circumstancias sabidas por hum testemunho evidente se verifica o caracter illusorio de todas as declarações dos artigos 303, e 304, não obstante a sua coincidencia, e que por conseguinte reputadas falsas pela verdade sabida he seu autor punido com as penas do art. 305, ninguem dirá de boa fé, que elle está sujeito á responsabilidade pela injuria, ou calumnia impressa ; por que a falsidade das declarações, e a publicação do impresso incriminado são dous crimes diversos, e o falso impressor só commetteo o primeiro ; mas ninguem póde soffrer duas penas por hum só delicto. *Senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fierit.* ff. L. 6.

Supponde ainda por hum momento, que violadas todas as regras da imputação, e as mais solidas bases da Justiça penal cahião sobre o infeliz vagabundo as penas impostas ao crime da publicação, *quid inde ?* se não ficão os nossos contrarios de melhor partido pela iniquidade da

condemnação no segundo caso, também não podem resistir á evidencia da impossibilidade no primeiro ; mas se por huma Jurisprudencia singularissima contra o systema de nossas leis punitivas, e o sentimento commum de todo genero humano, elles suppoem huma condemnação fundada, não me podem contestar a eventualidade do descobrimento de hum responsavel vagabundo, e que hum tal descobrimento he devido antes á huma fatalidade, do que á marcha ordinaria das cousas, e aos meios estabelecidos nas leis para esse fim. E ha em tudo isto a menor garantia contra os abusos da liberdade de imprensa ?

Estamos tão profundamente convencidos de nossa opinião, que se nos fosse dado discutir a materia debaixo de todas as relações possiveis, julgamos, que apesar de nossa tão limitada comprehensão sahiriamos do combate com igual successo ; mas como todas se não podem reunir debaixo de hum só ponto de vista para bem calcular os seus effeitos praticos, nós concluiremos esta demonstração suppondo, que o administrador responsavel tenha residencia certa, e permanente no mesmo lugar, em que está collocada a officina, e que por consequencia seja também certo o seu comparecimento em Juizo, quando a elle for chamado para responder pelo abuso denunciado a falta de Editor. Que importa ? he

hum responsavel apparente, que a Justiça não póde aceitar.

A lei não desobriga o impressor da responsabilidade, senão porque o autorisa a consentir na publicação por Editor sob as condições formalmente declaradas; mas ella não abandona a legitimidade deste consentimento á discricão do impressor; pelo contrario ordena, e especialisa a prova do verdadeiro responsavel com obrigação por escripto, e previne os meios de fazer efectiva a repressão dos impressos criminosos, sob a clausula de ser o Editor, ou autor pessoa conhecida, residente no Brasil, e no goso de seus direitos politicos.

Isto posto perguntamos nós, se hum gerente particular encerra em si debaixo desta qualidade unica alguma circumstancia mais favoravel á responsabilidade, que se não possa attribuir ao Editor, e ao autor, para que seja aquelle, e não estes, dispensado das condições requeridas? não evidentemente. Entre o administrador a respeito do proprietario, e o Editor a respeito do impressor, não ha senão huma differença nominal; por que ambos tem a mesma origem, e a mesma participação na publicação dos impressos; donde pois vem o motivo no interesse da responsabilidade, porque póde ser administrador aquelle a quem o proprietario quizer, e não póde ser Editor aquelle, a quem o impressor quizer. E aqui cabe

responder á huma objecção, que nos podem fazer os contrarios, e vem a ser, que tambem a lei não exigio do proprietario da typographia habilitação alguma pessoal para garantia da responsabilidade, se he que o proprietario he o impressor responsavel.

Esta objecção seria fundada, se as nossas leis tivessem seguido nesta, como seguirão em outras instituições, a legislação da França, e a Jurisprudencia de seus tribunaes, que he, quanto a mim, hum padrão de honra, e de sabedoria de seus Magistrados ; mas as nossas leis adoptarão hum systema diverso sobre a correcção dos abusos da imprensa, e de accordo com elle respondemos : que fôra ocioso exigir do proprietario a condição de ser *pessoa conhecida* ; porque o simples facto do estabelecimento typographico, e as declarações, que tem elle de fazer perante a Camara Municipal, são a prova de seu conhecimento no sentido mesmo, que em outro logar explicaremos. A condição *de ser residente no Brasil* não fôra menos, do que limitar excessivamente ao proprietario o uso de sua propriedade. *Nenhum genero de trabalho, industria, e cultura, ou commercio será prohibido, huma vez que se não opponha aos bons costumes, á segurança, e saude dos cidadãos,* diz o § 24 do art. 179 da Constituição ; mas não repugna com os bons costumes, e segurança publica, que hum cida-

dão estabeleça huma officina de impressão na sua patria, e vá ao depois residir em paiz estrangeiro, visto que póde ter nella Editores responsaveis com as qualificações da lei para todo genero de impressos, além da responsabilidade subsidiaria do distribuidor nos termos do § 5.º deste artigo. A terceira, e ultima condição não se póde rasoavelmente exigir do proprietario sem offensa de seu direito de propriedade, porque a suspensão dos direitos politicos não suspende o exercicio de hum direito civil, e individual do cidadão, sobre o qual as leis só intervem para proteger, e não para conferir, como nos direitos politicos; e por esta razão a lei a dispensa ao Editor no caso de escrever em causa propria.

Mas se o gerente de huma typographia *ad libitum* de seu proprietario póde ser, como resulta da accepção em que os nossos contrarios tomão a palavra —impressor—, hum proletario, hum vagabundo, etc., o que vem a ser hum semelhante responsavel, senão hum ser passivo ás ordens, e direcção do proprietario? nem se póde admitir a idéa de huma convenção entre o proprietario, e o gerente, pela qual este se obrigue a responder por aquelle em Juizo. Huma tal convenção he nulla na parte, que excede os interesses civis dos contractantes; porque só o Legislador he competente para classificar os responsaveis: que respeito, que fé, que nome mereceria a lei, que des-

fexasse o golpe sobre aquelle, que por alguma sorte de interesse convencionasse com outrem de sofrer por elle a pena, á que fosse obrigado por certa ordem de delictos ? « Não depende de hum particular, diz o Conde de Merlin, submetter-se a huma pena, em que não tem incorrido, ou de que está legalmente isento ; porque nestas materias (criminaes) a lei vem em soccorro do accusado, mesmo contra sua vontade. O accusado não se pertence a si mesmo : elle nada póde fazer contra si ; nem tem o direito de jogar sua cabeça : a Justiça não admitte o suicidio ; porque a Justiça he a moral do povo ; por tanto o accusado, que quer perecer, diz Victor Fons, não deve ser escutado. » *Nemo auditur perire volens.* ff. de apell.

Por mais que queiramos considerar o gerente, não lhe podemos attribuir hum character diverso daquelle, que compete a hum mandatario, e como punir o mandatario deixando impune o mandante, por hum facto, que se não póde distinguir do objecto do mandato ? nem se me diga, que sendo o crime pessoal, para responsabilisar-se o proprietario preciso fôra que se provasse ter este dado commissão ao gerente para imprimir, e publicar hum impresso criminoso. Com esta resposta, parece, que os homens já declinão hum pouco da irresponsabilidade do proprietario ; mas esta resposta não póde ser dada por elles ;

porque ainda no caso da prova exigida não podem elles convir no castigo do proprietario ; porque tendo a lei classificado os unicos responsaveis pelos abusos da imprensa, se o proprietario não he, como pretendem, o impressor do § 1.º do art. 7.º, nem se mostra obrigação por escripto de sua responsabilidade na qualidade de Editor, ou autor, á que titulo, senão por huma violencia atroz, póde elle ser responsabilisado pelo impresso criminoso, ainda mesmo que não haja nem Editor, nem autor, nem gerente responsaveis ? Concluiremos ultimamente, que o gerente de huma typographia, por simples commissão do proprietario, não deve legalmentè responder pelas injurias, ou calumnias impressas, se se não tem obrigado por escripto á responsabilidade, e neste caso he elle punido na qualidade de Editor responsavel.

Basta a simples leitura de nossa legislação sobre o abuso da liberdade de imprensa para se convencer qualquer, que a sua excessiva redacção deixou lacunas, que podião ser facilmente providas, mesmo sem remontar aos casos extraordinarios, e difficeis, que estão fóra do dominio da lei. He o caso de dizer com Horacio — *brevis esse laboro, obscurus fio.*

Entre as condições estabelecidas nos paragrafos 1.º, e 2.º do nosso artigo para legitimar a responsabilidade do Editor a respeito do impres-

sor, e do autor a respeito do Editor, a primeira he que seja *pessoa conhecida*. Esta circumstancia contém huma idéa tão vaga do conhecimento exigido, que tem sido hum reducto inexpugnável de todos os impressores, e Editores, que se fazem hum direito de injuriar, e calumniar impunemente.

Nós porém sem a certeza de escapar á imputação maligna de pretender distincções desfavoráveis ao exercicio de hum direito commum, declaramos, que se esta condição he huma das garantias da vindicta publica, e reparação civil do damno, ella não se refere exclusivamente ao conhecimento unico resultante do facto da existencia ; mas a hum conhecimento qualificado por circumstancias meritorias, e permanentes, que concurrão no individuo responsavel, para que seja o conhecimento huma garantia legal da responsabilidade, e cuja apreciação fica reservada ao prudente arbitrio do Juiz, sob pena de ser huma condição inutil, e derisoria ; e he o mesmo, que se deprehe de da terceira condição, que suppõe hum cidadão capaz de direitos politicos. Da intelligencia contraria praticamente seguida, resulta, que os homens mais insignificantes são quasi sempre os responsaveis de todos os libellos, e convicios, que a mercê deste recurso são o patrimonio dos libellistas.

A segunda condição he ser *residente no Bra-*

sil, condição, que nós supponmos muito razoavel ; porque se não reside o responsavel no Brasil, he como se não existisse para a lei Brasileira ; mas se ella não he tão vaga, como a primeira, he todavia susceptivel de duvidas, que podem ser resolvidas com este additamento : ao tempo, em que a responsabilidade for proposta em Juizo, cuja prova incumbe ao impressor, ou Editor segundo a ordem prescripta da responsabilidade, sem o que será nenhuma a irresponsabilidade de qualquer destes dous.

Nós julgamos este additamento necessario ; porque das palavras da lei não se póde exactamente concluir se a residencia limita-se ou não ao tempo, em que foi assignada a obrigação de responsabilidade.

Não desconhecemos algumas difficuldades, em que este additamento póde collocar o impressor ; mas elle tem a vantagem de o advertir das precauções, com que deve aceitar hum titulo obrigatorio, ao menos quando o authographo encerra criminalidade evidente ; alias com o apoio do equivoco da lei póde o impressor pretextar a sua excusa com a residencia do responsavel ao tempo, em que este se obrigou.

He pois facil de ver, quanto esta especie de defesa póde animar a impunidade de hum modo superior a todos os recursos da lei para punir o delinquente ; porque o impressor nenhum obs-

taculo encontra no systema repressivo da legislação para aceitar a responsabilidade de qualquer bandalho, ou vadio, que por paga, ou outro motivo semelhante subscreva a obrigação por escripto. Isto não he huma hypothese gratuita ; mas desgraçadamente huma realidade de todos os dias. Quantos mesmo na classe dos homens mais pobres, e de mais obscura condição deixão de ser conhecidos, e ter direitos politicos no Brasil ? Podemos sem exageração affirmar, que excepto os escravos, todos tem as habilitações precisas para a responsabilidade legal. O facto das eleições primarias bastaria para responder a qualquer resultado do mais profundo exame a este respeito.

Supponhamos, que se ignora o logar, em que reside o responsavel do impressor, quando for chamado aos tribunaes, como saber, se elle reside, ou não no Brasil ? e se reside, e não se sabe o logar aonde, fica a Justiça de melhor condição, do que se elle estivesse em paiz estrangeiro ? quando a negativa não fosse, como he, huma verdade de intuição, ella seria em alguns casos huma consequencia necessaria do disposto no art. 233 do Codice do Processo; (1) e mesmo fóra das hypotheses deste artigo, de que ser-

(1) Não será accusado o delinquente estando ausente fóra do imperio, ou em logar não sabido, nos crimes que não admittem fiança.

ve huma condemnação proferida contra hum proletario, cujo domicilio se ignora? Se o ladrão, o assassino, que escapa aos olhos da Justiça, fica impune, he isto devido a huma impossibilidade real, he huma causa insuperavel, e superior ás previsões legislativas; mas nos crimes de abuso da imprensa, em que as condições de responsabilidade devem ser definidas de huma maneira especial, não precisar o tempo da residencia no caso em questão, segundo o que acabamos de observar, he favorecer os calculos criminosos do impressor para illudir a responsabilidade, e attribuir-se a lei mesma todas as proporções para nullificar-se.

Se he justo que sobre o distribuidor, ou vendedor dos impressos recaia a responsabilidade, quando o impressor reside em paiz estrangeiro, ou seja residencia habitual, ou accidental, por que a lei não distingue, tambem ninguem póde duvidar da Justiça da lei, que incumbisse ao impressor de provar o logar da residencia de seu responsavel, se elle não estiver presente, quando a responsabilidade for requerida; porque hum caso não se distingue do outro com relação aos interesses da Justiça punitiva, e reparatoria. (1)

(1) A lei de Genebra estende a responsabilidade do impressor ao caso, onde o autor, ou Editor não tem domicilio no Cantão da Republica, o que he muito racional, e o que

A terceira condição he, quanto a nós, do mais alto interesse politico, e de huma Jurisprudencia consummada, he huma garantia da liberdade contra o interesse dos libellistas, e difamadores ; mas notamos que o § 1.º deste artigo dispensando o impressor desta condição na pessoa do Editor, quando he este o seu responsavel, se elle escreve em causa propria (*caso em que se não exige esta ultima qualidade* — são as palavras da lei) não a dispensa ao autor no mesmo caso, quando he responsavel do Editor : *tendo as mesmas qualidades exigidas no Editor para excusar o impressor*, diz o § 2.º da lei ; mas não diz : salvo quando escrever em causa propria, etc.

E nem se diga que esta faculdade fica subentendida em favor igualmente do autor ; porque a lei he bem clara, quando diz : tendo este as mesmas qualidades exigidas no Editor.

Ora huma destas qualidades he o goso de seus direitos politicos, e as palavras : *salvo o caso, etc.*, são huma excepção em favor do Editor,

podia ser applicado em França. Vid. Chassan. T. 1.º p. 136. n.º 176. A lei Portugueza estende tambem a responsabilidade do impressor, quando o autor autorisa a publicação, se este ultimo tendo sido precedentemente condemnado por abuso da liberdade de imprensa, se tem subtrahido á execução da sentença, com tanto que tenha sido ella mencionada no Jornal Official. Idem nota 1.

que não forão repetidas em favor do autor, e as excepções são de direito stricto, e só se dão, quando forem expressamente declaradas, porque ellas suppoem huma lei geral, ou o direito commum da materia. *In dubio*, dizem os DD., *interpretatio contra limitationem facienda*. Não havendo pois razão alguma, para que o Editor seja mais favorecido, que o autor, quando escreve em causa propria, he visivel a necessidade de acrescentar ao § 2.º a excepção do § 1.º por huma interpretação declaratoria, visto que o pensamento deste se liga por identidade de razão á regra, e a excepção daquelle, *ubi eadem causa, ibi idem jus statuendum*. ff. ad leg. Aquil. L. 32.

§ 4.

O vendedor, e o que fizer distribuir os impressos, ou gravuras, quando não constar quem he o impressor, ou este for residente em paiz estrangeiro, ou quando os impressos e gravuras já tiverem sido condemnados por abuso, e mandados supprimir.

§ 5.

Os que communicarem por mais de quinze pessoas os escriptos não impressos, se não provarem quem he o autor, e que circularão com

o seu consentimento: provando estes requisitos, será responsavel sómente o autor.

Na qualificação legal dos delictos não ha, se não autores, e complices. O impressor he segundo o § 1.º do art. 7.º o primeiro responsavel pelos impressos criminosos; porque sendo elle o dono da typographia, he de boa razão, que responda pelo que nella se passa, e neste sentido he o presumido autor do delicto, mas como a presumpção cede á verdade, se elle provar que a publicação pertence a outro, que imprimio com o seu consentimento autorisado pela lei em favor da liberdade de imprensa, he o publicador, ou Editor tambem por huma presumpção legal reputado autor; e neste caso a lei lhe attribue exclusivamente o *pleno conhecimento do mal, e intenção de o praticar.*

Semelhantemente o Editor não responde pelo crime, se provar, que outro, e não elle, he o autor; por tanto do processo estabelecido para verificação do delinquente resulta a olhos vistos, que todas as diligencias, e precauções da lei são para o fim de descobrir o verdadeiro autor do delicto; porque não he licito condemnar alguém por hum crime, que não commetteo, nem fazer violencia á verdade por huma responsabilidade ficticia.

A responsabilidade do impressor, e do Editor

nos casos, em que a lei a prescreve, não he huma ficção de direito ; mas huma realidade subjectiva, e legal ; porque he contra o senso moral, e a natureza das cousas attribuir a outrem, que ao impressor, as publicações de sua imprensa, em quanto por elle não for provado o contrario nos termos da lei. Quanto ao Editor não he menos gratuito suppor que elle queira livre, e exclusivamente obrigar-se por huma publicação, que não he livre, e exclusivamente sua.

Outro tambem não he o fundamento da criminalidade do distribuidor, ou do vendedor, por que bem que se não possa rasoavelmente suppor que o vendedor seja o autor intellectual do impresso, pouco, ou nada importa, por quanto não he na impressão, nem na simples publicação que a lei faz consistir o crime ; mas na sua publicação distribuida ; logo he evidente a cooperação material do distribuidor na publicação criminosa, e por consequencia sua responsabilidade solidaria com o impressor, e Editor, ou autor, não na qualidade de complice, se fosse a complicitade admittida, § 8.º ; mas de unico, ou verdadeiro co-auteur ; e só por huma sorte de indulgencia, que não tem explicação em Direito, escapa o distribuidor á responsabilidade, se mostrar quem he o impressor.

Da mesma sorte pensamos a respeito do communicador do escripto não impresso ; porque o

abuso não data do pensamento do redactor do escripto, visto que não póde ser hum crime nem a concepção intellectual de huma injuria, nem a sua redacção no papel dentro do gabinete. *Lubricum linguæ ad pœnam facile trahendum non est.* Assim pensarão os Imperadores Romanos, e os mesmos, que mais se distinguirão pela Severidade das penas nos crimes de lesa-magestade. O crime resulta da communicação, que he devida ao communicador, e não ao autor, ainda que provado seja, salvo o caso de ser o escripto por elle assignado ; porque só então ha razão para presumir o seu consentimento, ficando-lhe porém o direito de provar o contrario ; porque neste caso a humanidade deve premumir a innocencia de seus recursos naturaes contra a omissão da lei. *Quod legibus omissum est, non omittitur religione judicantis.* L. 13. ff. de testibus.

De qualquer modo que se considere a criminalidade do autor do communicado, o communicador não he menos criminoso na censura de Direito, e ambos são co-autores. O communicador de hum manuscripto não está na razão da mesma indulgencia, que a lei concede ao distribuidor dos escriptos impressos ; porque este he ordinariamente hum homem, que faz da distribuição hum meio honesto de subsistencia, orgão material de hum estabelecimento de publica utilidade, e sempre estranho á criminalidade dos

impressos distribuidos ; mas outro tanto se não póde dizer do communicador de hum manuscrito. 1.º ; porque não póde ser hum genero de vida hum acto, que rarissimas vezes se exercita. 2.º ; porque a communicação de hum escripto criminoso nos termos do § 5.º he sempre hum acto reprovado, e infenso á moral publica. 3.º ; porque huma tal communicação, além de insolita, e pura execução de hum mandato, prova antes o concurso intencional do communicante para a difamação, ou desordem publica, segundo o que della constar, do que a supposição, em que elle estaria de praticar hum acto licito feito com a tenção ordinaria. Ainda no caso de ter o communicante provado em seu favor alguma cousa, que o torne moralmente digno de escusa, he fóra de duvida, depois das razões ponderadas, que houve de sua parte negligencia, ou desleixo, e por conseguinte, não obstante a prova do consentimento do autor, deve ficar sujeito ás disposições de Direito commum para a acção reparatoria do damno.

A indulgencia da lei, que isenta da responsabilidade legal o distribuidor, quando conste quem he o impressor, he ainda, por outra razão, maior para com o communicador do manuscrito, se provar quem he o autor, e o seu consentimento ; porque o distribuidor responde pelo impresso, ainda constando quem he o impressor, se este re-

side em paiz estrangeiro, § 4.º, e neste caso não está o communicador, porque a lei nenhuma distincção fez sobre o logar da residencia do autor do manuscripto, quando se prove quem elle he, e nenhum juiz póde supprir pelas regras da interpretação doutrinal huma omissão das leis repressivas em prejuizo do réo.

Alguns autores não entendem este principio de Direito penal em hum sentido tão absoluto, que não quizessem comprehender o communicador do § 5.º em ambas as hypotheses do § 4.º Elles provavelmente dirião, que quando a criminalidade do agente escapa a apreciação da lei, não se pódem desprezar circumstancias, que a indicão, e a revellão, e muito principalmente circumstancias expressas no texto da lei em huma hypothese (como a 2.ª do § 4.º) em tudo semelhante.

Porém ainda as mais brilhantes theorias do mundo não poderião comprehender rasoavelmente o communicador do § 5.º na 2.ª hypothese do § 4.º depois destas ultimas palavras da lei: *provando estes requisitos, será responsavel sómente o autor.* Os requisitos são: *quem he o autor, e que circulára com o seu consentimento.*

Esta disposição, ou antes esta advertencia da lei concebida em termos imperativos, tem hum character prohibitivo de tudo, quanto nella ex-

pressamente se não contem. Ella exclue de hum modo, que equivale á huma determinação expressa, o communicador de hum manuscripto criminoso da 2.^a hypothese do § 4.^o

ART. 8.^o

Nestes delictos não se dá complicitade; e para o seu julgamento os escriptos e discursos, em que forem commettidos, serão interpretados segundo as regras de boa hermeneutica, e não por phrazes isoladas e deslocadas.

Por mais scientificas, e judiciosas que sejam as observações de Mr. Chassan para justificar a lei Franceza, que admite a complicitade legal nos crimes de abuso de exprimir os pensamentos, nós livremente nos pronunciamos pelas solidas razões, em que se baseia a disposição do 1.^o membro do art. 8.^o Nem nos faz duvida o seguinte fragmento do Ict Ulpiano por elle citado no seu tratado dos delictos, e contravenções pela palavra etc. : *fecisse convicium non tantum is videtur, qui vociferatus est; verum is quoque, qui concitavit ad vociferationem alios, vel qui submisit, ut vociferetur.* L. 15 ff. § 8. Os Romanos não legislarão para os abusos da imprensa, que

elles não conhecião ; mas para os convícios, e libellos, como as nossas leis para as injurias, e calumnias verbaes, ou manuscriptas. Elles confundirão na classificação particular dos delictos os libellos, e convícios com algumas especies, de que a nossa, e outras legislações modernas fazem hum delicto *sui generis*, como se vê na L. 1 ff. T. de injuriis, et famosis libellis. *Omniemque injuriam, aut in corpus inferri, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere : in corpus fit cum quis pulsatur : ad dignitatem, cum comes matronæ abducitur : ad infamiam, cum pudicitia attentatur.*

Não admira pois a incriminação da complicitade em crimes, que entravão na mesma categoria daquelles, em que ella póde victoriosamente contribuir para sua realisação ; e além de fundada no systema coodicativo da repressão, a vociferação póde ser concitada de hum modo equivalente á moralidade da perpetração material do delicto : e he o que mais positivamente se encerra na lei un. Cod. de famosis libellis. *Siquis famosum libellum sive domi, sive in publico, vel quocumque loco ignarus repererit, aut corrumpat, priusquam alter inveniatur, aut nulli confiteatur inventum. Si vero non statim easdem chartulas, vel corruperit, vel igni consumpserit, sed vim earum manifestaverit, sciat se quasi auctorem hujusmodi delicti capi-*

tali sententiæ subjugandum. Os termos —*sed vim earum manifestaverit*—provão evidentemente, que a criminalidade resulta da manifestação. Ora a manifestação podendo ser feita por outro, que não o autor, pelo modo indicado no texto, a complicitade neste caso he de huma certeza sem replica ; mas a publicação dos impressos não podendo ser attribuida, senão ao responsavel *por escripto*, segue-se que este he o unico, a quem cabe a imputação criminal da mesma sorte, que era punido o manifestador do libello na hypothese da lei citada, não em qualidade de complice na accepção stricta do termo segundo a classificação modernamente adoptada ; mas como autor principal, *quasi auctorem subjugandum.*

Se a lei Romana punia igualmente o autor, e redactor do libello achado, como ao seu imprudente manifestador, o não podemos affirmar ; por que tambem nada podemos concluir com certeza a este respeito das paginas, que consultamos ; entretanto se punia, não está em opposição com o art. 8.º ; porque elle não exclue a criminalidade dos co-autores, se os ha, isto he, se dous, ou mais individuos assignão a obrigação de responsabilidade por hum interesse commum : então he incontroversa a solidariedade da pena, e da reparação civil.

Resta ainda observar sobre o crime de —voci-feração, que o concitador punivel não he aquelle,

que tenha para ella concorrido aconselhando, pedindo etc. ; mas aquelle, que concitou de hum modo capaz de subjugar a vontade, como se deprehende do primeiro fragmento citado. *Qui concitavit vel qui submisit.* He a concitação equiparada á submissão. Nem era possível, que Ulpiano confundisse a criminalidade de hum simples conselho, ou pedido com a de huma concitação violenta. Tal he ainda o que nos prova a Lei 5.^a do ff. § 4.^o *Attilicinus autem ait : et si persuaserim alicui aliás nolenti, ut mihi ad injuriam faciendam obediret.* O Ict falla da persuasão, á que a obediencia tem direito. Se não era hum acto de constrangimento moral *aliás nolenti*, tambem não era o effeito de huma deliberação espontanea — *persuaserint ut mihi obediret.* Não se tratava por tanto da cooperação de huma simples complicitade ; mas de huma cooperação, que tem a indole de hum mandato no rigor do termo. Ora se a publicação de hum impresso criminoso fosse susceptivel de huma influencia physica, ou moralmente obrigatoria, aquelle, que a exercitasse sobre o responsavel, seria incontestavelmente co-autor, da mesma sorte que pelo Direito Romano era o concitador da vociferação ; mas fôra huma suposição gratuita dizer, que huma influencia semelhante se póde dar, como nos crimes ordinarios, sobre os abusos da liberdade de imprensa.

O fim da repressão legal não se reduz todo ao exemplo de hum factio expiatorio, ou á justa distribuição das penas por todos os que moralmente concorrão para o delicto. Seria isto de huma vantagem inexprimivel, se não fosse de huma difficuldade insuperavel. He huma regra, que se deve sempre repetir ; mas que não póde ter huma applicação absoluta. O fim do direito de punir he a defesa social, he a segurança publica, e a extensão da pena a muitos não he nem huma explicação, nem huma justificação do direito de punir ; porque não se trata de huma necessidade abstracta, e absoluta ; mas de huma necessidade Juridica, e relativa : basta que ella corresponda a huma reparação harmoniosa com o delicto. A defesa social he, como acabamos de ponderar, o seu fim principal, e este fim consegue-se com a certeza da punição daquelle, a quem a lei tem previamente advertido de a não violar. *Ut moneat prius quam feriat. Bacon, aphor.*

A circumstancia de ter qualquer companheiros no delicto, anima a resolução e o interesse, que o promove ; porque a fragilidade humana he prodigiosa na arte de illudir-se a si mesma. E aquelle, que premedita hum crime, fica em divorcio com a razão, e só consulta os meios de o commetter impunemente, ou quando muito, de escapar, se for descoberto, aos soffrimentos mais rigorosos. Então, ai da humanidade! . . . Figu-

ra-se-lhe por hum dos mysterios da nossa fraqueza, que diminue de intensidade a imputação, e a pena, quando outros com elle se fazem dignos della ; mas quando o homem sabe, que será elle a unica victima expiatoria do crime, ainda que para o commetter tenham concorrido muitos, tem mais este motivo para renunciar o projecto criminoso, e este motivo mesmo chamará a sua razão a conselho sobre outras considerações inherentes, ou consequencias do delicto.

As theorias da liberdade de imprensa, e as leis repressivas do abuso, que della se póde fazer, devem antes repousar sobre as noções da pratica, e especialidades da materia, do que sobre as regras geraes para os delictos communs.

« He o triunfo da liberdade, diz Montesquieu,
 « quando as leis criminaes tirão cada pena da
 « natureza mesmo do crime. Todo arbitrario
 « cessa ; a pena não nasce do capricho do Le-
 « gislador ; mas da cousa ; e não he o homem,
 « que faz violencia ao homen. »

Como admittir complices de hum impressor responsavel, se elle de ninguem precisa para as publicações de seu prélo, podendo até ser elle mesmo o compositor, se os compositores tambem fossem classificados na ordem dos responsaveis ? Como complices do Editor, se os factos anteriores á publicação distribuida, em que a lei faz consistir a criminalidade exclusiva do delicto, não

podem sufficientemente provar a cooperação intencional do complice, e a complicitade posterior he physica, e moralmente impossivel? Como complices do autor, se he elle mesmo redactor, e editor do impresso?

Poder-me-hão dizer : que a respeito do Editor, e do autor pode-se dar a complicitade nas despesas da impressão feitas por outros ; e além disto, na redacção a respeito do primeiro.

Quanto ao primeiro genero de complicitade, além de difficil prova, podia ella dar materia a falsas imputações. A variedade dos motivos, porque póde ser dado, ou emprestado dinheiro, basta para neutralisar quaesquer resultados da investigação Judiciaria, se o complice persevera em huma negativa constante, não havendo documento vivo, como he moralmente impossivel, que haja, se o complice não he hum louco ; mas então por este motivo unico ficaria elle isento da penalidade legal.

Quanto á redacção do impresso, perguntaremos, qual o patife acostumado ao ultrage, e á difamação pelo prélo, que não sabe redigir a injuria, e a calumnia? qual o que assigna a responsabilidade de hum escripto incendiario, que não tem as habilitações adquiridas nos clubs para hum discurso deste genero, bem, ou mal traçado?

Dir-me-hão em resposta que ordinariamente

os que assignão a obrigação por escripto, são homens incapazes por sua ignorancia de redigir quatro linhas, e muito principalmente em hum assumpto politico.

He hum facto ; mas hum facto devido, não ás prescripções da lei ; mas a ignorancia, e á malicia dos Juizes, que em obsequio da injuria, e da calunnia tem dado ao § 1.º do art. 7.º deste Codigo huma intelligencia igualmente estúpida, e anarchica, como fica provado em nossas observações ao artigo antecedente. Dai ás clausulas da responsabilidade estabelecidas no § 1.º deste artigo o sentido technico, e juridico, á que as suas palavras se prestão segundo o objecto, e fim á que ellas tendem, e vós sereis obrigados a confessar, que a vossa objecção he destituida de fundamento. E se a questão se reduz á huma redacção, mais, ou menos logica, mais, ou menos eloquente, he esta huma circumstancia tão futil, e fugitiva, que não deve entrar no plano de huma legislação razoavel ; mas outro tanto não se póde dizer a respeito dos crimes communs, em que a complicitade póde ser de huma influencia, e de huma efficacia decisivas para a sua realisacção, bem como o emprestimo de instrumentos, e armas prohibidas : pistolas, punhaes, gazúas, etc., que são de natureza tendente á perpetracção de delictos ; a revellação maliciosa de factos, e segredos, que provocão, e facilitão a sua execução material ; a

occultação de cousas obtidas por meios criminosos, que impedem a restituição a seu dono, as deteriora, ou anniquila, etc.

Em resumo o complice, o verdadeiro complice, aquelle, que se póde util, e praticamente responsabilisar he, quanto a nós, sómente o que coopéra com meios tão proficuos, que sem elles não se teria facilmente commettido o delicto ; ou que servem de obstaculo a reparação possivel do mal. Todos os mais devem ficar pertencendo ao dominio da Moral ; porque « a lei, diz Dymetry, he a Justiça possivel, e a Justiça o direito praticavel. » Mas nos abusos da imprensa não he possivel admittir huma influencia estranha tão forte, que seja huma cooperação necessaria para o delicto.

Sobre o mesmo assumpto.

Depois que se estabelecerão officinas typographicas neste Imperio, que Deos na sua ira parece ter abandonado ás especulações dos homens mais corrompidos, e ignorantes da terra, armou-se huma phalange de libellistas para combater com os recursos do prélo todas as virtudes, e todos os principios, que se oppoem aos interesses da anarchia, e á depravação dos costumes. Neste numero nós contamos, e o publico o sabe, Juizes Municipaes, Promotores, Juizes de Direito,

e alguns Empregados de Fazenda (1), que não sabendo escrever duas palavras correctamente nos livros de sua repartição, são de huma eloquencia *rara*, e de huma invenção *prodigiosa* na arte de prostituir pela imprensa os deveres mais sagrados do Cidadão, e especialmente do Funcionario publico. « Tal vida, tal estylo : » he Seneca, que o affirma ; e ninguem mais, do que Seneca, estava no caso de proclamar esta soberana verdade.

Mas he de notar, que na cega obstinação de seu empenho nenhum delles se lembrasse de honrar as gazetas de seu partido com algumas de suas proesas, que ninguem ha, que ignore : só assim ellas poderião ser solemnemente publicadas ; por que os homens de bem não escrevem para difamar, e deshonnar, e os ladrões de todos os partidos se conhecem, e se respeitão mutuamente.

Para levarem avante o tenebroso plano da desmoralisação publica não era preciso mais, do que a intelligencia, que elles attribuem ás palavras do art. 303, e ao § 1.º do art. 7.º desteCodigo : foi com a falsa interpretação destes artigos, que elles pozerão o impressor acoberto dos obstaculos, que a lei põe á publicação das injurias, e calumnias. Com esta interpretação tirarão ao

(1) Estas linhas escrevemos nós em Novembro de 1847.

• dono da typographia a difficuldade de consentir na impressão de toda sorte de libellos, e convicios mandando escrever nos livros da Camara, e em todos os escriptos impressos o nome de qualquer proletario, ou vadio assalariado para responder pelos abusos na qualidade de impressor a falta de Editor com as qualificações legaes ; por que não era possivel achar hum homem de bem, que quizesse ser o heróe deste drama. Com esta intelligencia todos tem o singular privilegio de expiar suas faltas por mandatarios, visto que com a mais perniciosa theoria, e huma pratica ainda mais detestavel se tem pretendido sustentar, que o conhecimento, a que se refere o primeiro requisito do § 1.º do art. 7.º, he aquelle, que resulta do simples factó da existencia do homem.

Nem se admire ninguem, de que alguns homens de boa fé tenham entendido a lei, como fingem entendel-a os discolos, e difamadores ; por que a malicia tem arte para atribular a ignorancia ; e a malicia, e a ignorancia se dão ambas as mãos para sustentar todas, e as mais perigosas doutrinas.

Da independencia até hoje tem decorrido quasi cinco lustros ; e o tempo por huma especie de fascinação, que exercita sobre os homens, tem prestado a este erro hum poderoso auxiliar ; mas o erro não podia ficar occulto por muito tempo, apesar de quanto maliciosamente se ha feito para

estabelecer com elle huma sorte de prescripção contra a lei, a honra e a boa fama do cidadão. *Præscriptio temporis juri publico non debet obsistere, sed nec rescripta quidam* L. 6. Cod. de oper. publ. Prevalecia o erro, e ainda desgraçadamente prevalece ; porque aquelles, a quem incumbe combatel-o, e dissipal-o, parece, que delle se aproveitão nas suas especulações de partido, reservando-o para o seu tempo de opposição, no qual fazem da liberdade de imprensa hum uso tão detestavel, e lhe dão huma extensão tão contraditoria, como os Communistas á Caridade Christã nos seus projectos de humanidade hypocrita ; mas debalde a reserva... , debalde tudo ; porque a verdade sahe das entranhas da terra tão pura e tão inteira, como Aquelle, por Quem tudo he, e por Quem tudo vive. *Quoniam quæ in tenebris dixistis, in lumine dicentur ; et quod in aurem locuti estis in cubiculis, prædicabitur in tectis*. S. Lucas. Cap. 12, v. 3.

Nós não temos a louca pretensão de convencer os typographarios, e folicularios, e menos aquelles, que roubão huma grande parte de seu tempo ás cousas uteis, e honestas para o empregarem na arte de difamar, e ludibriar pela imprensa. Fallamos aos homens honestos, e interessados na paz, na união, e no progresso da civilização Brasileira : a estes convidamos nós, para que fação sobre a legislação reguladora da materia hum

estudo serio, e reflectido, que a discussão em todos os seus desenvolvimentos com tempo, e reflexão, o que tem sido até hoje desprezado, como fica dito.

Seja qual for a importancia, que a nossa doutrina lhes mereça, nós reconhecemos com elles, que não ha neste mundo, senão opiniões ; porém ha boas, e más opiniões, e as boas são mais experimentaes, do que especulativas ; e he o que nos ensina a experiencia de todos os dias. Leião-se as gazetas, e as causas de abuso da imprensa, que se agitação no Forum, e nellas acharão a prova da falsidade da doutrina, que nós combatemos. Não foi com a força do raciocinio, nem com os ornatos da eloquencia, que Filipe respondeu a Nathanael sobre se podia sahir de Nazareth alguma cousa boa. « Vinde, e vede, disse o Apostolo », e Nathanael vio, e reconheceo que era Christo o Filho de Deos, e o Rei de Israel ; porque o bem se prova por si mesmo : para quem duvida de boa fé basta esta palavra : *vinde, e vede.*

Sobre a segunda parte do art. 8.º

Em nossas observações sobre a competencia exclusiva do Jury para julgar os abusos da liberdade de imprensa no artigo da lei de 3 de Dezembro de 1841, nós julgamos ter demonstrado a sufficiencia do Conselho de Jurados para huma

verdadeira, e judiciosa interpretação nestas materias.

Todavia fazemos aqui huma distincção entre os crimes particulares, e crimes politicos; e nestes o caso muda muito de figura. Não são precisos conhecimentos professionaes de Jurisprudencia para attingir ás allusões, phrases satyricas, e combinações engenhosas, com que a malicia sabe alternar o sentido dos mais impuros libellos; mas em huma accusação v. g. de analyse da Constituição atacando as suas bases fundamentaes, ou em huma provocação directa aos crimes especificados nos artigos 68, 85, 86, 87, 88, e 89 deste Codice nos termos do art. 90, como julgar, e decidir theorica, e praticamente a questão sem hum exame comparativo de nossas leis organicas com os artigos citados para determinar até que ponto podia chegar a analyse sem offensa das bases fundamentaes da Constituição politica do Imperio?

Quanto á especie da provocação por escripto impresso a difficuldade he identica, e identica por conseguinte a necessidade da interpretação doutrinal do Juiz para se não confundirem os verdadeiros caracteres da provocação com os erros, e prevenções odiosas sobre os crimes desta ordem, e premunir a verdade de seus recursos legitimos contra as surpresas de hum estylo seductor, e discursos combinados nos mysterios politicos.

Nos crimes particulares o jury póde pronunciar sobre o facto isoladamente sem o inconveniente de misturar-se com materias de outro genero ; mas nas hypotheses figuradas, e outras, que podem semelhantemente occorrer, a difficuldade he de huma solução difficil.

Como que ouço dizer-me : o Jury he chamado em taes casos para provar, se o accusado he, ou não, o Autor do impresso denunciado, e á esta declaração reduz-se o seu Officio de Juiz de Facto. Tudo o mais he da competencia do Juiz de Direito.

Esta resposta não responde á nada. He ella hum parachronismo digno de piedade ; porque se não póde ser chamado a Juizo, senão o impressor, que não tem Editor responsavel, o Editor, ou Autor, que assigna obrigação por escripto, não he occulto a ninguem, que accusação já suppõe a autoria do impresso denunciado. A accusação não versa sobre a existencia de hum impresso ; mas de huma analyse, ou provocação contra algum, ou todos, dos artigos citados ; logo he forçoso, que o Jury declare, se existe huma analyse, que ataca as bases da Constituição, e huma provocação contra os artigos especificados no art. 90 do Codice Penal ; mas esta declaração presuppõe a capacidade precisa para distinguir o que he, do que não he huma analyse, que ataca as bases da Constituição ; e huma pro-

vocação directa para destruir a independencia, ou integridade do Imperio, a Constituição, ou algum de seus artigos, etc. ; mas a quantas, e quão diversas intelligencias se podem prestar as palavras, e phrases contidas na analyse, ou provocação ar-teiramente feita, ou por vicio de redacção ?

He pois evidente a necessidade de fixar a intelligencia, que se deve attribuir aos pontos controvertidos na discussão ; porque nestes crimes ninguem se defende negando a autoria do impresso accusado ; pelo contrario, a confissão he huma necessidade da prova preexistente, isto he, o titulo de responsabilidade ; logo a defesa, e accusação igualmente versão sobre se o impresso contém huma analyse, e huma provocação directa para os fins indicados nos referidos artigos. Digão-nos agora os nossos opposicionistas, como o verdict sobre quem he, ou não o autor do facto, se o facto he o impresso, resolve a questão unica, e essencial da accusação ?

Nos crimes particulares póde o Jury pronunciar sobre o facto isoladamente sem o grave inconveniente de misturar-se em materias alheias de sua competencia ; mas nas hypotheses figuradas, e outras, que podem semelhantemente occorrer, a intervenção do Jury limitada a declarar, se o réo he, ou não o autor do facto fica inteiramente reduzida á huma fórmula, que não tem subjectivamente alguma significação real, se

elle não póde, nem directa, nem indirectamente decidir sobre a culpabilidade do réo, que he o ponto capital da questão, sobre a qual o Jury quer; mas não póde, senão pronunciar o contrario do que quer. *Itaque qui aliud dicit, quàm vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult; neque id, quod vult, quia id non loquitur.* ff. L. 3 de reb. dub.

Todas as instituições humanas tem suas vantagens, e seus inconvenientes, e a melhor será aquella, que menos inconvenientes tiver; por que nenhuma póde haver, da qual se possa dizer o mesmo, que Moisés disse aos Hebreos. « Vós « nada tirareis, nem accrescentareis ás suas palavras. » *Non addetis ad verbum, quod vobis loquor, nec auferetis ex eo.* Deut. Cap. 4 v. 2.

Mas qual deve ser o remedio para dar ao Jury o poder de julgar livremente a causa sem o obstaculo da confusão das duas questões distinctas? tirar-lhe a competencia em taes casos? isto seria hum remedio peor, que o mal. Conferir-lhe o direito de interpretar, e decidir sobre a criminalidade do impresso, apezar de sua insufficiencia para isto? fôra reduzir a justiça á huma fatalidade, e não a hum acto espontaneo de nossa actividade moral. O remedio he incontestavelmente o mesmo, que tem adoptado todas as nações, aonde a instituição de Jurados não he huma apparencia para illudir; mas huma reali-

dade para julgar : o remedio he não privar o Jury do direito, que essencialmente lhe pertence, de declarar a criminalidade intencional do réo. *Não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto he, sem pleno conhecimento do mal, e intenção de o praticar, art. 3.º*

Se o Jury julga segundo a sua consciencia, e a consciencia do Jury não he hum mecanismo organizado pelo Poder Legislativo, para que possa ficar limitada nos seus movimentos ás causas justificaveis do art. 14, e as agravantes, ou atenuantes positivas dos artigos 16, 17, e 18, he claro, que se não podem estabelecer fórmulas, e limites, que circunscrevão a manifestação de seu voto nesta parte, que he a lei fundamental de sua instituição ; do contrario nas materias, em que a decisão do facto implica com a idéa de direito, o Jury dominado por circunstancias, que favoravelmente prevalecem no seu animo, não póde vencer a difficuldade da distincção das duas idéas correlativas sem negar a autoria do facto, contra o que se acha textualmente provado pelo documento impresso, e obrigação de responsabilidade por escripto.

Em todos os paizes civilizados se tem cuidadosamente distinguido o facto do direito para extremar as competencias respectivas ; mas não ha hum só, em que a culpabilidade do réo não seja exclusivamente submettida ao exame, e decisão

dos Jurados. « Os Juizes em Inglaterra, diz
 « José Rei, procurão sempre dirigir a opinião
 « dos Jurados a respeito, como sobre toda causa ;
 « mas estes seguem, e são sempre livres para se-
 « guir a sua propria impulsão. Elles são por tan-
 « to os verdadeiros Juizes de Direito, e de Fa-
 « cto.» « Quando o Jury pensa, ou que o crime
 « não he constante, diz Rogron, ou que o accu-
 « sado não teve intenção de o commetter, ou fi-
 « nalmente que elle não he o seu autor, esta res-
 « posta geral : *não, o accusado não he culpa-*
 « *do de ter commettido tal crime,* tira toda es-
 « pecie de difficuldade. »

Quem quizer explicar huma lei criminal sem
 ter em conta o systema da legislação repressiva
 do paiz no tempo, em que a lei foi feita, por
 mais tratos, que dê ao pensamento, não fará se-
 não retroceder, quando mais lhe importa avan-
 çar ; e por isso aquelles, que quizerem applicar
 a segunda parte do nosso artigo em hum sentido
 absoluto, e isolado das attribuições, que compe-
 tião ao Jury pelo Codice do Processo, jámais po-
 derão sahir dos embarços, em que os colloca a
 variedade dos casos nos crimes de abuso de im-
 prensa, segundo o que acabamos de observar ;
 porque o systema he quem fórma a unidade, de
 que a lei tira a sua origem, como os elementos
 fornecidos pela analyse chimica devem represen-
 tar o corpo, de que elles são tirados.

Pelo Código do Processo o Jury era o competente para resolver sobre a criminalidade do facto — *Ha crime no facto? O accusado he criminoso?* §§ 1.º, e 2.º do art. 269 do dito Código. Eis o modo, por que lhe era licito decidir segundo as inspirações de sua consciencia esclarecida nos debates oraes todas as questões complicadas, e superiores á sua aptidão scientifica.

Em definitiva. Se o Jury profundamente convencido da inculpabilidade do réo segundo o conceito, que lhe merece a analyse, ou provocação discutida declara em face do impresso, e do titulo de responsabilidade do autor, que não he elle o autor do facto, commette hum perjurio evidentemente provado, e a confiança, que devem inspirar as suas decisões ficaria inteiramente perdida por huma sorte de indulgencia, que se envergonha de si mesma. Se pelo contrario declara, que o réo he o autor do facto, e o impresso he o facto, na opinião dos nossos contradictores, e a prova a obrigação por escripto, como elles não podem contradizer, para que fim o Jury, se não he para declarar aquillo, porque todos jurão antes da declaração, porque está debaixo dos olhos de todos, isto he, que o Sol está sobre os horizontes ao meio dia, que não ha effeito sem causa, nem crime sem criminoso? . . . E quaes os effeitos da decisão em qualquer dos dous casos? huma derisão para o povo. . . hum ludibrio

para o Jury... hum escarneo para a Justiça... Aquillo que se divide não se póde conservar, quando as partes divididas só pódem conjunctamente valer. *Et si regnum in se dividatur, non potest regnum istud stare.* S. Marc. Cap. 3 v. 24.

ART. 9.º

Não se julgarão criminosos :

§ 1.

Os que imprimirem, e de qualquer modo fizerem circular as opiniões, e os discursos enunciados pelos Senadores, ou Deputados no exercicio de suas funcções, com tanto que não sejam alterados essencialmente na substancia.

A alteração póde ser feita em hum sentido favoravel, ou disfavoravel ao Deputado, ou Senador, cujos discursos forem substancialmente alterados. No primeiro caso he hum absurdo esperar huma queixa, ou denuncia do Orador que, nem huma offensa recebeo pela impressão, ou circulação de seus discursos, e opiniões. Mas se algum motivo de utilidade geral aconselha a criminalidade da alteração, a accusação devera ser

prevenida na lei, e incumbida ao ministerio publico, da mesma sorte que a pena ; mas entre as diversas disposições de nossos Codigos Criminaes nós não deparamos com huma só, que prescreva a competencia da accusação, e a sanção expiatoria do crime. Pelo § 1.º do art. 37 do Codigo do Processo ao Promotor incumbe a denuncia das injurias, e calumnias contra a Assembléa Geral, e cada huma das Camaras ; mas ninguem dirá no seu estado de razão, que este artigo tem a menor referencia ao § 1.º do art. 9.º do Codigo Penal ; porque o art. 37 do Codigo do Processo, além de seu objecto especifico, suppõe huma injuria, ou calumnia, e nenhuma destas duas cousas póde ser senão huma difamação, ou ultrage. *Specialiter autem injuria dicitur contumelia.* Cod. L. 1 de injur. ; mas ninguem altera hum discurso de hum modo favoravel ao Orador, que o proferio, com expressões injuriosas, ou algum disfarce engenhoso com animo de injuriar, sem o que não póde haver injuria. *Cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos, sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri.* Idem L. 2. De tudo isto resulta, que se na hypothese de utilidade publica, não obstante o favor individual da alteração, nenhuma lei ordena o procedimento official contra ella, parece-nos escusada a advertencia negativa da criminalidade.

No segundo caso a accusação he facultativa ao Deputado, ou Senador, contra quem se imprimio, ou circulou a alteração incriminada ; e na classificação das injurias, e calumnias achará o offendido, se quizer usar de seu direito, a acção, que lhe compete ; porque se não houver alteração injuriosa, nenhum crime, e por consequencia nenhuma acção : tudo como a respeito de outro qualquer cidadão, cujos discursos, e opiniões forem impressos, ou circularem de qualquer modo ; logo segundo a distincção, que fizemos, e o silencio de nossas leis sobre o que lhes cumpria ordenar no caso de ser a criminalidade da alteração objecto de publica utilidade, ainda que della nenhuma injuria possa resultar ao Orador, parece-nos ociosa tambem por este lado a advertencia negativa do § 1.º do art. 9.º

§ 2.

Os que fizerem analyses rasoaveis dos principios e usos religiosos.

Mr. Chassan paraphraseando a doutrina deste paragrapho, e da lei Portugueza sobre o mesmo assumpto attribue ao § 2.º do art. 9.º do nosso Codigo hum sentido, que não póde ser exclusivamente adoptado sem reduzir o character generico de sua redacção. « As analyses rasoaveis dos

« principios, e usos religiosos dos outros paizes,
 « diz elle, são no Brasil expressamente autorisa-
 « dos, » e cita na nota o paragrapho, de que
 actualmente nos occupamos. Bem longe de con-
 testar-lhe a extensão implicita da generalidade de
 seus termos, nelles tambem comprehendemos os
 usos, e principios da Religião Catholica Romana,
 alias fôra mister estabelecer huma distincção, que
 a lei não fez, e nem nós podemos fazer depois da
 doutrina do art. 278, que só não permite as
 que directamente se oppoem ás verdades funda-
 mentaes da existencia de Deos, e da immortalida-
 de d'alma. O mesmo autor diz referindo-se á lei
 sobre a imprensa de 1830 : « A lei Brasileira pu-
 « ne as injurias, e zombarias contra a Religião
 « do Imperio, ou quanto aos Dogmas, ou quanto
 « ao culto. Mas ella não considera como hum
 « delicto o ensino de huma doutrina contraria á
 « Religião do Imperio. »

No mesmo paragrapho pagina 294 do tomo
 1.º elle dá a razão justificativa desta tolerancia,
 que he, quanto a nós, intoleravel, comparando
 a nossa com a lei Portugueza a tal respeito. « O
 « art. 9.º (da lei da imprensa em Portugal)
 « pune com huma multa de 200 a 400 francos,
 « e prisão de 15 dias a hum anno toda pessoa,
 « que nos seus escriptos suscitar de qualquer
 « maneira duvidas sobre os Dogmas definidos pe-
 « la Igreja Catholica, ou que ensinar doutrinas

« oppostas áquellas, que a mesma Igreja ensina.
« Esta prohibição, posto que illiberal, he muito
« rasoavel ; porque neste paiz a liberdade dos
« cultos he desconhecida, e o Catholicismo reina
« com o dominio de huma Religião nacional. No
« Imperio do Brasil, onde a Constituição per-
« mitte, e protege o estabelecimento de diversas
« religiões, a lei sobre a imprensa publicada em
« 1830 no reinado do illustre D. Pedro não con-
« tem nada de semelhante. »

Hum dos maiores erros em politica he julgar das crenças, e habitos religiosos de hum povo por algum artigo enxertado nas Constituições escriptas, de que abundão hoje os archivos de quasi todas as nações. O que melhor, que tudo, explica o character, e dedicação religiosa do povo he a sua educação primitiva em materias de religião : todas as excepções á esta regra, de que a historia nos offerece exemplos, são além de raras devidas a acontecimentos extraordinarios, que nunca se derão no Brasil, nem antes, nem depois da sua independencia politica.

Se os Codigos, e todas as leis secundarias são destinadas a garantir a observancia pratica das leis organicas do Estado, neste sentido ellas poderão guardar entre si huma harmonia apparente em todas as suas partes ; mas nem a Constituição, nem as leis, que se lhe referem, podem adjudicar para o dominio das instituições humanas

os sentimentos, e as opiniões, a que só a fé, e a piedade tem direito. O § 2.º do art. 9.º póde ser, como he no sentir de Mr. Chassan, hum consequencia legislativa do art. 5.º da Constituição, não obstante a contradicção entre as duas disposições, que encerra; mas elle he hum contraste perigoso com a pureza, e dedicação religiosa de todos os Corações Brasileiros.

Desde o art. 5.º até hoje não consta que hum só Brasileiro tenha renegado das promessas feitas no Baptismo para abraçar qualquer das seitas heterodoxas: a Ortodoxia tem triunfado em todo seu esplendor, e extensão das innumeras causas, e vicissitudes politicas, que tem abalado alguns de nossos melhores costumes, e quasi inteiramente suffocado as idéas, e as opiniões recebidas na monarchia transacta. Nunca o Culto foi entre nós celebrado com mais grandeza, assiduidade, e concurrencia. O Clero tem diminuido em reputação, e saber pelo abandono, que o Governo tem feito de sua educação especial, literaria, e politica, e abolição dos privilegios, que se lhe não podião tirar sem a certeza deste resultado funesto; mas o povo á medida que o Governo abandona o tabernaculo ás excursões da politica, elle accende no seu coração o *Candieiro d'ouro*, e guarda zelosamente *a Arca, e a Lei*.

Eis aqui o que devera entrar no plano do legislador Brasileiro para legislar sobre o character

das analyses relativas aos usos, e principios religiosos : e isto prova exuberantemente, que o art. 5.º da Constituição he antes o fructo esteril do amor das innovações sociaes, ou huma dessas abstracções muito frequentes no systema das transições, e mudanças de governo, do que a concessão reflectida de huma reforma reclamada. O Brasil queria hum Governo liberal ; mas não pediu, nem propoz a liberdade de cultos diversos do seu, que então, como ainda hoje, respeitava, amava, e seguia com toda força de sua convicção, e de sua consciencia : nem he da essencia dos Governos representativos a pretendida liberdade de culto ; porque o typo da universalidade, e excellencia da Religião Catholica Apostolica Romana se observa principalmente na sua relação harmonica com todas as fórmãs de Governo, huma vez estabelecidas para conservação, e progresso das sociedades humanas.

Para que a permissão de hum culto diverso do verdadeiro Culto de Deos, por occasião de alguma reforma, ou mudança, se qualquer que seja a opinião politica do individuo, elle achará sem reserva nesta Religião de amor, e caridade a melhor regra de conducta, e huma fonte inexgotavel de todos os recursos, e consolações possiveis ? para que especie, ou natureza de beneficios se ella contém a Sciencia do Céu, que deve

ser estudada na terra, e a Sciencia da terra, que deve ser coroada no Céu?

Mas se para complemento da liberdade politica do cidadão devem as leis proporcionar-lhe até os meios de abusar de sua profissão Religiosa, devem igualmente conceder-lhe meios para abusar de tudo o mais, e consequentemente ninguem deve ser constrangido a fazer, ou deixar de fazer aquillo, que for contrario a suas convicções politicas, e administrativas; porque do contrario a unidade de acção, que he huma necessidade da ordem geral, seria hum flagello de nossa actividade individual. Quem reconhece a Religião Catholica Romana como a unica verdadeira, e dominante, e chega ás ultimas consequencias da permissão de hum culto diverso, acaba por huma dissolução social.

Se as pequenas cousas, que nos dividem, nos tem armado com toda ferocidade, e rancor de duas nações inimigas, que se disputão, huma em face da outra, a posse de hum direito a longo tempo contestado, o que teria sido de nós a muito tempo, se com o apoio de nossas leis as controversias theologicas tivessem occupado o lugar das controversias politicas? Aqui vem a proposito o seguinte pensamento de Demetry: « na classe dos delictos mais graves contra a dignidade humana devem ser comprehendidos o sacrilegio, e blasfemia; porque os homens se sentem

« humilhados pelo ultrage feito ao Ser Supremo. » Salvou-nos Deos deste abysmo bem semelhante a aquelle, de que S. João vio sahir os gafanhotos, que devastavão a terra. Apocalip. IX, 13.

Applicando a theoria do paragrapho em discussão á Religião Catholica resta-nos observar, que se analyse tem por fim demonstrar a verdade, e a santidade de seus principios, e usos, he este hum dever do Christão, e huma virtude primorosa; mas se he, como parece que suppõe este paragrapho, para combater, e alterar o seu fundo, ou ainda a sua observancia exterior em hum sentido opposto ao Dogma, ou á disciplina geral da Igreja Catholica, ignoramos em que se funda a supposição de *rasoavel*; porque não podemos comprehender hum meio termo entre a verdade, e a mentira; e nestas materias a duvida, e a incredulidade são de hum character homogeneo.

Não ha fatuidade maior, nem doutrina mais deploravel, e contradictoria com a civilisação humana, do que suppor, que o Christianismo he hum remedio exclusivo para a felicidade de huma vida futura. Pois o Divino Legislador ensinando a sua Moral aos homens entendeu por ventura que ella não fosse propria para o Governo dos Estados, e que se devera simplesmente considerar, como huma perfeição só capaz de fazer Santos para o Céu; mas não Corpos de Cidadãos, ou de

povos recommendaveis pela força, e solidez de sua união, e pureza de intenção em cada hum de seus membros? Quem assim pensa, não tem bem comprehendido os verdadeiros fundamentos da moral universal. Occupado exclusivamente com pontos de instituição humana bons na verdade algumas vezes para o fim, que se propõe, mas arbitrarios, e indifferentes ao essencial da politica, que he destinada a entreter os homens em paz, e regular as acções, que mais immediatamente contribuem para ella.

Não póde haver huma Constituição firme, tranquilla, e livremente sustentada por todos os Cidadãos, quando as primeiras virtudes de hum povo não são a humanidade, a generosidade, o desinteresse, o reconhecimento, a sinceridade, a officiosidade, a modestia. Jezu Christo, que conhecia a fundo nossa natureza, e a mutua dependencia das cousas, sabia que antes de ser Cidadão, he necessario ser homem; e que jámais os Governos podem ser regulares, felizes, e solidos sem a pratica destas virtudes; que ellas serão impossiveis, se não fossem a regra de nossas acções, e costumes os preceitos, e conselhos, que Elle nos ensinou com o seu exemplo, e sellou com o seu Sangue. Eis a razão, porque o Salvador para dissipar os primeiros vicios veio a raiz do coração do homem; e por isso a sua Doutrina não só convem a todas as politicas; mas he in-

contestavelmente a moral natural revestida deste alto gráo de excellencia, que os Sabios, e os Philosophos Pagãos nunca poderão penetrar. *A renuncia de si mesmo, o amor de seus inimigos, a liberdade pela verdade* são, pode-se dizer, as reservas, que o Divino Legislador determinou para Si pelo Ministerio de Seu Filho Jezu Christo. « Nada poderia haver, diz Montesquieu, de mais « solido, do que huma sociedade toda composta « de verdadeiros Christãos. »

Depois do que fica dito, não podemos comprehender, donde vem no interesse das sociedades politicas, e da liberdade individual do Cidadão o direito, e authorisação para fazer analyses sobre huma doutrina, que não he susceptivel de erro, de malicia, e prejuizos? Huma Doutrina, que he a Verdade mesma, a liberdade, o patriotismo, o typo do commando legitimo, e da obediencia rasoavel?

Quando se tem a certeza de que aquillo, que sabemos, he a verdade, a analyse sobre ella, se não he feita com o designio de a combater, ainda póde ter hum dos dous fins: ou refutar as falsas doutrinas, e opiniões, que contra ella circulão, ou instruir-nos das respostas, com que devemos combater as doutrinas, e opiniões dissidentes. Nenhum dos dous casos suppõe, quanto a nós, o paragrapho discutido; mas na hypothese figurada em favor da analyse, ainda a julgamos su-

perflua pelo menos ; porque a fé he a unica, e verdadeira sciencia, com que se deve combater os inimigos da Religião Revellada, e da disciplina universal da Igreja Catholica. Jezu Christo ordenou a seus discipulos, que quando fossem conduzidos ás synagogas, e aos carceres por amor de sua Doutrina, não premeditassem a resposta, que darião aos seus adversarios em testemunho de Seu Nome. *Ponite ergo in cordibus vestris non proemeditare quemadmodum respondeatis ;* porque Elle lhes daria huma bocca, e huma sabedoria, á que não poderião resistir, nem contradizer todos os seus inimigos. *Ego enim dabo vobis, os, et sapientiam, cui non poterunt resistere, et contradicere omnes adversarii vestri.* S. Luc. Cap. 21. vv. 14, 15.

Não he por discursos prevenidos, e estudados, que se chega a convencer os inimigos da verdade. Os factos são o seu melhor testemunho : obre-se de conformidade com ella, que se achará sempre na razão, e na consciencia a sua prova decisiva. Eis porque Jezu Christo não queria, que seus discipulos prevenissem as respostas ; porque as melhores são aquellas, que sahem espontaneamente da bocca dos perseguidos em face mesmo dos perseguidores, se o coração daquelles não vacilla sobre a verdade dos principios, que professa. He preciso por tanto reflectir sobre o que tem os principios religiosos de sagrado, e

proficuo á moral, ás instituições, e ás leis para os não expor a perderem o seu prodigioso ascendente sob pretexto de protecção á liberdade de consciencia, e culto. Quem melhor, do que a liberdade, do erro póde assassinar o espirito, diz Santo Agostinho? *Atque peior mors animæ, quam libertas erroris?* Ep. CLXVI.

§ 3.

Os que fizerem analyses rasoaveis da Constituição, não se atacando as suas bases fundamentaes; e das Leis existentes, não se provocando a desobediencia á ellas.

§ 4.

Os que censurarem os actos do Governo, e da Publica Administração, em termos, posto que vigorosos, decentes e comedidos.

Se o Codigo não dá as explicações necessarias sobre a intelligencia precisa, e juridica da palavra *ataque*, força he recorrer ás theorias, e distincções estabelecidas pelos Criminalistas a este respeito. « O termo *ataque*, diz Mr. Rauter, tem
« huma significação mais extensa, que o termo
« *ultrage*, neste sentido, que o *ultrage* he hum
« *ataque* com insulto, e intenção manifesta de

« rebaixar o objecto atacado ; mas o ataque simples não he acompanhado de insulto. » Isto he muito rasoavel, e consentaneo com a dignidade da lei, cuja analyse póde ser feita em proveito da sociedade para qualquer dos fins da Competencia do Poder Legislativo ; mas o insulto he hum desafogo das paixões ignobeis, e hum acto immoral, que só póde servir para envilecer a autoridade da lei, e contrariar o interesse da mais legitima reforma.

O ataque, de que falla o § 3.º, he o ataque directo, o que, se não foi textualmente declarado na lei, não se infere menos da generica disposição do art. 90 deste Codice : *provocar directamente por escriptos*, etc. 1.º ; porque prescrevendo a Constituição á Legislatura Ordinaria a organização de hum Codice Civil, e Criminal *fundado nas solidas bases da Justiça, e da equidade*, as bases da Criminalidade estabelecidas no Codice, que são a regra geral, e o principio director da designação dos factos criminosos, não devem ser entendidas em huma accepção tão lata, que deixe ao Juiz o formidavel arbitrio de estender os actos comprehendidos nas especies incriminadas além do sentido Grammatical dos termos. 2.º ; porque sendo tantos, e tão variados os modos, e os casos, por que huma analyse sobre qualquer assumpto se póde referir á Constituição, he muitas vezes inevitavel huma censura

indirecta sobre as suas bases fundamentaes, ainda sem a menor intenção de as censurar, não sendo o analysta o Juiz competente para distinguir entre a subjectividade, e a relação objectiva do ataque. A criminalidade de hum ataque indirecto equivale huma prohibição directa de analyses sobre a Constituição, ou outro qualquer objecto, que se lhe refira no interesse da demonstração analytica.

Maior he para nós a difficuldade de definir as bases fundamentaes da Constituição no systema de nossa organização politica, se não podemos precipitadamente dizer, que são a materia dos artigos Constitucionaes na significação stricta do termo; mas contra esta intelligencia, que, na verdade, nos parece exceder os limites, que se podem rasoavelmente assignar aos termos —*bases fundamentaes*—, procede de huma maneira invencivel o argumento tirado dos artigos 174 até 178 da Constituição.

Depois da autorisação, e formulas estabelecidas, para que possa a Legislatura Ordinaria reformar algum dos artigos Constitucionaes, diz o art. 178: *He só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não he Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas Or-*

dinarias. Se a intelligencia da phrase : *diz respeito*—abraça tudo, que mediata, ou immediatamente se refere, a distincção he falsa em qualquer systema especulativo de Governo ; mas se a referencia procede sómente, como parece fóra de duvida, no que he essencial aos *limites, attribuições, e garantias*, nós entendemos, que *limites* são os artigos, que fixão a competencia exclusiva de cada hum dos Poderes, para que se não confundão. As attribuições, os meios praticos expressamente designados nos Capitulos respectivos de cada hum delles para a obtenção de seus fins intermediarios, e as garantias dos direitos individuaes, e politicos do Cidadão são essencial, e indistinctamente todas as que constão do artigo 179 do Cap. 8.º da Constituição. Ellas são o fim unico, e principal da nossa, como de todas as Constituições politicas do mundo. *O Alfa, e o Omega. O principio, e o fim.* (1) Feliz o povo, que o não julga (como se nos tem querido obrigar) pela estimacção pratica de seus meios.

Todos os artigos da Constituição, que tratão destes objectos sagrados, são sem contradicção artigos Constitucionaes ; mas nós distinguimos os artigos, que constituem essencialmente o systema do Governo Constitucional, das bases fundamen-

(1) Apocal. Cap. 21, v. 6.

taes da Constituição, as quaes são os elementos específicos da organização systematica, que distinguem entre si as diversas fórmãs de governo.

Ninguém dirá sem prevenção, que he clara, e terminante a competencia da Assembléa Geral para reforma, em qualquer tempo, de algum artigo Constitucional, depois das palavras do art. 174 : *se passados quatro annos depois de jurada a Constituição do Brasil se conhecer que algum de seus artigos merece reforma, etc.* Estas expressões denotão antes huma providencia transitoria para reparar algum erro, ou faltas, de que são quasi inevitavelmente susceptiveis as primeiras produções do nosso espirito, do que huma authorisação perpetua com a unica condição de não poder começar quatro annos antes do juramento ; da mesma sorte que a palavra —*algum* — não tem evidentemente a extensão, que lhe tem sido dada.

A interpretação, que se decide pela perpetuidade da competencia da reforma, e extensão do adjectivo *algum*, não se funda em hum só artigo da Constituição, e ainda menos na opinião esclarecida dos grandes homens de Estado (1). Nós

(1) « Se passados quatro annos, depois de jurada a
« Constituição, se conhecer que *algum* de seus artigos me-
« rece reforma, etc. ». Art. 174 da Constituição. « Ad-
« mittida a discussão, e vencida a necessidade da re-

entrariamos aqui mesmo na prova, se fosse ella
 possível sem exceder os limites da relação cri-
 minal da analyse com as bases fundamentaes da
 Constituição ; mas concedendo contra o que sup-
 pomos, isto he, que o artigo 174 tenha o sen-
 tido, e a extensão, que se lhe deo nas reformas
 addicionaes de 1834, he este mais hum motivo,
 além de outros, para que se não possam tirar da
 simples qualificação de *Constitucional* os artigos,
 que são as bases fundamentaes da Constituição.
 Ellas estão implicitamente definidas nestas pala-
 vras do art. 3.º — *O seu Governo (o do Brasil) he
 Monarchico Hereditario, Constitucional e Re-*

« forma do artigo Constitucional, etc. » Art. 176. « E o
 que se vencer, prevalecerá para a mudança, ou addição á
 Lei fundamental. » Art. 177. *Algun dos seus artigos,*
 diz o 174. *Reforma do artigo Constitucional.* Diz o 176.
 Ora o pronome *algun*, e o genitivo singular do substantivo
 — *artigo*, nunca forão empregados em legislação para ex-
 primir huma pluralidade de cousas ; mas o primeiro huma
 cousa incerta, e indeterminada, e o segundo certa, ou in-
 certa ; mas ambos huma unidade sómente ; todavia se por
 huma aberração da parte technica da Grammatica, podem
 elles ser empregados para exprimir mais, do que huma idéa
 singular, não podem disignar hum numero, que exceda ás
 restricções de huma necessidade escrupulosamente discuti-
 da, como deve ser a reforma de qualquer artigo Constitu-
 cional, segundo as regras da sciencia, as susceptibilidades
 da innovação nas leis constitutivas do Imperio, e as deter-
 minações positivas da Constituição. Não se póde suppor
 que o Legislador Constituinte presumisse huma reforma
 discricionaria, isto he, de tantos artigos, quantos a Legis-
 latura Ordinaria quizesse livremente incluir na lei, que or-
 dena a faculdade especial para a reforma art. 175, e 176,

presentativo; logo as bases fundamentaes são os artigos conservadores da fórma estabelecida.

Do que resulta, que se póde fazer analyses, que ataquem artigos constitucionanes, com tanto que se não pretenda que o Brasil seja governado por huma pessoa physica, ou moral de cathegoria diversa de hum Monarcha; porque então deixaria de ser o seu Governo *Monarchico*; ou que a Monarchia seja electiva; alias não seria *hereditario*; que os Deputados, ou Senadores não sejam de eleição popular; porque d'outro modo não seria hum Governo Representativo; que os Poderes se confundão em hum só delles, ou que as at-

antes he de toda verosimilhança, que elle tivesse em vistas estabelecer no pronome — *algum* hum correctivo natural contra o abuso, que se poderia seguir da impossibilidade de fixar o artigo reformavel. *Jus dicere, non autem jus dare.* Bacon aphor. « As Leis fundamentaes do Estado
 « reputão-se immutaveis, não tanto pela impossibilidade,
 « como pela difficuldade, e perigo de as mudar; porque
 « estas mudanças, por qualquer pretexto que seja, se não
 « são o fructo de huma longa experiencia, viva, e geral-
 « mente reclamadas pela opinião publica põe em duvida,
 « não só o que se trata de abrogar; mas tambem aquillo,
 « que se não pretende tocar. Diminue-se assim no espiri-
 « to dos povos a idéa, que elles devem ter da estabilidade
 « de seu Governo. Então a par da vantagem de melhorar
 « se acha o perigo de innovar. » Dupin Man. « O Legis-
 « lador deve abster-se de tocar nas Leis fundamentaes, es-
 « criptas, ou tradicionaes. Elle levaria á Nação a discon-
 « fiança, a perturbação, a desobediencia; elle abalaria o
 « Throno. Quando os Governos tomão huma certa estabili-
 « dade deve-se evitar de abalar o edificio, e descobrir a
 « sua base. » Prost Roger.

tribuições essenciaes de hum sejam exercitadas por outro contra a divisão, e harmonia dos Poderes Politicos, sob pena de não ser hum Governo Constitucional no sentido, em que este termo foi empregado na Constituição do Brasil, e de todas as Constituições adoptadas no seculo presente.

E se não são as bases fundamentaes os unicos artigos implicitamente designados nos caracteres do art. 3.º; mas sem distincção alguma todos os artigos Constitucionaes nos termos do art. 178, segue-se que a Constituição do Brasil encerra em seu seio o elemento de sua propria destruição; porque a Assembléa Geral competentemente autorizada para reformar artigos Constitucionaes póde abolir a Constituição mudando, ou alterando a sua fórma. E se prevalece ainda o direito exclusivo, que se adjudicou a Camara Temporaria em 1834 para fazer as reformas ella, e só ella sem dependencia das limitações prescriptas no mandato especial dos Eleitores, segue-se mais, que a Constituição Brasileira não tem base, nem vive de sua virtude propria, que está á mercê das facções, que com huma facilidade incrivel se podem organizar em qualquer das Camaras, e muito principalmente na Electiva. O povo não acredita na força de hum Governo, que as facções não se fatigão de combater, e muito menos crê no interesse, e na efficacia de huma Consti-

tuição, que huma facção póde constitucionalmente destruir.

« A Constituição, dizia Chateaubriand nas
« Camaras de França, he mais forte, do que nós.
« Aquelle, que a quizer destruir, será destrui-
« do por ella. » Mas para que nós os Brasilei-
ros possamos, como o Autor do Espirito do
Christianismo dizer o mesmo da Constituição do
Brasil, he de mister renunciar o direito usurpa-
do de a interpretar, que tem valido até hoje o
omnimodo poder de a emendar, e prostituil-a
aos estupidos caprichos das maiorias partidarias,
e aos mais impuros interesses dos ministros de sua
adopção. Quanto á segunda parte do § 3.º, e o
contheúdo do § 4.º, são ambos de huma doutri-
na excellente, e da maior clareza possivel; por
que sobre este objecto não se podem estabelecer
regras para todos os casos. O Legislador com-
prehende bem a altura de sua missão, quando
neste, e outros casos semelhantes estatue por
huma regra geral, verdadeira, e de facil applica-
ção. Ella nem restringe o direito de censura,
nem legitíma a liberdade licenciosa de censurar.

ART. 10.

Tambem não se julgarão criminosos :

§ 1.

Os menores de quatorze annos.

Da difficuldade de medir pela idade o desenvolvimento do senso moral do homem resulta a differença, que se encontra em todas as legislações criminaes sobre a época, em que as acções dos menores são susceptiveis das mesmas penas, á que estão sujeitos os adultos em casos identicos. O nosso Codigo seguiu a luminosa doutrina do Direito Romano, nesta parte, assim como em quasi todas as especies criminaes. *Não se julgarão criminosos os menores de quatorze annos. Et impubes, qui doli capax non est. ff. L. 3 § 2.º*; logo a idade de 14 annos resolve a difficuldade de decidir sobre a acceleração, ou retardamento das nossas faculdades intellectuaes, e moraes no interesse das leis repressivas. *De minore quatuordecim annis quæstio habenda non est. L. 1 ff. de Senat. Silan*; mas diz o art. 13: *se se provar, que os menores de quatorze annos obrarão com discernimento deverão ser recolhidos ás Casas de*

Correição pelo tempo, que ao Juiz parecer. Impubes furtum facere potest, si jam doli capax sit quia malitia suplet ætatem. L. 23 p. 66. O § 10 do art. 18 confia ao prudente arbitrio do Juiz o direito de definir o gráo de culpabilidade concernente aos delictos, que os menores commetterem entre a idade de 14 e de 17 annos. Quæstionis modum magis est Judicis arbitrari oportere. Idem L. 7. E no mesmo paragrapho declara huma circumstancia atenuante á idade menor de vinte hum annos. Tormenta adhibenda sunt, ut moderatæ rationis temperamenta desiderant. Idem L. 10 § 3.º O § 2.º do art. 45 manda, que se não imponha a pena de galés aos menores de vinte hum annos, e maiores de 60. Fere in omnibus pœnalibus judiciis et ætati, et imprudentiæ succurritur. L. 109 ff. de Leg. I.

De tudo isto resulta que he impossivel fixar a época, e o limite, em que a razão, e a consciencia do menor começão a reger as suas acções, e julgar a sua moralidade. Os Iets Romanos prevenirão de huma maneira geral a applicação das regras estabelecidas com attenção á idade. *Si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere. Inst. de oblig. qui ex delict. nac. § 18.*

Ainda que todas as legislações modernas não tenham adoptado do Direito Romano a época

precisa da responsabilidade penal dos menores, todas, sem excepção de huma só, tem delle copiado as excepções, e modificações devidas a maior, ou menor influencia de sua capacidade moral, na apreciação dos delictos, e distribuição das penas. A razão he a mesma, que dá o Chanceller d'Aguesseau sobre a sua duração, e autoridade : « Se todas as nações o interrogão de
« presente, he porque todas encontrão nelle res-
« postas de huma eterna verdade. »

Os Iets Romanos por hum privilegio singular de seu patriotismo, e de sua sabedoria nada decidirão debaixo da influencia das paixões mais contradictorias com a santidade das leis : (E outro tanto poderão dizer os Legisladores de agora ?) amestrados na Philosophia Grega extenderão a minoridade até o anno vigesimo primeiro, tempo, em que, segundo a opinião de Ippocrate, e outros Philosophos se aproxima o termo do desenvolvimento da machina. O desenvolvimento physico do menor he o symptoma commum das suas proporções moraes ; mas não he hum signal necessario da data de seu nascimento, nem este huma prova peremptoria do progresso successivo de sua razão.

Na impossibilidade por tanto de fixar na carreira dos annos a época de huma maldade reflectida, isto he, quando a vontade directamente se exercita sobre o objecto criminoso com

pleno conhecimento, e alcance de todas as consequências do mal, as diversas legislações varião a este respeito; mas aproximão-se com tão pequenas differenças, que nenhuma pôde dispensar a excepção de hum discernimento precoce; todavia não obstante a incerteza, que esta excepção, e outras limitações adoptadas para os annos mais proximos ao tempo da capacidade presumida no § 10 do art. 18, deixão entrever sobre a infallibilidade deste tempo, Blasketone no seu commentario sobre o Codigo Criminal de Inglaterra nos refere dous factos dignos da mais severa reprovação, e são a condemnação capital de dous menores, hum de dez, e outro de nove annos de idade, por se ter provado no processo, que hum tratava de occultar o cadaver do infeliz, a quem ambos derão a morte, e o outro occultara-se para não ser preso; donde concluirão os Jurados, que elles tiverão consciencia do crime com discernimento do bem, e do mal. Os dous fundamentos da accusação não provão a conclusão dos Juizes, e servem antes para provar a iniquidade da sentença, do que o interesse de combater a idéa perigosa de que os menores podem impunemente delinquir. *Satius enim impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.* Cod. L. 5 de pœn.

Resta ainda saber se o menor tambem deve ser punido na qualidade de complice nos casos

em que a complicitade toda se reduz a huma cooperação moral. O Codigo nenhuma distincção fez, e apenas por hum argumento, *à contrario sensu* estabeleceo a criminalidade do pubere. A Jurisprudencia Ingleza concluiria incontestavelmente dos artigos 10, 13, e § 10 do art. 18 a impunidade dos actos puniveis dos menores ; por que em materia penal ella só admitte a intelligencia Grammatical tão clara, tão directa, e positiva, que o accusado nenhuma especie de defesa, ou apparencias de desculpa possa tirar das palavras da lei, ou do estado do processo.

Hum Magistrado Inglez provavelmente diria, que o art. 10 declara a inculpabilidade dos menores de quatorze annos ; mas não incrimina os actos dos que chegam, ou excedem á esta idade ; que o § 10 do art. 18 não ordena imperiosamente a punição, nem para a idade de 14, nem para a de 17 annos ; mas sómente attribue ao Juiz o direito facultativo de impor as penas de complicitade nos intersticios das duas épocas definidas ; que o art. 13 manda corrigir, e não punir os menores de 14 annos, que obrarem com discernimento.

Em testemunho desta verdade aqui referimos hum factó, de que faz menção hum escriptor celebre sobre a Jurisprudencia Ingleza em materia penal : « sendo accusado em Inglaterra hum Padre Catholico de ter dito duas Missas em hum

dia, o Jury declarou affirmativamente o facto da accusação ; e quando todos esperavão a condemnação do réo, o Juiz o absolve sob o fundamento de que posto se tivesse provado, que o réo dissera duas Missas, não estava todavia pravado, que era elle Padre. Note-se que nem o accusado allegara esta excepção, nem o Juiz, e o Jury tinham a menor duvida sobre o seu estado clerical. »

Hum Magistrado Brasileiro, assim como o de outras muitas nações, não se inquietaria, nem mesmo se lembraria da especie, fosse, ou não fosse a questão opportunamente agitada. Elle diria sem a menor controversia : se ninguem duvida de que he o réo Padre ; nem elle mesmo contradiz, provado, como fica, que o réo dissera as Missas, fica igualmente provado que he elle Padre, alias não teria dito Missa. Este raciocinio he verdadeiro ; mas os Inglezes não entendem o que he materia prejudicada em hum processo criminal, nem prova implicita para imposição de huma pena. Quando se trata da investigação de hum delicto em Juizo contradictorio elles tem presente ao seu espirito toda força destas palavras de D. Quichote a Sancho : « não te julgo
« com bastante sabedoria para interpretar as
« leis ; he o mais grande crime, que o orgulho
« humano póde commetter. » Os Inglezes se julgão a primeira nação do mundo ; mas se a verdadeira grandeza de hum povo depende da per-

feição, humanidade, e observancia pratica de suas Instituições, nós perguntaremos a todo homem de boa fé, se elles tem, ou não razão de ser orgulhosos de suas Instituições? « Eu mesmo tenho interrogado algumas dessas infortunadas « victimas da violação, ou da interpretação arbitraria de nossas leis criminaes, » diz Beranger no seu tratado — *Da Justiça Criminal em França.*

Se todos os Juizes fossem dotados da melhor boa fé, e illustração possiveis, a maxima da Jurisprudencia Ingleza seria em muitos casos o valha-couto da impunidade; mas sendo de huma certeza evidente a supposição contraria, ainda he mais evidente a necessidade de restringir a interpretação doutrinal do Juiz nas causas crimes. « Não ha « cidadão, contra quem se possa interpretar huma lei, diz Montesquieu, quando se trata de « seus bens, de sua honra, e de sua vida. » *Esprit des lois liv. 6 chap. 3.*

Desculpe-nos o leitor esta ligeira digressão, á que fomos levados pelo interesse de averiguar, se as nossas leis admittem a complicitade legal dos menores. Em face da legislação citada, e do silencio, que as nossas leis guardão a este respeito, varias controversias se podem originar.

O Sabiniano dirá: que se a lei não fez da complicitade dos menores hum delicto especial, não segue-se que elles possão impunemente concorrer

para os delictos ; que a complicitade dos menores entra na cathegoria das complicitades, porque não foi textualmente exceptuada, nem póde entrar na classe dos factos licitos. O Proculeiano mais generoso, e mais humano entende, que se a criminalidade dos menores foi definida por leis especiaes, a complicitade não póde ter outra fonte. E sob qualquer pretexto que seja ninguém a póde estabelecer sem se attribuir autoridade Legislativa. O Jurisconsulto Eclectico póde apenas aventurar huma opinião

Com effeito, se a complicitade he hum delicto *sui generis*, se as considerações, e reservas, que modificão o direito commum relativamente á criminalidade do menor, são devidas á huma incerteza sabia, e piedosa sobre o estado de seu discernimento, e de sua consciencia ná perpetração dos actos criminosos, não só não he opposto á letra da lei ; mas muito consentaneo com o seu espirito, que se não faça aos menores huma applicação inflexivel das regras estabelecidas para a complicitade dos adultos.

Se os unicos meios, que temos para apreciar o conhecimento previo, e distincto, que tem o menor da natureza, e consequencias do crime, quando he elle mesmo o seu autor material, são tão falliveis, e tão variaveis, como são as causas, que podem accelerar, ou retardar os progressos de sua intelligencia, elles terão hum valor quasi

imperceptível, quando julgados forem os menores nos restrictos termos da complicitade.

Não se deve admittir, quanto a nós, a complicitade do menor, e muito principalmente quando ella toda se reduz á huma intervenção moral ; porque no caso, em que a malicia suppre a idade, a prova do discernimento para o fim indicado no art. 13, se se não funda em actos physicos, he de huma difficuldade invencivel na sua relação com o delicto de outrem. No caso porém, em que a idade suppre a prova da malicia, não he humano suppor, que o concurso do menor exclusivamente moral contribuisse de huma maneira tão directa para a resolução do autor principal do delicto, que possa justificar o soffrimento simultaneo de ambos.

Supponhamos dous menores co-oparticipantes de hum delicto, o primeiro como autor, e o segundo como complice ; mas ambos dentro dos limites do § 10 do art. 18 : por este mesmo paragrapho o autor tem em seu favor a circumstancia atenuante da idade, e por conseguinte o *minimum* da pena, e com maior razão, do que aquelles, que com vinte e hum annos ainda tem direito a este beneficio : a pena póde ser reduzida á de complicitade, e por consequencia á terça parte menos do gráo minimo. Qual será pois a pena, que se deve impor ao complice comparativamente ao autor ? aquella, que resultar descendo por

huma gradação proporcional á terça parte menos do *minimum* : e pode-se dar caso, em que a redução feita em favor do complice não exceda a hum certo espaço de horas. Então parece-nos que será melhor reduzir a responsabilidade legal do complice menor á acção reparatoria do damno; porque do contrario póde acontecer muitas vezes por huma infinidade de circumstancias, que se não possa administrar Justiça sem violar algum principio de Justiça. Vid. observações sobre o segundo membro do art. 2.º deste Codigo.

§ 2.

Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.

Os loucos, e os furiosos em geral tem huma vontade propria, e conhecimento do mal, que fazem, como os homens de juizo são, com a differença, que estes obrão por huma deliberação espontanea, e a vontade daquelles he determinada por hum sentimento que tem o seu principio inherente á alteração de seu estado mental, o qual predominando sobre a razão não dá logar á reflexão. He o que disserão de huma maneira digna de sabios, que ainda não forão substituidos os Ictis Romanos nestas poucas palavras. *Infans,*

vel furiosus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur. Cum alterum (o menor) innocentia consilii tuetur, alterum (o furioso) fati infelicitas excusat. Cod. 1. 12 ad leg. corn. de sicar.

Ha diferentes especies de loucura (*fati infelicitas*) que são mais, ou menos oppostas ao bom uso da razão. Nenhum Código, de que tenhamos noticia, as dittingue; porque seria a distincção ociosa, visto que a loucura de qualquer especie que seja não he susceptivel de imputação criminal, a qual suppõe hum conhecimento tão pleno do mal, e huma intenção tão directa, que são de huma incompatibilidade evidente em todo genero de loucura por mais benigna que seja. *Cum injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos, (os furiosos) sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri.* ff. 1. 3 de injur.

Além desta razão geral, os nossos Legisladores sentirão a difficuldade de assignar á cada huma a medida da repressão legal, de que fossem os actos dos loucos susceptiveis nos lucidos intervallos (que o Código manda punir) attenta a influencia, que sobre elles póde exercitar huma enfermidade habitual das suas faculdades cognitivas. O Código Francez, e outros não fizeram a excepção expressa de lucidos intervallos, e os Criminalistas Francezes opinão sobre se dos ter-

mos do art. 64 do Código Penal da França (1) resulta o direito de punir os actos criminosos dos loucos nos lucidos intervallos. Esta questão, que he de momento para a legislação criminal da França, não tem igual importancia para a nossa, que não foi omissa nesta parte.

Não vemos razão para que se despreze a excepção dos lucidos intervallos, se elles repõem a intelligencia, e o espirito no seu estado normal, e fiquem impunes os actos puniveis praticados neste periodo, se elle não he tão curto que chegue para as investigações da Justiça punitiva, e todas as diligencias de huma defesa livre, com tanto que a pena por sua natureza, e intensidade não exceda aos meios, e modos possiveis de a impor sem o perigo de huma renovação fatal. Eis o que a este respeito pensarão os Romanos: *Si tibi liquido compertum est Ælium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione, omni intellectu careat: nec subest ulla suspicio matrem ab es simulatiane dementiæ occisam, potes de modo pœnæ ejus dissimulare; cùm satis furore ipso puniatur. Si verò, ut plerùmque adsolet, intervallis quibusdam*

(1) Il n'y a ni crime, ni delict, lorsque le prevenu était en état de demence au temps de l'action, ou lorsque il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu resister, art. 64 Cod. Pen. da Franç.

sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit, nec morbo ejus danda est venia, diligenter explorabis. Et siquid tale compereris, consules nos, ut æstimemus, an per immanitatem facinoris, si cum posset videri sentire commiserit, supplicio afficiendus sit. ff. L. 14 de offic. Præs.

O pensamento, e as precauções, que implicitamente se encerrão nas palavras do texto citado, não differem do que nos affirma Blascktone sobre a legislação Inglesa a tal respeito. « Se hum
 « homem no seu bom senso commette hum de-
 « licto capital, e cahe em demencia antes de ser
 « citado, não tem mais logar a citação ; porque
 « elle está fóra do estado de responder ; se a
 « demencia apparece depois de ter respondido
 « interrompe-se o processo ; se finalmente so-
 « brevem a loucura depois da sentença de morte,
 « suspende-se a execução ; porque talvez, diz
 « a lei, se o criminoso estivesse no seu bom sen-
 « so allegasse algum novo meio de defesa. He
 « verdade que no reinado sanguinario de Henri-
 « que VIII determinou-se por hum Estatuto,
 « que o criminoso d'alta trahição, quando mes-
 « mo a demencia sobreviesse ao crime, soffreria
 « a pena, como se ainda gozasse de sua razão ;
 « mas esta lei selvagem, e inhumana foi revogada
 « pelos Estatutos 1.º e 2.º de Filipe, e Maria.»
 « Commentar. sobre o Cod. Crim. de Inglater.

Nem nós sabemos, nem o Sabio Commentador nos diz, se as precauções referidas são, ou não, exclusivamente adoptadas para os crimes capitaes ; entretanto se nos crimes mais graves, como nos mais leves, a imputação, e a pena tirão toda sua força, e legitimidade do *pleno conhecimento do mal, e intenção de o praticar*, não se deve admittir sem fazer injuria á humanissima Jurisprudencia Ingleza, que ellas fação huma excepção nos crimes de morte. Guardadas as proporções da penalidade segundo a natureza, e gravidade dos crimes as penas em todas as legislações, e em todos os paizes tem a mesma origem, e o mesmo fim. E se a humanidade se interessa por esta providencia com mais energia nos crimes capitaes, a Justiça a reclama para todos os crimes indistinctamente. Seja porém, ou não seja extensivo a todos os crimes o que nos refere Blascktone sobre os crimes capitaes, pouco importa saber, quando todos sabemos, que o exemplo tira a sua autoridade da razão, e não a razão do exemplo, venha elle de donde vier. *Non tam spectandum est quid Romæ factum est, quàm quid fieri debeat.* ff. L. 12 de offic. Præs.

§ 3.

Os que commetterem crimes violentados, por força, ou por medo irresistiveis.

Na immensa variedade de casos, e vicissitudes humanas he impossivel apreciar os phenomenos, cuja maior, ou menor intensidade depende de causas, e circumstancias, que se podem multiplicar ao infinito ; e só por huma apreciação exacta de todos os effeitos, que delles podem resultar, se poderia determinar até que ponto podemos resistir ao medo para definir a firmeza ordinaria, que he a medida da resistencia possivel. O que nos ensina a experiencia de todos os dias, he que ha homens mais, ou menos corajosos ; porém se o que mais influe para a coragem he o temperamento, ou a reflexão, o amor proprio, e outras circumstancias extraordinarias instantaneas, e decisivas, julguem os Philosophos ; por que os mesmos Iets, que fundarão nas maximas da Philosophia Stoica os principios luminosos da Jurisprudencia, que Bossuet chama *razão inscripta*, reconhecendo a difficuldade de definir exactamente este phenomeno da natureza sensivel limitarão-se a distinguir entre os effeitos da vontade livre, e aquelles, que são devidos á huma vontade estranha. Elles confundirão o medo com a força no exame, e classificação criminal dos

effeitos das duas diversas causas. *Ideo quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videbatur.* ff. l. 1. quod met. caus., o que foi textualmente repetido pelo art. 1109 do Cod. Civil dos Francezes.

Os Romanos confundindo, como do fragmento citado se vê, as causas da coacção moral do delinquente, estabelecerão a regra de sua apreciação Juridica de huma maneira tão geral, que apenas póde servir de hum fio condutor para tirar o Juiz do labyrintho inextricavel de circumstancias, allegações, e todos os meios, de que em taes casos se póde valer huma defesa sollicita.

A impossibilidade da resistencia, physica, ou moral, he o ponto, á que tendem as investigações da Justiça expiatoria para qualificar a influencia subjectiva do crime; e neste sentido diz a lei 2.^a do mesmo titulo: *vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.* Não era todavia bastante a prova da coacção para innocentar indistinctamente os seus effeitos contrarios á lei, e aos bons costumes: *Sed vim accipimus atrocem,* diz a Lei 3.^a, *et eam, quæ adversus bonos mores fiat, non eam, quam Magistratus recte intulit, scilicet jure licito, et jure honoris, quem sustinet.* Mas o parallelo da força com o medo sobre as determinações da vontade reclama ainda da prudencia Legislativa huma distincção essencial sobre a segunda destas duas

causas efficientes das acções humanas. *Metum accipiendum, Labeo dicit, non quem libet timorem, sed majoris malitatis: metum autem non vani hominis, sed qui meritó et in hominem Constantissimum cadat.* L. 5.^a, e 6.^a e art. 1112 do Cod. Civ. dos Francezes.

A palavra força não he susceptivel de serias discussões; pelo contrario ella representa huma idéa decisiva da coacção, e segundo Pufendorfio consiste em que « não obstante a resistencia do « individuo, seus membros são empregados a fazer, ou a soffrer alguma cousa. » O constrangimento moral he sómente o que póde agitar toda sorte de controversias sobre as suas causas influenciaes, e verificação das mesmas na investigação do delicto. He de huma necessidade patente o exame das qualidades pessoaes do constrangido, suas relações officiaes, ou domesticas com o constrangidor, a natureza do constrangimento, os perigos provaveis da resistencia, sua influencia actual, ou futura sobre a sorte daquelle, a quem a violencia he feita. He sobre esta ultima circumstancia que se debatem os Criminalistas para comprehender a ameaça na ordem das causas justificativas do delicto.

« Huma pessoa, diz Barbeyrac, constrangida
« por ameaças de hum grande mal sem alguma
« violencia physica, e irresistivel obra com huma
« especie de vontade, e concorre de alguma ma-

« neira para a acção, que executa. Não he ab-
 « solutamente superior á firmeza do espirito hu-
 « mano o resolver-se a morrer antes, do que fal-
 « tar a seu dever. O temor de hum grande mal,
 « e até da morte, póde diminuir o crime da-
 « quelle, que commette contra sua vontade hu-
 « ma acção má ; mas a acção fica sempre viciosa
 « em si mesma, e digna de censura. » Em res-
 posta á esta observação de Barbeyrac tão absolu-
 ta, como superior em muitos casos aos instinctos
 mais secretos da natureza pergunta Mr. Chaveau :
 « póde a lei exigir de cada hum individuo a fir-
 « meza de character necessaria para vencer os ter-
 « rores das ameaças ? a lei limita-se a pedir as
 « fórmãs, e por assim dizer a sombra da vir-
 « tude, do que a virtude mesma. O homem,
 « que obra debaixo do terror da ameaça não he
 « senão hum instrumento. Não he sua vontade,
 « que se pune, he sua fraqueza, e sua pusila-
 « nimidade ; não he o crime, he o instrumento,
 « que servio a commettel-o. »

O mesmo Escriptor cita diversas legislações,
 que excusão completamente os actos commettidos
 sob o terror das ameaças, e faz algumas distinc-
 ções sobre o seu objecto, maior, ou menor pro-
 babilidade de sua realisação effectiva ; mas o §
 7.º do art. 18 desteCodigo não admittindo a
 passividade, que Mr. Chaveau attribue aos ef-
 feitos da ameaça, a considera apenas na classe das

circunstancias atenuantes : *ter o delinquente committido o crime atenuado de ameaças, § 7.º*

Parece-nos indispensavel para determinar, quanto he possivel, a influencia, que póde exercitar a ameaça sobre a vontade do delinquente, attender principalmente o perigo, que elle se propoz evitar comparado com o mal, que praticou em virtude da ameaça ; 2.º o espaço que intermediou a ameaça, e o mal, que della podia esperar o delinquente ameaçado, se não obrasse, como lhe pareceo urgente para evital-o ; porque o homem não deve preferir a conservação de seus interesses materiaes á existencia de seus semelhantes, ameaçado de perder os bens, senão tirasse a vida a outro homem ; e ainda mesmo que a ameaça fosse da perda de sua propria existencia, se teve tempo de recorrer aos meios legitimos para evitar este mal, não se póde valer de outros menos legitimos empregados para esse fim ; mas se o crime resultante da ameaça he equivalente, ou menor, do que o mal ameaçado, e o delinquente nenhum tempo teve de socorrer-se dos meios legitimos, ou de outros menos graves para evital-o, entra elle incontestavelmente na categoria dos crimes justificaveis. *Et enim fuit æquissimum vi coacto subvenire. ff. L. 1 de vi. etc.*

Quanto aos delictos committidos em execução de ordem superior, Os Iets Romanos estabe-

lecerão regras tão sabias, e conciliatorias do dever da obediencia com a responsabilidade moral do delinquento, que nada deixão a desejar sobre a necessidade de respeitar os direitos da innocencia compromettida, e o interesse social da repressão. Os criminalistas, que temos consultado a tal respeito, fazem da obediencia passiva do soldado o thema de suas discussões. Huns julgão a obediencia passiva em todo o rigor de seus termos, outros seguindo as impulsões de sua consciencia esclarecida fazem tantas limitações, e reservas, que quasi confundem a obediencia militar com os fundamentos da obediencia commum a todos os agentes da autoridade publica.

Todas estas dissussões serião em pura perda de tempo, se elles no empenho de consolidar a melhor opinião dessem ás seguintes regras do Direito Romano a intelligencia, que virtualmente se encerra nas suas palavras. Eis a primeira : *liber homo si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquilæ cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit ; quod si non habuit cum eo agendum est, qui fecit.* L. 37 ff. de leg. Aquil. Ora o adjectivo *liber* suppõe o executor no seu melhor estado de razão, e sufficientemente instruido da pratica de seus deveres, sem o que os Romanos não comprehendiam a liberdade. O verbo *jussit* não exprime a idéa de hum commando usurpado ; mas de huma supe-

rioridade legitima ; logo serião excusadas as seguintes : *si modo jus imperandi habuit*, se ellas não designão a competencia, e a legalidade da ordem, e he o que implicitamente se encerra na definição da palavra *jus : ars æqui, et boni* que segundo o pensamento de Vico era entre os Romanos derivada de *jous* antiga palavra Latina, que significava Jove. Era mais huma razão, para que as ordens contrarias á santidade, e pureza de huma origem divina não podessem ser attribuidas ao *jus imperandi*. O *quòd si non habuit* não se póde referir á ordem emanada de hum Poder intruso ; porque o verbo *jussit*, como já vimos, suppõe huma autoridade legitima ; logo refere-se á injustiça, ou illegalidade da ordem, de cuja execução resulta a acção contra o executor. *Cum eo agendum est, qui fecit*.

Em resumo, para excusar a execução dos vicios do commando he necessario, como nos diz o Ict Paulo, o direito da competencia para ordenar, e que a ordem não ultrapasse o circulo das attribuições do commando. *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.* ff. L. 1 ad Edict.

A seguinte, e a segunda lei he de huma clareza, e de huma precisão admiraveis para prevenir os excessos da obediencia passiva, que sob semelhante pretexto não podem ser legalmente es-

cusados : *ad quædam, quæ non habent*, diz o Ict Celsus, *atrocitatem facinoris, vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, obtemperaverint.* ff. L. 157 de reg. jur. Todos os que tem a mais leve noticia da historia do povo rei concordarão com-nosco, que a obediencia passiva do soldado aos seus superiores no estado principalmente de nos-sa civilisação, e costumes, está muito áquem da submissão absoluta, e irresponsavel do escravo Romano a seus senhores ; mas a lei Romana não eximia da responsabilidade criminal o escravo, que para não desobedecer a seus senhores cum-pria as ordens tyrannicas, e sceleratas, que del-les tivessem recebido ; logo toda discussão sobre a obediencia passiva do soldado para o fim de es-tabelecer os limites da superioridade humana, parece-nos, sem resultado para a sciencia, sendo, como he, impossivel especialisar os casos, em que elle deve para os distinguir daquelles, em que não deve executar as ordens superiores.

A obediencia passiva por tanto toda se reduz a não discutir a justiça, ou injustiça, a legalida-de, ou illegalidade da ordem relativa ao serviço militar no interesse da disciplina, e jamais á cega passividade, que malignamente lhe attribuem os ultra-absolutistas no interesse de huma domina-ção estúpida, e brutal, que faz do homem huma besta, ou hum instrumento.

Os Romanos não admittirão, e como será possível admittir hoje, que o soldado, e mesmo o escravo sejam obrigados a obedecer, e executar ordens contrarias aos officios de Religião, de justiça, e humanidade, de que nenhuma lei civil os póde dispensar; porque forão escriptos, e impressos no coração, na consciencia de todos os homens pelo Dedo Omnipotente de seu Autor?

. *Dixit que semel nascentibus*
Auctor
Quidquid scire licet.

Esta maxima, ou antes este consorcio do egoismo com a ignorancia, he theoreticamente huma utopia do Governo absoluto, e huma contradicção pratica do despotismo com as sanguinarias execuções, de que elle se faz hum direito nos casos, em que lhe cumpria antes corrigir seus vicios, e renunciar suas paixões, do que perpetuar pelo terror a miseria, e a degradação de seus subditos. . . qual he o despota dos seculos passados, e do presente, que não pune cruelmente os soldados, que seguem a voz de seus superiores nas revoltas contra a sua autoridade, senão tambem contra as suas tyrannias, ou velleidades? quintão, requintão, e quando não quintão, nem requintão, os deportão barbaramente para nunca mais verem sua patria, seus Penates, e amigos.

Em 1817 leo-se no Campo do Erario hum De-

creto Real, que mandava quintar os dous regimentos de primeira linha desta provincia, que obedecerão a seus commandantes na revolução, que estes fizerão contra a Monarchia ; poucos minutos depois leo-se outro Decreto perdoando-lhes o crime, e a pena decretada no primeiro ; mas commutando-a em degredo para Montevideo, para onde seguirão no mesmo dia quasi asfixiados a bordo de huma fragata, nós, e com alimento tão insalubre, e tenue, de que resultou a morte de alguns ; e os que pela misericordia de Deos chegarão ao porto de seu destino nunca mais voltarão a Pernambuco ! . . . fôra hum nunca acabar, se quizessemos citar exemplos desta natureza na Europa civilisada ! . . . E porque a obediencia passiva os não excusou então do crime da revolta ? . . . porque era esta contra o Poder ; mas quando os soldados se armão ao mando de seus superiores contra a Constituição, e a liberdade do povo, porque os não castiga o Poder, se he que a revolta faz huma excepção da obediencia passiva ? O mesmo Rei, que punio em Pernambuco os soldados em 1817, premiou os soldados, que se rebellarão em Portugal contra a Constituição, e soberania do povo, que elle mesmo tinha jurado. O Governo do Brasil, que deportou mais de tres mil cidadãos, que nenhuma parte tiverão na revolta de 1849 nesta Provincia, deixou impunes os generaes, e soldados,

que se armarão em 1830 no Campo de Santa Anna contra o Monarcha Fundador, e Regenerador deste Imperio. . .

Diga-se, ainda que de passagem, que os ingratos, e ambiciosos, que mais contribuirão para a revolta de 1830 sollicitando o apoio da tropa contra o primeiro Dynasta do universo, são os que hoje explicão a obediencia passiva do soldado, como não ousaria explicar o Authocrata de todas as Russias, nem mesmo o Sultão em Constantino-
pla! . . . Elles, elles mesmos, que deverão ainda hoje povoar as cadeias, e calabouços, occupão os primeiros logares do Estado, e desfructão exclusivamente os seus thesouros ! . . .

Mas digão o que quizerem, e illudão como lhes parecer, estes *sans-culottes* da Monarchia, quando lhes cahe nas mãos o Poder, que o constrangimento moral da obediencia passiva não excusa o soldado, que obedece ao Governo, que o chama para ludibriar a Constituição politica da Nação, e prostituir sob especiosas necessidades as garantias individuaes do cidadão descriptas literalmente no art. 179 das nossas leis fundamentaes, sem o que não ha Constituição, não ha lei, não ha Poder, não ha commando, nem obediencia ; e tudo se reduz ao arbitrio insupportavel de hum Governo satanico, sempre disposto a ferir, e ainda mais perto do abysmo, em que o ha de submergir o seu proprio orgulho, e a sua activi-

dade comprehendedora do que não he possível obter. A obediencia passiva não excusa o soldado, que obedece aos seus generaes contra o Governo legitimo, e estabelecido pelas fórmãs Constitucionaes, nem aos seus commandantes contra os seus generaes, nem aos seus officiaes contra aquelles, e assim por diante ; não excusa o assassinato, o roubo, a injuria, e outros crimes semelhantes, se algum superior houvesse tão indigno de o ser, que o obrigasse a commetter estes attentados. *Non ad ea, quæ ad atrocitatem pertinent.* ff. L. 21.

Nestes casos de nada póde servir, nem mesmo para atenuar o delicto, a excepção do constrangimento moral ; porque a intenção de delinquir prova-se exclusivamente pelo facto, que nenhuma lei, nenhuma razão, nenhum interesse legitimo póde comprehender na obediencia passiva ; antes pelo contrario todas as leis, todas as razões, e todos os interesses legitimos o repellem com a força da convicção, de que he capaz todo ser intelligente. *An dolo quid actum sit ex facto intelligitur.* ff. L. 1 de doli, et metus exceptione. Cod. Civil dos Francezes. art. 1116. E ainda mais saliente o seguinte texto Romano : *prorsus eos non debuisse audiri quidquid allegent. Quis enim dubitat eludendæ poenæ causa ad hoc eos decurrere.* Cod. L. 6 de pænis.

§ 4.

Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria.

Ou o crime he commettido por huma causa superior á previdencia humana, absoluta, ou relativamente irresistivel, ou elle refere-se, posto que remotamente, á moralidade do seu autor, como por negligencia, imprudencia, ignorancia, ou erro vencivel. No primeiro caso a reparação do damno he ainda hum erro maior, he huma presumpção estabelecida em favor do lesado ; mas evidentemente contraria ao direito do ledente, he a *justiça injusta* na bella expressão de Victor Hugo, e huma anthitese bizarra da Jurisprudencia commum. *Casum nemo praestat.* L. 23 ff. de reg. jur.

No segundo caso a responsabilidade civil he huma consequencia mesmo da tenção ordinaria ; porque do exercicio de qualquer acto licito, cujos máos resultados podião ser prevenidos, vem a culpa. *Magna negligentia culpa est.* Paulo, L. 226 de VS., e a culpa define o mesmo Ict : a falta de providencia daquillo, que se podia prover. *Culpam esse, cùm quod diligenter provideri potuerit, non esset provisum.* L. 31 ad Leg. Aquil. A culpa tem diversos grãos, que os

10*

Ictus Romanos dividião em tres classes : *lata, leve, e levissima* : e para calcular com a exactidão possível os diversos grãos de culpa, e fixar religiosamente os seus limites cumpre dar huma distincta noção das especies indicadas com exemplos tirados das mesmas leis Romanas.

Os Romanos tinham em tão grande preço a vigilancia do pae de familias sobre os legitimos interesses de sua casa, como base fundamental de sua existencia politica, que tirarão a divisão de culpa da negligencia, com que poderia elle haver-se sobre os seus deveres domesticos. Alguns ha, que á maneira dos Euclions, como se tivessem mil olhos, não podem dormir, nem estar de animo tranquillo, se não tem cuidadosamente revistado todos os angulos de sua casa. Aquelles que não imitão esta rigorosissima vigilancia, commettem *culpa levissima*. *Si non omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset*, diz o Ict Gaio L. 28 ff. locut. Outros ha tão dissolutos, e negligentes, que nem investigão o estado de sua casa, nem tratão de educar seus filhos, e vigiar sobre a sua familia ; mas passão o tempo em consumir a sua fortuna, e gozar ociosamente della. Aquelles, que imitão a negligencia, e covardia destes, commettem *culpa lata*. *Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt*. Ulp. L. 213 § 1.º e 223 ff. de verb. signif. Ha

finalmente paes de familia frugaes, discretos, economicos sem avareza, generosos sem prodigalidade, vigilantes sem austeridade ; e aquelles, que não seguem a sua vigilancia, e moderação, commettem *culpa leve*. *Nam et siquis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est.* L. 32 ff. depositi.

Copiando os exemplos, e definições do Direito Romano para distinguir os delictos culposos dos dolosos, e casuaes, nós não pretendemos que os effeitos da culpa não possuão em muitos casos exceder a acção reparatoria do damno ; porque a acção criminal póde, e deve no interesse do bem publico cahir sobre aquelles, a quem a lei adverte de prevenir seus erros, e suas faltas por huma diligencia commum a todos, que se encarregão livremente de sua execução. Nestes casos a culpa aproxima-se tanto ao dolo, que implicitamente o comprehende, como bem nos adverte Paulo nas palavras subseqüentes á citada regra—*magna negligentia culpa est*— e são estas : *magna culpa dolus est*. O depositario por sua negligencia, o funcionario publico por ignorancia de suas attribuições, e dos deveres a seu cargo devem ser ambos criminalmente responsaveis pelos males, que da negligencia, ou da ignorancia resultarem. *Idem est eam cognoscere, aut cognoscere debuisse, aut potuisse.* ff. de jur. et fact. ignor. Neste sentido falla o art. 153 desteCodigo.

ART. II.

Posto que os mencionados no Artigo antecedente não possão ser punidos, os seus bens comtudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.

Nós já vimos que os delictos commettidos pelos loucos de todo o genero, e pelos menores de quatorze annos, bem que destituídos da moralidade sufficiente para legitimar huma pena, erão todavia o resultado de sua vontade propria; e ficão por esta razão obrigados á reparação do damno, que com o delicto causarão. *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.* ff. L. 74 de reg. jur. Neste caso tambem estão os que delinquem por imprudencia, negligencia, ou ignorancia vencivel. « Todas as perdas, e todos os damnos, que podem acontecer pelo facto de qualquer pessoa, seja imprudencia, descuido, ignorancia do que se deve saber, ou outras faltas semelhantes, por ligeiras, que possão ser, devem ser reparadas por aquelle, de cuja imprudencia, ou outra falta igual resultou o damno, » diz o sabio, e judicioso Domat no liv. 2.º seccão 4.º nume-

ro 1 (1) He doutrina consagrada por todos os Iets, e seguida por todas as legislações, tirasse, ou não tirasse o delinquente vantagem do seu delicto art. 1148, e 1384 do Cod. Civil dos Francezes.

Mas nós não podemos descobrir a fonte do direito, que obriga á reparação do damno aquelles, que commettem o delicto, de que elle resulta, *violentados por força, ou medo irresistiveis*. Ceder á força para escapar a hum grande, e eminente perigo não he querer, e ainda menos consentir no mal, á que a força nos obriga; por que não ha consentimento sem liberdade, nem liberdade sem o direito de escolha fóra da collição, em que a força nos impõe a necessidade de escolher hum dos dous extremos. O homem collocado nestas deploraveis circumstancias he hum instrumento passivo, cuja imputação, se assim nos podemos explicar, não he maior, que a do instrumento material, que fere. *Nec enim hoc fecit, qui se tueri voluit, cum aliás non posset. Et ita Celsus scribit. L. 3 ff. de in-*

(1) « Les aubergistes, et hoteliers convaincus d'avoir logé, plus de vingt quatre heures, quelq'un qui pendant son sejour, aurait commis un crime, ou un delit, seront civilement responsables des restitutions, des indemnités, et des frais adjugés à ceux à qui ce crime, ou ce delit aurait causé quelque dommage, faute par eux d'avoir inscrit sur leur registre le nom, la profession, et le domicile du coupable. » art. 37 do Cod. Penal da França.

cend., ruina, etc. A legislação Romana era tão contraria á força empregada de qualquer modo, e para qualquer fim sobre tudo, que estava debaixo do dominio das leis, e vigilancia da autoridade publica, que se hum credor tirasse pela força das mãos de seu devedor a somma, que este lhe devia, era aquelle não só obrigado a restituil-a ; mas tambem condemnado a perdela. *Julianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc Edicto non teneri, propter naturam actionis metûs causâ, quæ damnum exigit, quamvis negari non possit in Juliam eum de vi incidisse, et jus crediti amisisse. Vis est, et tunc quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per Judicem reposcit.* Lei 12, e 13 ff. ex quibus causis : Não ha, nem he possivel haver na historia da legislação huma medida mais sabia, e mais previdente para impor aos homens a doce necessidade de ordem, e de moderação no exercicio de seus direitos os mais caros, e os mais exigentes.

Que differença faz na ordem dos crimes, e no systema das reparações o que damnifica no caso de legitima defesa, daquelle, que faz damno *violentado por força, ou medo irresistiveis?* O primeiro, dir-nos-hão, não póde ser obrigado a reparar o damno a aquelle, que por sua aggressão o motivou ; e o art. 11 suppõe o medo, ou a força empregada por pessoa diversa daquella

contra quem o crime foi commettido. Logo, concluimos nós, se a irresistibilidade da força, á que cedeo o violentado, exclue toda moralidade deste, e cahe exclusivamente sobre o violentador, a este, e não a aquelle pertence a obrigação de reparar o damno ; e a solidariedade neste caso seria ainda em proveito do unico criminoso á face da lei : ainda mais, se não obstante a irresistibilidade da força, subsiste a obrigação de reparar o damno, e a reparação só não he devida ao agressor por este unico motivo, ella pertence á sua familia, que não agredio, e tem todo direito ás vantagens, que ao agressor pertencerião, se a reparação lhe fosse devida, e abstrahindo da circumstancia da aggressão, que só póde prejudicar o direito do agressor, dão-se no caso de legitima defesa todas as circumstancias, que são legitimar a acção reparatoria do damno nos casos de *medo, ou força irresistivel*.

Emquanto nos não demonstrarem, que aquelle, que commette hum delicto para salvar-se de huma injusta aggressão, he menos livre do que o infeliz, que obra debaixo do imperio de força maior, e irresistivel, ou que causa hum damno fortuito, sem que lhe fosse humanamente possível prevenir a sua causa, nós sem receio de injusta censura ao art. 11 na sua relação com os dous ultimos paragraphos do art. 10, não cessaremos de dizer : que a força irresistivel, da mes-

ma sorte, que a casualidade absolutamente fortuita, não devem servir menos, do que a necessidade de legitima defesa, para desobrigar o delinquente da reparação civil do damno, se he força irresistivel aquella, á que nos devemos necessariamente submeter, e fortuito absoluto aquelle, que não foi precedido de alguma falta nossa, sem a qual o poderíamos ter prevenido. Caia o damno exclusivamente sobre aquelle, que livremente o adoptou, tal he o que constrangeo a commetel-o pela força, ou por outro qualquer modo lhe deo ser, e jámais sobre o infeliz, que foi huma victima, e não hum sacrificador. Fôra de sobejo para chocar todos os instinctos de humanidade o doloroso espectaculo do paciente, que por não ser mais, do que homem, fosse obrigado á perda de seus bens com todas as consequencias do art. 32 deste Codigo. Não he necessario ser heróe, ou antes não he necessario morrer para não viver obrigado á reparação de hum mal, para que só contribuiu o acaso, ou a força.

ART. 12.

Os loucos que tiverem commettido crimes serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente.

ART. 13.

Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correcção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezeseite annos.

Se os menores de quatorze annos não são comprehendidos na classe dos criminosos, á que titulo se lhes poderá formar a culpa, e ser o menor pronunciado? quaes serão os effeitos da pronuncia? e quem será o competente para julgar a improcedencia da queixa, ou denuncia? Posto que em regra o Juiz só deva chamar ao Pretorio da Justiça criminal o individuo, a quem se imputa hum facto criminoso, podendo ser por elle responsavel, e a lei não julgue criminosos os menores de quatorze annos, nós todavia facilmente concedemos, que a resposta ao primeiro quisito possa ser a excepção estabelecida no artigo, de que actualmente nos occupamos; mas esta resposta será destituida de fundamento, se se não convier, que a denuncia, ou queixa deve ser acompanhada de hum começo de prova do dis-

cernimento do menor na perpetração do crime, de que for accusado ; alias sobre que base será fundada a decisão interlocutoria, que o leva ao Jury ?

Esta questão versa principalmente, não sobre a existencia do delicto, nem sobre quem seja o delinquente ; mas sobre a circumstancia unica, e essencial da intervenção judiciaria no delicto do menor de quatorze annos ; logo o discernimento do menor denunciado faz objecto de huma questão prejudicial á formação da culpa ; mas, sobre que bases poderá o Juiz processante formar a sua convicção á cerca da moralidade reflectida do menor dentro dos limites das formalidades prescriptas para a formação da culpa ? A prova documental, que por ventura possa acompanhar a denuncia, he de huma insufficiencia absoluta para hum negocio, cuja apreciação depende de exames, e investigações especiaes, que não tendo sido formalmente prevenidas pela lei, só podem ser deliberadas pelo Juiz, segundo o que lhe parecer mais conducente á manifestação da verdade. A prova testemunhal reduzida toda á existencia, ou personalidade do delicto, como ordinariamente acontece, não se refere á capacidade intellectual, e moral do delinquente ; e ainda que sobre ella depozerem as testemunhas, se fossem a este respeito interrogadas, os seus depoimentos nenhuma importancia Juridica podem

ter, não só pela razão ácima referida, como por que sendo testemunhas da accusação, não podem servir de prova sobre o ponto capital, e decisivo da criminalidade, (1) sem que deponhão perante outras, por parte da defesa, o que não he permittido na formação da culpa. Em geral a intenção de delinquir tira-se do delicto mesmo. *An dolo quid actum sit, ex facto intelligitur* (2); mas a intencionalidade do menor não póde senão ser derivada da prova do discernimento por meios, e diligencias, que devem ser para esse fim empregadas ; mas que excedem muito o circulo traçado para instrucção de hum processo.

Eis huma difficuldade, que deve ser resolvida

(1) *Eos, a quibus apprehensi, custoditi ve sunt, facile non credi oportet.* Cod. L. 4.^a de quæstionibus. Os Ictes Romanos não querião que o depoimento daquelles, que prendem, ou guardão os criminosos, sem que assim lhes fosse ordenado por autoridade legitima nenhum valor tivesse em Juizo pelo interesse, que tem elles de sustentar a legalidade da prisão a fim de evitarem o labéo de calumniadores, ou interessados na condemnação do preso, ainda mesmo que o réo pertencesse ao numero dos criminosos convictos, e confessos, como se vê da lei anterior, que aqui não copiamos por ser de huma redacção muito extensa. Quem se persuadir de que já sabe tudo em materia criminal, fique antes persuadido de que pouco, ou nada sabe, em quanto não souber esta legislação de huma sabedoria, e previsão, que parecem nascer de huma fonte superior a todas as fraquezas humanas.

(2) ff. L. 1 de doli, et metus exceptione.

pelo Poder Legislativo com todas as precauções, que são de mister para prevenir o arbitrio, e o erro em huma materia, que facilmente se presta a qualquer destes dous inconvenientes.

A prisão, que precede á pena, seria huma violencia flagrante á sociedade, e ao individuo, se não tivesse por fim assegurar-se a Justiça da pessoa do delinquente no caso de ser o crime provado em Juizo definitivo. Esta he a unica circumstancia justificativa da prisão preventiva da pronuncia; mas esta circumstancia parece-nos muito alheia de fundamento nas causas do menor de quatorze annos debaixo, como está, da vigilancia, e direcção de seus paes, ou tutores; além de que os symptomas, que probabilisão o crime na formação da culpa, não podem ser taes, e tão valiosos na questão complicada do discernimento, que o probabilisem igualmente segundo os dados, que póde o Juiz haver em huma instrucção limitada aos recursos legaes da accusação. Só a consciencia do Jury esclarecida pelos debates oraes, e exames, á que nelle se póde escrupulosamente proceder com a presença do réo poderá satisfactoriamente decidir huma controversia, em que os mais vehementes indicios só podem caracterisar a decisão, aonde todos os meios de prova podem ser empregados, e amplamente discutidos. Em nossa opinião por tanto sómente depois da decisão affirmativa do Jury póde o Juiz

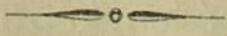
impor ao menor de quatorze annos a pena correccional do art. 13 deste Codigo.

Nenhuma duvida temos, de que o Juiz, a quem for apresentada a queixa, ou denuncia do menor, possa, ou não, pronuncial-o ; porque a pronuncia sem o feito preventivo da correccão legal nenhum damno póde causar apezar da fraqueza, e insufficiencia dos indicios fundamentaes de sua interlocutoria, e serve de hum exame preparatorio, e meios de informação para habilitar o Jury sobre a questãõ do discernimento. E se do exame, e informações, á que tiver procedido, nenhum fundado receio tirar da culpabilidade do menor, ninguem lhe póde contestar a attribuição de proferir a improcedencia da accusação, seja por queixa, denuncia, ou officialidade do ministerio publico.

Pode-se-nos objectar que sendo o discernimento do menor a causa unica de sua criminalidade, a difficuldade da prova na formação da culpa estabelece a competencia exclusiva do Jury para decidir a questãõ do discernimento.

A faculdade de qualquer acto, dizem os Practicos, consiste na faculdade do acto contrario. *Uno concesso, et omnia concessa videntur, sine quibus id explicari non potest* ; logo, quem póde pronunciar, póde não pronunciar, sob pena de ser a pronuncia hum acto material, e necessario ; e neste caso a instrucção do processo do

menor não seria huma formação da culpa, no sentido da lei ; mas huma reunião de peças instructivas, sobre que o juiz nenhuma decisão de-vera proferir. Seria hum Juiz preparador, e não hum Juiz pronunciador, mesmo quando pronunciasse. A lei não limitou a Jurisdicção do Juiz processante nas causas, em que não podesse pronunciar por falta de todos os meios possiveis para o esclarecimento da verdade ; o que disse foi : *quando o Juiz não obtenha pleno conhecimento do delicto, ou indicios vehementes de quem seja o delinquente declarará por seu despacho nos autos que não julga procedente a queixa, ou denuncia ;* alias da mesma sorte, que na causa dos menores, seria o Juiz obrigado a pronunciar em todas as causas, em que elle não podesse obter indicios vehementes do crime, ou de seu autor ; mas o contrario lhe prescreve o art. 145 do Cod. do Processo. A competencia exclusiva do Jury nas causas do discernimento, como em todas as causas, reduz-se a proferir huma decisão final sobre ellas, se lhe são submettidas ; logo se não são, nenhuma usurpação se lhe faz no seu direito de julgar.



CAPITULO SEGUNDO.

DOS CRIMES JUSTIFICAVEIS.

O nosso Codigo chama justificaveis os crimes commettidos em todas as hypotheses do art. 14 ; e bem que não sejam susceptiveis de penas, quando são para evitar mal maior, se os meios para esse fim empregados estão em huma exacta proporção com a natureza, e esforços da aggressão, e nem excedem a medida da resistencia necessaria para a repellir, todavia ainda conservão a denominação de crimes ; porque contém o seu elemento material, e mesmo a intenção de ferir ; posto que innocentada pela collisão. Alguns Criminalistas repellem esta denominação nos casos de legitima defesa, se foi feita *cum moderamine inculpatae tutelae* para apagar toda idéa de mancha, que indirectamente lhe possa ser attribuida, fundados nesta maxima do Direito Romano : *defenso, propriae salutis in nullo peccasse videtur*. L. 3 Cod. ad leg. com. de sicariis. E com effeito se o dolo he da essencia do crime, onde não ha dolo, tambem não póde haver crime.

Não obstante, nós julgamos fundada a deno-

minação estabelecida pelo Código, e julgamos, que só seria justamente accusada a impropriedade do termo designativo dos actos de legitima defesa, se elles apenas commettidos fossem immediatamente acompanhados da prova dos requisitos legaes da resistencia apreciados, e julgados por Juiz competente, e sentença irretratavel; mas se he isto impossivel, não ha razão para que se lhes conteste a denominação, antes que sejam devidamente riscados do livro das culpas.

ART. 14.

Será o crime justificavel, e não terá logar a punição delle:

§ 1.

Quando for feito pelo delinquente para evitar mal maior.

Para que o crime seja justificavel, neste caso, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1.º Certeza do mal, que se propoz evitar. 2.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial. 3.º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

§ 2.

Quando for feito em defesa da propria pessoa, ou de seus direitos.

§ 3.

Quando for feito em defesa da familia do delinquente.

Para que o crime seja justificavel nestes dous casos, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos: 1.º Certeza do mal, que os delinquentes se propositão evitar. 2.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial. 3.º O não ter havido da parte delles, ou de suas familias, provocação ou delicto, que occasionasse o conflicto.

Se as condições estabelecidas no § 1.º deste artigo não regem todas as hypotheses dos paragraphos seguintes, não podemos atinar com a especie, á que ellas praticamente se referem; mas se regem, como nos parece, bastaria para excusal-as acrescentar aos requisitos do § 3.º a terceira condição do § 1.º *probabilidade da efficacia do (meio) que se empregou.* Observamos tambem, que da generalidade dos termos, em que são concebidas estas condições, resulta, que para evitar o furto, ou roubo de huma pequena

quantia, que se me queira fazer a mim, ou a minha familia, tenho direito de matar o ladrão, se tiver certeza do mal, e falta absoluta de outro meio para evital-o; porque a lei he clara, quando diz: *em defesa da propria pessoa, ou de seus direitos — em defesa da familia do delinquente*; e não distingue nem a qualidade dos direitos, nem a natureza dos meios empregados para a defesa.

He verdade que diz o § 1.º *quando for feito pelo delinquente para evitar mal maior*; mas para adoptar este requisito como condição da defesa propria, e da familia do delinquente, occorre-nos a seguinte duvida: que para defesa da propria pessoa, e sua familia a lei exige, que o mal, que se quer evitar, seja *maior* do que o mal, que resulte da defesa, e para defesa da pessoa de hum terceiro basta que o mal da defesa seja igual ao mal, que se pretende evitar; portanto temos, ou huma distincção contradictoria dos verdadeiros fundamentos da legitima defesa entre a hypothese do § 1.º, e a do § 4.º, ou a condição *para evitar mal maior* não se refere á propria defesa, e da familia do delinquente. Para resolver a questão basta a declaração interpretativa de que a hypothese do § 2.º não he exclusiva da segunda condição da hypothese do § 4.º, devendo-se acrescentar á esta — *ou mesmo menor* — nos casos provados de se não poder distin-

guir a natureza do mal, que se nos pretende fazer. Que suppor de hum ladrão, que invade a nossa casa de noite? são poucos os que vem roubar com o designio de matar? e ainda que com este designio não venhão, he raro por ventura que no momento mesmo do roubo tomem a resolução de matar, como hum meio de facilitar a execução, ou para que não deixem testemunhas oculares do delicto?

Estas precauções, que ao Legislador compete tomar no interesse da defesa, e das proporções mais analogas á legitimidade de sua origem, não podem fazer materia da interpretação doutrinal do Juiz, sem que a lei lhe attribua hum poder tão formidavel, que póde tornar illusoria toda legislação nos crimes justificaveis. As declarações do Jury affirmativas, ou negativas dos requisitos dos paragraphos do art. 14 no sentido absoluto de seus termos de pouco, ou nada podem servir para julgar, e decidir segundo o que mais convem investigar, e saber na apreciação da legitima defesa, reduzido, como está o Jury á pronunciar exclusivamente sobre questões de facto, e circunstancias atenuantes circunscriptas á huma enumeração positiva.

As proporções, que os Icts chamão *moderamen inculpatæ tutelæ* reduzem-se aos unicos meios sufficientes para salvar-se o agredido, a fim de que a defesa não tome o caracter de hu-

ma faculdade arbitraria, e destructiva. Estes meios não podem ser limitados por condições estabelecidas *á priori*; porque na desesperada conjunctura de ou perecer ás mãos de hum injusto agressor, ou de aventurar a resistencia possivel, os limites unicos, que a razão, e a consciencia prescrevem, consistem no proposito de não exceder as necessidades da defesa. *Si dolus malus absit, cessat Edictum.* ff. L. 3 de vi bonorum; a vontade por tanto reduzida ao instincto da conservação tem hum direito imprescriptivel a todos, e quaesquer meios de resistencia, sejam, ou não proficuos, e mesmo sem esperanza de successo.

Não he o momento de hum perigo semelhante aquelle, em que o homem póde chamar a razão a conselho para aquilatar a probabilidade da efficacia dos meios. No caso de duvida, e mesmo de simples possibilidade tem qualquer o direito de aventurar o unico meio, que lhe resta para salvar-se de huma injusta aggressão; porque antes empregal-o na incerteza do proveito, do que deixar de o empregar na certeza que da omissão se lhe deve seguir necessariamente o mal, que se propõe evitar. « Todos os Moralistas convém, diz Mably, que nas occasiões, em que o « Magistrado não póde vir em meu soccorro, eu « estou armado de todo meu poder para punir « hum facinora, que me ataca. » « A Justiça,

« diz Rossi, tem tempo para bem examinar, a
 « defesa as mais das vezes não tem. A primeira
 « delibera antes de obrar, a segunda obra im-
 « mediatamente. O direito de defesa no momento
 « de sua acção he hum direito ametade cego. »

Qual o direito, que, durante a luta, tem o
 injusto agressor á sua vida, para que o innocente
 agredido deva antes succumbir aos seus golpes,
 do que defender-se, como poder, não obstante
 a insufficiencia dos meios, e a incerteza do resul-
 tado? Pois o direito, que tenho de tirar a vida
 ao meu agressor na cruel extremidade de salvar
 a minha por este modo, fica moralmente preju-
 dicado pela minha fraqueza, ou exiguidade de
 meios?

Se na hypothese eu nenhum direito tinha
 á resistencia possivel, cessa nella tambem o di-
 reito de conservar-me, e por conseguinte o de-
 ver de a respeitar da parte do meu agressor. Is-
 to suppõe, que os factos regem os principios, e
 não os principios os factos; mas não se podem
 estabelecer como principios factos, que são a ne-
 gação de todos os principios. He o caso de dizer
 com Cicero: *Silent enim leges inter arma, nec
 se expectari jubent: cum ei, qui expectari
 velit, ante injusta poena luenda sit, quam jus-
 ta repetenda.* Pro Milone.

Supponde que Mevio avança sobre Ticio com
 hum punhal, ou huma pistola, e que Ticio não

póde fugir a Mevio não tendo senão o recurso de huma bengalla ; mas que não obstante a inferioridade de seus meios, por hum desses milhares de accidentes, que podem coroar huma resolução precipitada, triunfa de seu agressor matando-o, *quid inde?*

O Jury diria : que houve certeza do mal, que Ticio se propoz evitar, que houve falta absoluta de outro meio menos prejudicial ; mas o Jury não póde sem o terrivel exemplo de hum perjurio escandaloso affirmar, que houve probabilidade da efficacia dos meios. Que fazer o Juiz de Direito ? condemnar a Ticio ás penas de homicidio no gráo que lhe parecesse analogo á circumstancia atenuante da aggressão. E he isto justo ? he isto humano ? mas he isto o effeito deploravel de huma decisão limitada á resposta de hum quisito, cujo *sim*, ou *não* de nada serve para resolver a questão da legitima defesa ; mas se o Jury fosse autorizado a pronunciar sobre a culpabilidade absoluta do réo segundo as inspirações de sua consciencia esclarecida nos debates oraes, seria competente para pôr termo a questão, que versa sobre circumstancias, e detalhes, que se não podem prever, nem prevenir por huma lei.

Os que para conter os excessos do Jury reduzem as attribuições fundamentaes do Juizo do paiz, são semelhantes aos que para evitar o adulterio pretendessem abolir o matrimonio.

Em summa todo procedimento do agredido na extrema difficuldade, em que o suppomos, he antes o resultado de hum sentimento natural ao homem, que suppõe a sua existencia em perigo, do que a observancia desta, ou daquella theoria sobre o direito de defesa. E eis a razão por que todas as legislações modernas, que adoptão a Instituição de Jurados, reservão para a consciencia do Jury a faculdade soberana de conciliar a Justiça da decisão com as circumstancias accidentaes do facto, que nenhuma lei escripta póde invariavelmente calcular sem comprometter as necessidades imprevistas da defesa.

§ 4.

Quando for feito em defesa da pessoa de hum terceiro.

Para que o crime seja justificavel, neste caso, deverão intervir conjunctamente á favor do delinquente os seguintes requisitos: 1.º Certeza do mal, que se propoz evitar. 2.º Que este fosse maior, ou pelo menos igual ao que se causou. 3.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial. 4.º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

Reputar-se-ha feito em propria defesa, ou de hum terceiro, o mal causado na repulsa dos que de noite entrarem, ou tentarem entrar nas

casas, em que alguém morar, ou estiver, ou nos edificios, ou pateos fechados a ellas pertencentes, não sendo casos, em que a Lei o permite.

Nós já vimos, que se a condição do 1.º § não rege as hypotheses antecedentes, he elle sem objecto ; mas se rege, como he provavel, ha pelo menos huma incoherencia palmar, senão huma contradicção evidente com os fundamentos originarios do direito de defesa.

O Direito Canonico pronuncia a irregularidade daquelle, que commettesse hum homicidio em defesa de outrem, mas não considera irregular o que o tivesse commettido em sua propria defesa ; mas esta differença parece antes hum meio preventivo, empregado para corrigir os abusos, que se podem fazer de hum direito tão formidavel sob pretexto de huma necessidade, do que huma ameaça para impedir aquelle, que o tivesse opportunamente exercitado ; porque, fóra da mais stricta collisão, não devemos respeitar menos, do que a nossa, a vida de nossos semelhantes. Corre-nos por tanto igual obrigação de defender a nossa, e a delles.

Da disposição do segundo membro deste paragrapho resulta, que sendo a repulsa dos que entrarem, ou quizerem entrar de dia, ainda que o agredido esteja exactamente nas condições justi-

ficativas dos paragraphos antecedentes, os effeitos de sua resistencia não entrão na ordem dos crimes justificaveis.

O nosso Codigo impõe penas no art. 210 aos que entrarem na casa alheia de dia, fóra dos casos permittidos, e sem as formalidades legaes ; mas esta pena não só não presuppõe a impossibilidade da entrada ; mas tambem não salva o dono da casa dos males, que lhe queira fazer o invasor ; e excluindo o invadido da justificação de legitima defesa não prevenio o genero de resistencia, que lhe he permittido fazer ; por tanto o agredido para se não expor á huma pena, que sómente poderá ser atenuada, deve conservar-se pacifico espectador da invasão de seu azilo, e de todos os soffrimentos, que della se possão seguir, seja, ou não seja o invasor hum assassino de publica notoriedade, hum salteador conhecido, hum inimigo capital, hum homem finalmente de conceito, e costumes taes, que delle se possa com fundamento suspeitar huma invasão premeditada para algum sinistro irreparavel ! . . .

A invasão de dia póde ter os mesmos resultados da invasão nocturna, se for feita em logar distanle dos soccorros publicos, ou particulares, se o invadido se achar em estado de se não poder defender por fraqueza, molestias, inferioridade de armas, se for maior o numero dos concorrentes para a invasão, que o das pessoas, que possão

coadjuvar o agredido, podendo até ser elle o unico, que na actualidade esteja em sua casa. São circumstancias, que não devem escapar á previsão legislativa, e exigem imperiosamente della hum artigo de excepção.

Não desconhecemos que a entrada de noite pondo mais obstaculos á defesa he digna de mais severa punição, como bem nos adverte o exame comparativo do art. 209 com o art. 210, e que a posição do agredido neste caso he mais difficil, e mais perigosa ; mas porque he bem sensivel a differença da posição do agredido de dia, e do agredido de noite, segue-se que este, que se póde deffender de noite, seja obrigado a soffrer de dia hum ataque, hum roubo, hum assassinato, ou huma violencia á pessoa de sua familia? e que no caso de repellir qualquer destes attentados, como lhe for possivel, deva soffrer huma pena pelo mesmo facto, em que a lei o isenta della de noite, se o perigo de dia não foi menor do que teria sido de noite? Esta pena seria de huma injustiça atroz, e não acharia sympathia alguma, nem na consciencia publica, nem na consciencia do condemnado. Ella seria de hum espectáculo afrontoso á humanidade, de hum exemplo terrivel, e detestavel aos olhos do povo, que sente melhor a injustiça, do que todas as conveniencias de huma applicação de lei.

A pena, que a lei impozer ao Cidadão, que

se não conservar em huma passividade tibia, indifferente á perda de sua vida, de sua honra, e de seus bens, he moralmente impraticavel : ella punirá o homem, que tendo força, e coragem para se defender não resiste, por maior que seja a ameaça penal, aos imperiosos instinctos da conservação, e da honra, que delle sollicitão toda resistencia possivel.

Não se póde resistir ao imperio da natureza para não infringir huma lei, que nos constrange contra o que a natureza tem de mais energico, de mais poderoso, e de mais innocente. *Nunquam aliud natura, diz Juvenal, aliud sapientia dixit.* Em materia de legitima defesa nem se podem estabelecer condições *á priori*, nem regras geraes para todos os casos deduzidos de circumstancias indifferentes em certos, e determinados casos. Toda efficacia da punição consiste no paralelo moral do crime com a pena ; por que se a pena excede o valor da acção imprime no commando da lei, que a impõe, o character da força, que lhe dá a applicação.

A Lei das Doze Taboas, como a Lei de Moisés estabelecerão distincções entre o roubo feito, ou tentado de noite, e o roubo feito de dia, não punindo aquelle sómente, que matasse o ladrão nocturno ; mas estas legislações tinham ambas seus fundamentos especiaes.

A primeira fundava-se no interesse, que todos

tomavão pelo desagravo da lei, e segurança individual de cada hum ; porque logo que o Cidadão Romano gritasse pelos visinhos, ou passageiros por esta formula antiga : *Quirites vestram fidem*, ninguem deixava de vir em soccorro do agredido, e o Cidadão, que se furtasse a este dever, tinha huma pena de complicitade negativa.

Não obstante esta providencia salutar, que os costumes primitivos estabelecerão, e a autoridade discricionaria do Pretor a fez religiosamente manter, os Romanos confundião os direitos da defesa diurna com os da defesa nocturna, se o ladrão para se não entregar á prisão resistia com armas de qualquer especie que fosse. Portanto fóra do caso, em que corresse perigo a vida do agredido, a impunidade da morte do agressor seria não huma consequencia, mas hum excesso deploravel do direito da defesa.

A segunda tira a distincção da propria significação de seus termos : *se hum ladrão, diz o Exodo, for surprehendido abrindo a porta de huma casa, ou escalando huma muralha para nella entrar, e morrer das feridas, que neste acto receber, aquelle, que o tiver ferido, não será culpado de morte ; mas se a tentativa for de dia o matador será culpado de homicidio.* Cap. 22, vv. 2, 3.

Já se vê, que a lei Mosaica não pune a morte

do que for ferido na tentativa de roubo nocturno, desviando sempre a intenção de matar ; porque de noite o agredido he mais accessivel ao medo, e o homem perturba-se mais facilmente na occasião de hum ataque imprevisto : seus golpes são dados ao acaso, e o aggressor mesmo no momento da surpresa póde com o favor das trevas ferir, e matar o agredido ; ninguem póde vir em seu soccorro. De dia o caso muda muito de figura na hypothese da lei ; porque a lei falla do surpreendido em huma tentativa. Ora, o aggressor surpreendido em pleno dia não tem provavelmente meios superiores ás forças do agredido, que o surprehende, e o seu delicto flagrante o torna covarde, e digno de compaixão ; além de que surpreendido em huma tentativa ainda nenhum mal tem feito relativamente ao seu projecto criminoso ; logo a effusão de sangue neste caso seria de huma crueldade superflua, e a lei, que a permittisse, estimaria a vida de hum homem ao unico preço da intenção de roubar ; mas o segundo membro do § 4.º falla do que tentar, e do que já tiver entrado, e não distingue o caso da surpresa daquelle, em que o aggressor ainda insiste na resolução de consummar o delicto, tirando em qualquer delles ao agredido o direito de defender-se para se não expor á huma pena immerecida, e grave segundo as necessidades actuaes da defesa.

§ 5.

Quando for feita em resistencia á execução d'ordens illegaes, não se excedendo os meios necessarios para impedil-a.

Este Codigo impõe penas no art. 142 ao Funcionario, que executar ordens, ou requisição illegal, isto he, emanadas de autoridade incompetente, ou destituidas das solemnidades externas necessarias para sua validade, ou manifestamente contrarias ás leis. *Extra territorium jus dicenti impune non paretur*, diz o Ict Paulo ; *Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere*. ff. L. 1 ad Edictum. Ora, se os Funcionarios publicos devem sob ameaça de huma pena resistir a execução de ordens illegaes, não obstante as especialidades da obediencia hyerarchica, com maioria de razão pertence o direito de resistencia a qualquer Cidadão Brasileiro contra quem se pretenda executar huma ordem illegal nos termos do artigo referido, e a unica limitação he a declarada neste paragrapho : *com tanto que não se excedão os meios necessarios para impedil-a*. Tudo, que não he commandado pela lei nos casos, em que só á lei pertence commandar, he o effeito da dominação, e da força ; mas o direito da força, e o direito da resistencia são parallellos. *Nequid au-*

tem per vim admittatur, etiam legibus Juliis prospicitur publicorum, et privatorum, nec non et Constitutionibus Principum. ff. L. 1, § 1, 2. Neste sentido o Cidadão Romano, contra quem se não tivessem satisfeito as formalidades legaes da accusação, tinha o direito de resistir á execução de huma ordem de prisão : *neque sequatur, neque ducatur*, e até de empregar para esse fim toda a força possível, se fosse constrangido a obedecer ; *vim vi repellere licet.* L. 1, ff. de vi.

O § 5.º do art. 18 considera apenas huma circumstancia atenuante do crime, que for commettido oppondo-se o delinquente á execução de ordens illegaes ; mas para que não esteja este paragrapho em contradicção com o § 5.º do art. 14, he necessario suppor que o § 5.º do art. 18 considera a resistencia legal atenuada sómente nos casos, em que ella excedesse os meios indispensaveis para impedir a execução da ordem ; alias a resistencia entraria na classe dos crimes justificaveis.

Não obstante as nossas prevenções politicas, e a doutrina consagrada por todas as legislações, e todos os Iets sem distincção de tempo, nem de systema, ou partido, nós desconfiamos muito do exercicio de hum direito, cuja apreciação fica subordinada á intelligencia daquelle, que tira hum interesse particular da resistencia.

A nossa lei só pune a resistencia com excesso de meios ; mas quem he o Juiz competente para decidir com a exactidão, que exige a imposição de huma pena, sobre o que era bastante, ou excedente dos meios, que por ventura se tivessem empregado em huma luta empenhada entre o executor da ordem, e o individuo contra quem ella foi dada ? quaes serão as testemunhas dignas de fé ? os agentes da execução, ou os co-autores da resistencia ? e quem póde caracterisar o conceito do resistente sobre a quantidade, ou qualidade dos meios a fim de attribuir-lhe a intenção de exceder naquillo, que for julgado excessivo ? porque, se o Cidadão tem o direito de resistir, e he elle o unico Juiz competente dos esforços legitimos para effectivar a resistencia, ninguem póde julgar excesso, o que tal não foi julgado por elle no momento do conflicto, excepto o caso de hum abuso evidentemente provado.

O art. 142 manda punir o Funcionario, que executa huma ordem, ou requisição illegal, e o § 5.º do art. 14 concede a todo Cidadão o direito permissivo de resistencia ; porque nenhuma obrigação lhe impõe de resistir ; mas alguns autores, entre os quaes se distingue Farinacius, erigem a permissão em hum dever. *Privatus non solum impune est resistere Officiali, cum aliquid facit contra jura, imó quod punitur, si non resistit.* Quæst. 32, n.º 88. He a doutri-

na já exposta do Ict Paulo. *Extra territorium impune non paretur.*

Não obstante o espirito de ordem, que preside a todas as maximas, e opiniões de autores tão eminentes, parece-nos que o direito de resistencia he de huma theoria tão verdadeira, quanto a obrigação de resistir de huma pratica funesta. O cidadão, que tem o direito de resistir, não deixará de exercital-o por mais timido que seja, quando a resistencia lhe parecer menos perigosa, que a submissão; mas a obrigação de resistir cria huma collisão evidente: então o interesse de escapar á pena da omissão criando no seu espirito toda sorte de escrúpulos sobre a legalidade da ordem, elle seguirá os conselhos de sua razão prevenida, elle vacillará sobre a escolha, e a legitimidade dos meios de resistencia; e entre a certeza da pena da omissão, e a incerteza da legitimidade da ordem, e dos perigos da resistencia acabará por ceder ás sollicitações do amor proprio, do capricho, de seu temperamento, e do seu orgulho offendido. He o caso de dizer com Phedro: *Periculosum est credere, et non credere.*

Os Sabios Redactores da theoria do Direito Penal (1) fazendo a exposição das decisões contra-

(1) Adolpho Chaveau, e Helie Faustin. Cap. 30 da Rebellião.

dictorias das Côrtes de França sobre o direito de resistencia, e não querendo sancionar por hum principio geral, e absoluto a legitimidade della, fazem huma enumeração de especies, em que a illegalidade da ordem, e a legitimidade da resistencia são de hum caracter, e de huma certeza peremptoria. Esta especificação posto que verdadeira, e fundada será sempre de huma utilidade puramente eventual, se ella não só póde servir de modelo, e direcção para os casos semelhantes ; mas a variedade, e multiplicidade de circumstancias entre os casos, que mais analogos parecem, bastaria para inutilisar os exemplos mais bem escolhidos, a norma mais prudentemente calculada. E as difficuldades da resistencia nada perdem de sua força, se aos casos novos sobrevem circumstancias imprevistas nas especies indicadas. *Modica enim circumstantiæ varietas, dizem os Praticos, totum plerùmque inmutat jus.*

« Para fixar o direito de resistencia, diz Barbeyrac, he necessario distinguir entre as injustiças duvidosas, ou supportaveis, e as injustiças manifestas, e insupportaveis : deve-se soffrer as primeiras ; mas ninguem he obrigado a soffrer as outras. » A duvida, e a supportabilidade de Barbeyrac he tão vaga, e relativa, que não póde fixar huma regra nem mesmo para aquelles, que adoptarem a resistencia de boa fé.

De nenhum peso seria a nossa opinião, se a

quizessemos livremente emittir, dêpois que tão abalisados Escriptores, e profundos Estadistas vacillando entre os interesses da humanidade offendida, e os perigos da lei ultrajada não se atreverão a estabelecer huma regra geral sobre a materia ; ninguem todavia nos poderá accusar com justiça de precipitação, ou vaidade por exprimir hum sentimento da nossa alma ácerca desta difficil, e importantissima questão actualmente agitada (por hypothese) para resolver sobre o que mais convem adoptar no Brasil.

Depois que passou em julgado neste Imperio de *raridades* (1) que se deve obedecer a hum AVISO do Governo, ainda que seja evidentemente contrario á huma lei, e mesmo á huma lei fundamental ; que se deve executar huma ordem, posto que a mais informe, e despotica, e ainda que

(1) Dizemos de *raridades* para o não chrismar com outro nome mais adequado ao que todos sabemos por experiencia. A impunidade dos crimes mais atrozes, e mais conhecidos por aquelles, que menos se occupão de investigal-os, a indifferença para a honra, para o saber, e para o merito na escolha dos agentes da Autoridade publica, a distribuição da Justiça ao mercado, e á mercê do Governo nos crimes politicos, a omissão incalculavel de todos os officios policiaes Judiciarios, ou administrativos, o thesouro das graças aberto para remunerar serviços *particulares*, (*) as graças distribuidas por alguns homens de reputação escandalosa, as eleições á vontade omnipotente dos Minis-

(*) Os factos, que o provão, são bem recentes

emanada de hum Inspector de Quarteirão; que a obediencia passiva he huma necessidade, e toda resistencia huma rebellião; que a lei, que obriga o homem de condição obscura, ou que não pertence ao partido dominante, não foi feita para os homens do partido do Governo, nem para os ricos, e Magistrados de cathegoria superior, posto que de partido diverso; que aquelles, cuja cabeça se parece com a da Cabra de Creta, os assassinos, os ladrões, os peitados, os estupidos podem ser Chefes de Policia, Delegados, Juizes de Direito, Desembargadores, Commandantes Superiores de Guarda Nacional, Commendadores, Dignitarios, Deputados, Senadores, Barões, Viscondes, etc. com tanto que sejam, ou queirão ser do partido do Governo, e muito principalmente se lhe fizerem algum serviço em troco das nume-

tros na Côrte, e por intermedio de seus Presidentes, e agentes policiaes nas Provincias, a força finalmente, o arbitrio, e a vingança, com que o Governo se ostenta em todos os actos de publica administração, são outros tantos motivos, que tornarião perplexo o homem mais tolerante, e mais resignado a soffrer as miserias da fraqueza humana sobre se o Brasil he huma sociedade Civil, ou huma aggregação de individuos, que tivessem convencionado viver debaixo de hum systema contrario a todos os systemas de ordem, e de governo até hoje conhecidos, como huma raça nova com disposições tambem novas para tudo, que repugna com o senso moral, e a consciencia de todo genero humano! Só nos podem contradizer os complices de nossas desgraças, e aquelles, que dellas tem tirado proveito. . . .

rosas quantias, que do thesouro recebem : depois de tudo isto, dizemos nós, não como huma opinião em direito ; mas como hum sentimento, á cuja espontaneidade não podemos resistir : que he mais subversiva a violencia feita a qualquer Cidadão na execução de huma ordem illegal, do que a resistencia mais caprichosa sob o especioso pretexto de legitima opposição ; porque em hum tal estado de cousas a execução ficará impune, e a resistencia será irrevogavelmente punida com excepção daquelles, para quem, como já dissemos, as leis não forão feitas ; e por esta mesma razão a excepção não prejudica os effeitos da impunidade da resistencia.

Se porém considerassemos o Brasil em huma situação diversa, nós sem receio de offender as opiniões dos homens mais competentes para discutir a materia diriamos com toda força de nossas convicções, e de nossa consciencia, que antes soffrer a violencia de huma ordem illegal, do que expor a sociedade, e o individuo aos perigos de huma resistencia premeditada, ou mesmo irreflectida ; porque na hypothese a violencia seria punida ; seus effeitos civilmente reparados, e por esta razão mais rara ; mas a resistencia levada, como póde facilmente acontecer, a hum ponto funesto, além de ser de natureza irreparavel, he de hum terrivel exemplo para a

sociedade inteira, e de hum alcance superior a todos os calculos da previsão legislativa.

§ 6.

Quando o mal consistir no castigo moderado, que os paes derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, huma vez que a qualidade delle não seja contraria ás Leis em vigor.

Ao amor paterno, á prudencia dos mestres se deve abandonar o cuidado de não exceder o castigo moderado, e nunca fazer materia de lei; porque o abuso nestes casos sempre rarissimo he de menos consequencias, do que o exame preciso para distinguir o que he do que não he castigo moderado, para o que devem influir circunstancias, que tendo logar no seio de huma familia, he muitas vezes contra o mesmo decoro, e interesse dellas que se publicquem. Além disto he obvia a difficuldade de proval-as, e ainda mais facil a desordem, que póde apparecer entre os seus membros, salvo o caso de se provar, que o pae, ou que o mestre não por espirito de correccão; mas de injuriar tivessem excessivamente castigado seus filhos, ou discipulos, como bem pensarão os Iets Romanos. *Causá, ut in verbe-*

ribus, quæ impunita sunt à Magistro allata, vel parente quoniam emendationis, non injuriæ gratiâ videntur adhiberi puniuntur cùm quis per iram ab extraneo pulsatus est. Cod. de pœnis. L. 16, § 2.

Temos hum exemplo desta especie na *L. 5.^a § 3.^o ff. ad leg. Aquiliam*, aonde se lê, que hum mestre sapateiro ferindo com huma fôrma a cabeça de hum discipulo, irado por ter este trabalhado mal em huma obra, de que fôra encarregado, julgou-se, que se não dava contra o mestre a acção de injuria; porque ferira com animo de corrigir, e não de injuriar; o que não obstante, ficava sujeito á acção estimatoria do damno, que por ventura lhe tivesse causado pelo excesso do Castigo; porque quando a falta de dolo exclue a pena, a culpa obriga á reparação do damno. *Præceptoris nimia sævitia culpæ assignatur. ff. T. 2.^o L. 6 ad leg. Aquil.*

Quando os paes excedem a medida correccional, que a lei suppõe, provocados pelas proprias faltas dos filhos, deve-se antes attribuir o excesso ao interesse de corrigir os perigos de huma educação desprezada, do que ao grosseiro animo de injuria, ou vingança; porque he incontestavel, que os paes sentem huma dor vehemente, que perturba o seu espirito, se reflectem sobre as consequencias provaveis das más acções de seus filhos, que não são opportuna, e severamente cor-

rigidas nas épocas mais susceptiveis de correccão, e de emenda.

Tanta era a confiança, que as Doze Taboas punhão no amor paterno, que deixarão aos paes o *jus vitæ, et necis* sobre seus filhos, o que não se deve entender no sentido, que lhes fosse permitido tirar caprichosamente a vida a aquelles, a quem a tinhão dado ; porque os Romanos por huma excessiva exaggeração do patrio poder Quiritario tomavão o orgão da creação pelo Creador mesmo. Não. Isto não seria hum direito, mas hum poder immoral, e odioso. Roma nos tempos de sua maior prosperidade repousava inteiramente sobre as virtudes de seus paes de familia, e sobre esta grande lei do amor, e da união, que regia os costumes, e os interesses da patria.

O *jus vitæ, et necis* era a faculdade, que tinha o pae, como juiz domestico dos delictos commettidos pelos filhos, de impor-lhes sem ser necessario recorrer aos Juizes publicos, a pena merecida, e até a capital, quando della se fizessem dignos, visto que ninguem melhor, do que os paes, podia escrupulosamente exercitar este direito. Se temos o exemplo de hum complice de Catilina, a quem seu pae mandou punir com a morte no extremo perigo da republica, temos tambem o de Titus Arius, que condemnou apenas ao exilio a hum filho, que conspirava contra a sua vida.

Mas já desde o estabelecimento do Duumvirato este direito terrível começou a ser modificado dando-se Juizes especiaes aos trahidores á Patria, *perduelli*, até que os costumes publicos nos tempos dos primeiros Imperadores começarão a pronunciar-se decisivamente contra elle, e substituirão a Justiça publica á Justiça individual para manter a uniformidade, e a congruencia da legislação em todas as suas partes ; e isto não tanto por prevenir os inconvenientes de huma autoridade illimitada ; como porque julgou-se em tempos mais illustrados contrario a todos os fundamentos da vida civil, que os particulares exercitassem funcções judicarias, que competem essencialmente ao Poder publico.

Quanto aos escravos he difficil de hem avaliar a sorte destes infelizes debaixo do jugo tyrannico de alguns senhores, que parece que só porque lhes he vedado o excesso do castigo, com que punem as mais ligeiras faltas, ainda são mais cruelmente castigados. Se as leis só permittem hum castigo moderado, os tigres, debaixo de cujo dominio elles vivem, os submettem não a castigo (porque tal nome não merece huma violencia) porém aos tratamentos mais rudes, e atrozes, que póde erigir em castigo a phantasia de hum scelerato.

Quando fomos Juiz de Orphãos em hum dos Termos da Comarca do Rio-Formoso tivemos occasião de observar, que em hum engenho pro-

ximo á Provincia das Alagôas não se pôde proceder á avaliação da fabrica no inventario, que ali fizemos, pelo estado de nudez em que se achava, e das enormes feridas, de que estavam cobertos muitos dos infelizes, que a compunhão ; o que nos foi communicado por huma das pessoas da casa, a quem convinha antes occultar esta circumstancia, do que declaral-a, se a revellação não fosse huma necessidade para não ser constrangido o inventariante a apresental-os. A fome, a nudez, o tronco, os açoutes, são os unicos officios de *caridade*, que com elles distribuem alguns desses Lobos forrados de pelle humana, que se chamão seus senhores. Fazendo-os baptizar julgão ter satisfeito para com os desgraçados escravos todos os officios de Religião, que a Religião, a Moral, e as Leis os obrigão a prestar-lhes.

Muitos perecem nos açoutes, e são enterrados no campo, e outros ficão em estado de não poderem sobreviver a este genero de atrocidade, que por menor que seja, exclue toda idéa de moderação, e de humanidade.

Os Magistrados do paiz não ignorão factos desta natureza ; mas o interesse da indifferença he reciproco. E se alguma alma piedosa leva aos Tribunaes queixa, ou denuncias de semelhantes barbaridades, a improcedencia do Summario he o unico effeito real do julgamento, do que temos exemplos na Cidade do Recife de Pernambuco.

Na opinião de muitos a denuncia em taes casos he huma ameaça, se não hum ultrage ao poder dominical; porque o dominio, segundo elles, he hum *innocente* rival da humanidade, e do caracter imperativo das leis.

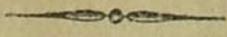
Posto que com horror o digamos, não nos admiramos todavia destes horrores; porque todos por experiencia sabemos, que a educação, os habitos, e os interesses animados pelo indifferentismo dos depositarios da lei são huma fonte inexgotavel de erros, e prejuizos tão graves, e tão funestos, que fazem a respeito de tudo, que se não ama por interesse, huma perfeita degeneração da sensibilidade moral; mas custa-nos a soffrer, que os degenerados disputem aos adoradores de Meca a qualidade de Christãos. Como Christãos, se elles vivem praticamente em huma continua protestaçoão contra as Leis, e a Moral do Divino Fundador do Christianismo? Porque foram baptizados? Erro funesto, e de deploraveis consequencias! . . .

Selvagens, vós do baptismo nada tirasseis, se não o direito de viver na communhão dos fieis, e gozar na vida futura das delicias de Sião, se tiveseis renunciado as pompas de Satanaz, que fazem as doçuras de vosso dominio usurpado. Quantos os que hoje tyrannisaes, que legalmente vos pertencão?

Se não somos competentes para affirmar, nin-

guem nos póde contestar o direito de exprimir hum sentimento, e he': que Deos perdoa toda sorte de peccados ao peccador arrependido ; mas Deos não perdoa aquelles, que flagellão ao seu semelhante sob o falso titulo de senhor. *Eu sou o escravo do Imperador, dizia S. Juliano ao Magistrado, que o interroga ; mas eu sou Christão, e liberto por Jezu Christo.*

Escravos, obedeci a vossos senhores com todo respeito, e sinceridade de vosso coração, não como para agradar aos homens ; mas a Deos ; porque tal he a sua vontade. . . E vós, senhores, tratai da mesma sorte os vossos escravos, lembrando-vos, de que tendes no Céu hum Senhor, que he o vosso, e o delles, e que perante Elle não ha differença de pessoas. S. Paulo aos de Epheso, Cap. 6, v. 5, 6, 7, e 8. Quem tem escravos, e não segue os conselhos, que estas palavras encerrão, não he Christão. E quem os macera com a fome, e os martyrisa com açoutes, he hum pagão como aquelles, que levantavão cruzes, e accendião fogueiras contra os Christãos primitivos.



CAPITULO TERCEIRO.

DAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES, E ATENUANTES DOS CRIMES.

ART. 15.

As circunstancias agravantes e atenuantes dos crimes influirão na agravação, ou atenuação das penas, com que hão-de ser punidos dentro dos limites prescriptos na Lei.

Se são circunstancias agravantes todas as que augmentão a gravidade moral do delicto, he claro, que tornando ellas o crime mais odioso, e mais hostile á sociedade, e ao Cidadão offendido são por este mesmo motivo dignos de mais severa punição.

He impossivel sem duvida entrar no detalhe de todas as circunstancias, que podem distinctamente caracterisar a malicia da acção ; mas se o Legislador he competente para determinar o concurso de circunstancias, que servem para constituir o delicto, he rasoavel que tambem prescreva as que devem servir para estabelecer a medida das penas. He huma prevenção salutar, e humana, cujo maior interesse, senão o unico, he

circunscrever o arbitrio, que póde phantasiar circumstancias em damno do accusado.

Se não houvesse Radhamantos no Pretorium, nós diriamos, que a circunscrição da lei, á excepção de algumas circumstancias extraordinarias, que alterão a natureza dos crimes no conceito de todo genero humano, impede a discriminação das influencias moraes, que podem imprimir na consciencia do Jury os verdadeiros caracteres da criminalidade; mas ha Radhamantos, que seduzem os Jurados, e Jurados, que decidem, como os Radhamantos lhes ordenão, se se trata principalmente do exterminio de seus adversarios politicos. (1)

SECÇÃO I.

ART. 16.

São circumstancias agravantes :

§ 1.

Ter o delinquente commettido o crime de noite, ou em logar ermo.

(1) Não he preciso procurar a prova em outra parte, que no Jury do Recife, nem em épocas anteriores ao anno de 1849.

Esta circumstancia póde ser empregada pelo delinquente a diversos fins, para cuja obtenção ordinariamente contribue o favor das trevas : ou para facilitar a execução material do delicto, ou para subtrahir-se á vergonha de o ter commettido, ou finalmente para difficultar a verificação de sua identidade. Qualquer destes fins não agmenta, nem diminue a moralidade intrinseca do acto. O primeiro he consequencia de huma resolução formada, os dous ultimos são hum supposto, e huma espontaneidade dos instinctos da natureza. Mas todos os Legisladores de accordo tem exagerado a pena dos crimes commettidos de noite pela dupla consideração de pôr obstaculos á defesa, e á vindicta publica. *Persona dupliciter spectatur, ejus, qui fecit, et ejus qui passus est.* Cod. de pœnis, L. 16 § 3.º

§ 2.

Ter o delinquente commettido o crime com veneno, incendio, ou inundação.

A primeira circumstancia he de hum character insidioso, e póde com hum disfarce maligno fazer impunemente hum grande numero de victimas, sem que estas possam advertir, nem mesmo suspeitar a causa efficiente de sua morte. Os exemplos das desgraças, que o veneno tem causado,

tem reclamado em todas as legislações antigas, e modernas providencias especiaes sobre este genero de morte. O veneno era, como nos refere hum Historiador Grego, huma das cousas inanimadas, que tendo contribuido para a morte de alguém, erão transportadas para fóra do territorio d'Attica. Os Romanos attenderão especialmente aos effeitos mortiferos das substancias venenosas qualificando o homicidio com veneno. *Plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio.* Cod. L. 1 de malef. et math. A segunda e a terceira circumstancia são de huma atrocidade tão evidente, como extensiva, e ameaçadora da segurança publica. *In eum iudicium datur, qui ex incendio, ruina, naufragio, rate nave expugnata quid rapuisse, recepisse dolo malo, damni ve quid in rebus dedisse dicetur. Hujus Edicti utilitas evidens, et justissima severitas est.* Cod. L. 1.

§ 3.

Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza.

A reincidencia não he huma simples, e indistincta repetição de crime; mas a repetição de hum delicto da mesma natureza, tendo sido o delinquente pela primeira vez condemnado; por

que se foi absolvido, ou não chegou a ser accusado, fôra estabelecer hum primeiro delicto imaginario para qualificar o segundo. Entre os diversos motivos, porque os Romanos proferião sentenças absolutórias dos crimes, hum era a indulgencia, e neste unico caso a reincidencia moral tinha os mesmos effeitos da reincidencia legal. *Indulgentia quos liberat, notat.* L. ult. Cod. de gener. abol. E ainda devemos advertir, que a reincidencia não póde ter indistinctamente em todos os crimes hum character agravante; porque o individuo por exemplo, que duas vezes tiver feito hum ferimento por ter sido duas vezes provocado com injurias, ou ameaças, e sempre levado por hum movimento de colera para o fim de desagravar-se, ou a pessoa de sua familia não tem patenteado pela segunda vez huma disposição habitual para o delicto; e a agravação da pena nesta hypothese não póde prevenir, nem corrigir a reincidencia, que não he o offeito de hum habito; mas de hum sentimento provocado, e que se póde repetir tantas, quantas forem as vezes da provocação.

§ 4.

Ter sido o delinquente impellido por hum motivo reprovado, ou frivolo.

Aquelle, cujo delicto he revestido desta cir-

cunstancia, não tem direito ás indulgencias legais ; porque prova por seu comportamento maligno, e arbitrario o desprezo, em que tem a religião de seus deveres sociaes. He ordinariamente hum homem de costumes reprovados. *Severius famosi, quam integræ famæ homines puniendi.* Cod. de pœnis, L. 28 § ult.

§ 5.

Ter o delinquente faltado ao respeito devido á idade do offendido, quando este for mais velho, tanto que possa ser seu pae.

Entre os Lacedemonios a idade era hum titulo de respeito, que o mais moço devia ao mais velho. O homem idoso tinha o direito de fazer aos mais moços todas as admoestações relativas ao melhoramento de seus costumes, estranhar-lhes, e corrigil-os, e o mais moço stricta obrigação de ouvir-os, e attendel-os com a obediencia de hum subdito. A idade do offendido deve ser huma circumstancia agravante do delicto ; mas se for este o provocador difficilmente se poderá medir as proporções, com que a provocação poderia ter sido repellida. Isto depende de exames, e investigações, que se não podem prevenir por cathogorias geraes.

§ 6.

Haver no delinquente superioridade em sexo, forças, ou armas, de maneira que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa.

A superioridade de armas não he sempre huma causa necessaria do triunfo; porque outras muitas circumstancias da parte do offendido a podem neutralizar; mas a superioridade em sexo he hum motivo sobejamente legal para agravar a penalidade. O delinquente além de agravar, envilece aos olhos dos mesmos sceleratos a offensa feita á huma pessoa sómente digna por sua fraqueza natural da protecção dos homens, e que tem desde os tempos mais remotos das sociedades humanas merecido por esta razão os cuidados, e a vigilancia especial da autoridade publica.

§ 7.

Haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra, que o constitua a respeito deste em razão de pae.

Esta circumstancia he de huma gravidade enorme, e decisiva da immoralidade do delinquen-

te, e fóra dos casos de legitima defesa, com perigo eminente de vida, a offensa feita aos ascendentes, e mestre, ou outra qualquer pessoa, que constitua o offendido a respeito do offensor na razão de pae, não póde ser modificada por circumstancia alguma atenuante. Os Romanos por huma regra geral comprehenderão na classe dos ascendentes, e patronos tambem os Magistrados. *Labeo ait : personæ atrocior fit injuria, ut cum Magistratui, cum parenti, patrono fiat.* ff. L. 7 de injur.

Tão execravel era o parricidio aos olhos do povo rei, que julgavão o parricida indigno do uso de todos os elementos, e por isso o fechavão dentro de hum sacco de couro, para que entre as angustias da morte não podesse gozar ainda vivo, nem do ar, nem do fogo, nem d'agoa, porque aquelle que deshonra a natureza, não devia gozar dos beneficios della. O seu cadaver era lançado ao mar, ou ao rio. Antes que o fechassem o flagellavão até a efusão de sangue, e com elle envolvião no sacco hum cão, hum gallo, huma vihora, e hum macaco ; porque segundo os prejuizos do seu tempo estes animaes tinhão tendencias para o parricidio : e se o mar, e o rio fossem muito distantes do logar, em que o réo devera expiar o seu crime, prescrevião as leis, que fosse elle queimado vivo, ou lançado ás feras pa-

ra ser por ellas devorado. Vid. ff. L. 1, 9. ad Leg. Pomp. de parricidiis.

Não se póde sem exagerar os fundamentos da superioridade autoritativa confundir as offensas feitas aos ascendentes, mestres, e patronos com as feitas aos superiores, com quanto seja huma circumstancia agravante dos principios de ordem, e distincções hyerarchicas ; mas esta aggravação soffre as excepções reclamadas pelos mesmos fundamentos, sobre que ella repousa. A injuria feita aos ascendentes, mestres, e patronos na razão de pae he sempre enorme, e de hum character indelevel, seja, ou não seja feita em presença delles ; mas não se póde dizer outro tanto da injuria feita ao superior em sua ausencia. *Nam Proetoris in conspectu, an in solitudine injuria facta sit, multum interesse ait ; quia atrocior est quae in conspectu fiat.* L. cit. § 8.

Ninguem póde constituir-se na razão de pae a respeito de outro, senão aquelle, que satisfaz para com elle os officios da paternidade ; por tanto se o tutor hostileza os interesses do pupillo, e abandona a sua educação, não podem as leis tirar da natureza sentimentos de respeito, e de obediencia, que presuppõe a gratidão (o que se nega por hypothese) para o fim de agravar a injuria irrogada pelo menor a hum tutor, que não substitue a seu pae. A obediencia, e veneração, que deve o pupillo ao tutor, não tem huma base

diversa da substituição dos officios paternaes; mas o respeito, obediencia, e veneração, que o filho deve a seu pae, não se funda exclusivamente na gratidão dos beneficios, que lhe deve. A natureza, as leis, e a razão publica commandão imperiosamente a escrupulosa observancia de todos os deveres, que emanão das relações mais doces, e mais intimas da especie humana. Não ha caso, nem circumstancia, que possa dispensar o homem de seus deveres filiaes.

§ 8.

Dar-se no delinquente a premeditação, isto he, designio formado antes da acção de offender individuo certo ou incerto.

Haverá premeditação quando entre o designio, e a acção decorrerem mais de vinte e quatro horas.

A premeditação parece-nos de difficil prova attento o espaço, em que ella pelo menos devera ter começado até a perpetração do delicto, e figura-se antes huma simples contra-posição á circumstancia atenuante dos crimes commettidos no momento da provocação, do que huma qualidade demonstrativa da perversidade do delinquente nos crimes, que ordinariamente se não commetttem sem reflexão, e conselho. Em geral os que

concebem hum projecto criminoso com designio de o executar, só desistem delle, se lhe faltão, ou posteriormente desapparecem os meios da execução projectada. Se o delinquente persevera no projecto concebido, he provavelmente pelo interesse, que delle espera tirar; porque ninguem he tão máo, que o seja só pela razão de o ser; este interesse he o movel da vontade, que o determina a permanecer na sua primeira resolução, e a vontade he hum dos elementos essenciaes do delicto. Não vemos por tanto, que a premeditação dê ao crime hum gráo de malicia, que se não contém nos seus elementos constitutivos. Se o crime não fosse premeditado, seria como de ordinario acontece, movido por alguma circumstancia atenuante, o que faria diminuir o seu valor intrinseco, logo a falta de huma atenuante suppondo provavelmente a premeditação, esta não augmenta, nem diminue a sua culpabilidade, e conserva o crime no estado absoluto, que o facto exclusivamente representa. Nós dariamos mais desenvolvimento a nossa opinião sobre este paragrapho, se não nos parecesse temeridade emittir sem a reputação de sabio idéas oppostas ás prevenções estabelecidas contra a premeditação.

§ 9.

Ter o delinquente procedido com fraude.

A fraude he hum meio de illudir a vigilancia, ou do offendido para não prevenir a defesa, ou de outra qualquer pessoa, a quem incumbe oppor-se, e obstar a realisação do delicto. A fraude debaixo das apparencias de legalidade, ou de huma moralidade fingida favorece o crime commettido contra a verdadeira intelligencia da lei, ou contra os interesses publicos, e particulares, que a lei protege; donde vem, que se tenha feito a capciosa distincção entre a *fraude á lei sómente*, e a *fraude aos individuos*; mas em nenhuma razão plausivel se funda esta distincção para classificar diversamente o delicto frauduloso.

A *fraude á lei* não he menos perigosa, do que a *fraude aos individuos*, e a ordem publica não he menos interessada em punir o crime em hum como em outro caso. A fraude todavia diminue de intensidade, e menos prejudica a reparação do mal, que della resulta, se he exercitada por pessoa incompetente para praticar o acto, sobre que a dissimulação teve logar, se se trata de crimes, á que este genero de fraude póde ter dado origem; porque na hypothese contraria ha hum dever especial de guardar a fé devida nas materias de nossa competencia official, e por consequencia multiplica-se o elemento intencional do delicto, e os seus effeitos materiaes menos susceptiveis de huma prompta reparação são proporcionalmente mais agravantes dos direitos do offen-

dido. *Grave est fidem fallere.* L. 1, ff. const. pecun. Mas se a fraude for indispensavelmente empregada para commetter hum delicto em huma necessidade extrema, não seja ella huma circumstancia exclusiva da indulgencia, que sem offensa da lei se póde conceder ao delinquente.

§ 10.

Ter o delinquente commettido o crime com abuso da confiança nelle posta.

Esta circumstancia torna o crime digno de huma punição exemplar, e he ella huma causa immediata, e facil de atrocissimos crimes. Ella estabelece a incerteza sobre as garantias, que repousão nas relações, que fazem as doçuras da vida domestica, e de toda especie de alianças, que entretêm os deveres da sociabilidade. Que cousa mais infame do que a amizade trahida debaixo das apparencias da amizade? *Siquæ sunt privata, diz Cicero, judicia summæ existimationis, et pœnæ dicam, capitis: fiducia, tutelæ, et societatis. Æque enim perfidiosum, et nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.* Orat. pro Q. Roscio Camaedo. Cap. 6.

§ 11.

Ter o delinquente commettido o crime por paga, ou esperança de alguma recompensa.

A paga, ou a esperança de alguma recompensa he em crimes de certa ordem hum delicto *sui generis*, e delle falla o artigo 130 desteCodigo. Em todos os outros he huma circumstancia, que mais contribue para ignominia do delinquente, do que para agravar o delicto. Não se póde duvidar, de que illude o espirito do homem tudo, quanto concorre para excitar naturalmente o desejo. O desgraçado, sobre quem pesa huma familia numerosa, e cujos trabalhos não chegam para alimentar a seus filhos, se recebeo paga para commetter hum delicto com o unico interesse de prover as suas necessidades, não agravou o delicto por esta circumstancias ; mas he ella tão commum em todos os crimes, que se podem commetter por mandatarios, que se não póde distinguir os casos, em que a necessidade, ou o sordido interesse contribuiu para execução do mandato ; e he menos perigoso agravar o delicto nos rarissimos casos, em que a agravação excedesse a medida proporcional da pena com a moralidade do crime, do que animar por huma atenuante, ou ficar indifferente á huma circumstancia, que póde ser huma fonte de atentados repetidos.

§ 12.

Ter precedido ao crime a emboscada, por ter o delinquente esperado o offendido em hum, ou diversos logares.

A emboscada não contém em si mesma a premeditação legal ; porque esta suppõe 24 horas pelo menos de intenção formada antes da realisação do delicto ; mas ella contém huma premeditação real, cuja certeza o mesmo facto da emboscada anticipa a qualquer especie de prova Judicialia. Nós consideramos a emboscada mais perniciosa relativamente ao agredido, do que á circumstancia da nocturnidade do delicto, e de hum valor subjectivo, que excede a immoralidade da premeditação legal ; porque no primeiro caso a perpetração nocturna não he hum obstaculo invencivel á defesa, e legitima a repulsa da aggressão por meios, que não seriam legitimados de dia. No segundo caso o que a emboscada póde perder por hum espaço mais curto, do que o requerido pela lei para a premeditação legal, augmenta no character insidioso, que as mais das vezes dá aos calculos do crime a certeza do triumpho.

§ 13.

Ter havido arrombamento para a perpetração do crime.

O arrombamento, e a destruição de quaesquer obstaculos á perpetração dos delictos, pessoaes, ou reaes, distinguem o furto do roubo ; mas o § 13 falla exclusivamente do arrombamento ; logo, a excepção desta, as outras circumstancias caracteristicas de hum dos dous crimes comparados não podem ser agravantes dos crimes de diversa natureza do roubo ; porque ellas não são circumstancias agravantes do roubo ; mas elementos da especialidade de hum delicto, e não se póde concluir da circumstancia elementar de hum delicto para agravar a classificação definida dos outros ; porque não seria isto analogia de huma para outra circumstancia, ainda que ella fosse admissivel contra as restricções do Direito Penal ; mas huma classificação arbitraria de circumstancias agravantes.

E para que se não confunda o arrombamento com outros meios, porque se póde reduzir alguém a não defender as suas cousas, o Codigo no segundo membro do art. 270 define o arrombamento : o uso da força, e de qualquer instrumento, ou aparelho empregado para vencer os obstaculos, e neste mesmo artigo suppõe

disjunctivamente outros meios aptos para esse fim diversos das offensas phisicas, e ameaças.

§ 14.

Ter havido entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intento de commetter o crime.

Esta circumstancia refere-se unicamente ao caso provadô da intenção de commetter algum delicto, como textualmente se acha disposto neste paragrapho, para distinguir della as hypotheses, dos artigos 209, e 210 deste Codigo, que fazem da entrada em casa alheia sem o consentimento de seu dono hum delicto *sui generis* pelo unico facto de violar o domicilio do Cidadão. *Lex Cornelia dedit actionem, quod quis domus ejus vi introita sit.* ff. L. 5.^a de injur.

O Cidadão Romano para nenhum fim podia ser violentamente tirado de sua casa; e era reputada como huma violencia feita por hum particular a extradição de hum criminoso por ordem da autoridade publica. *Quia domus tutissimum cuique refugium, atque receptaculum sit, eum que, qui inde in jus vocaret vim inferre videri.* ff. L. 18 de in jus vocando. He o que faz dizer a Cicero: « Não ha nada mais santo, nem mais « digno de hum respeito religioso, do que a ca-

« sa de qualquer cidadão. » *Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam unius cujusque civium domus?* Pro domo. C. 41. O § 7.º do art. 178 da Constituição, e os artigos citados do Código consagrando o mesmo principio fazem a este respeito as limitações reclamadas pela civilização actual.

§ 15.

Ter sido o crime commettido com surpresa.

§ 16.

Ter o delinquente, quando commetteo o crime, usado de disfarce para não ser conhecido.

O disfarce, e a surpresa são de hum caracter pouco mais, ou menos semelhante á fraude, e da differença especifica destas duas circumstancias resulta, que o disfarce, e a surpresa são huma circumstancia menos agravante, do que a fraude, segundo os diversos modos, e meios por que esta póde ser exercitada em damno da sociedade, e do cidadão offendido. Com esta observação passageira nós nos contentamos de provocar o exame comparativo das duas especies em todas as suas relações criminaes. Fique o leitor encarregado desta operação Philosophica.

§ 17.

Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime.

He hum meio empregado para consummar o delicto com mais segurança, segundo as difficuldades, que se lhe oppoem. O conluio póde augmentar a força do delinquente ; mas a força he a base fundamental, e essencial de todos os crimes, cujos effeitos materiaes seguem-se immediatamente, não se póde por consequencia distinguir esta da circumstancia do § 6.º com a excepção referida na observação respectiva. Fóra dos casos de huma provocação atenuante nenhum criminoso ha, que não advirta na necessidade da força para effectivar o delicto.

Os Icts Romanos não tirarão do conluio huma circumstancia agravante ; mas sómente a solidiedade da pena, e da reparação estimatoria do damno, como he expresso na seguinte lei do Digesto : *Si duo, pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est omnes eos furti in solidum teneri : quamvis id contrectare, nec tollere solus posset. Neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos, sed totius rei universos : sic fiet singulos furti teneri.* ff. L. 21 § 9.º de furtis. Mas seja, ou não seja fundada

esta circumstancia agravante, posto que se prove, que o crime foi precedido de ajuste nos termos restrictos do § 14, se o ajuste malogrou-se por não comparecerem as pessoas, entre as quaes foi elle feito, nem póde elle ser huma circumstancia agravante do delicto, se algum dos ajustados singularmente o commetteo, nem punidos aquelles, que não cumprirão o ajuste; se a prova da complicitade não versa sobre outras circumstancias, que contrariem a presumpção de terem abandonado o projecto criminoso; porque *delicta, dizem os DD., non præsumuntur*. A prova de o quererem na occasião do ajuste não prova, que o tenham querido no momento da execução.

ART. 17.

Tambem se julgarão agravados os crimes :

§ 1.

Quando, além do mal do crime, resultar outro mal ao offendido, ou a pessoa de sua familia.

Todas as circumstancias agravantes do art. 17 não podem ser proficuamente discutidas sem entrar em hum detalhe minucioso de influencias

tão fugitivas, e complicadas, que escapão aos proprios conselhos da experiencia. A discussão theorica sobre elles fica muito áquem dos esclarecimentos necessarios para manifestação da verdade. Só a consciencia do Jury poderá reagir com successo contra a multiplicidade, e variedade de circumstancias, e incidentes, com que huma accusação caprichosa póde illudir a razão mais bem preparada para fazer justiça; porque, como diz o virtuoso Pascal, *o coração tem suas razões, que a mesma razão não conhece.*

Quanto ao § 1.º nós julgamos huma circumstancia relativa a todos os crimes commettidos contra hum pae de familia; e se neste caso a Justiça humana não se limita á reparação civil do damno, que soffrem os membros da familia do offendido, tem de punir igualmente a perda das lagrimas, e o soffrimento de todas as affecções moraes, que são huma consequencia inevitavel do amor, e da gratidão, que devemos a aquelles, a quem foi a offensa feita. Que Juiz poderá sahír deste cahos, obrigado, como lhe prescreve a lei, a sondal-o ! . . .

§ 2.

Quando a dor physica for augmentada mais que o ordinario por alguma circumstancia extraordinaria.

O 2.º § he de huma severidade impraticavel ; porque qual o offendido, que interessado na punição de seu offensor não sentirá a sua dor physica augmentada por alguma circumstancia, que não devendo ser ordinaria, fica ao seu arbitrio phantasia-a ! . . . Parece-nos esta circumstancia mais propria para agravar a sorte de hum infeliz, do que para encher a medida da pena.

§ 3.

Quando o mal do crime for augmentado por alguma circumstancia extraordinaria de ignominia.

O § 3.º he mais susceptivel de huma applicação pratica ; porque não he difficil distinguir, o que he, do que não he ignominioso, segundo o que a opinião geral tem estabelecido a este respeito ; mas aqui notamos, que se só he ignominioso, como nos aconselha a razão, e o bom senso, aquillo, que nos póde ser moralmente impu-tavel, em nenhum caso nos póde trazer a ignominia o facto alheio, para o qual não tenhamos concorrido. Se ha ignominia pertence ao autor da injuria, e não ao individuo, que a recebeo. Esta verdade de intima convicção está implicitamente comprehendida nestas palavras do texto

Romano. *Factum cuique suum, non adversario nocerè debet.* ff. L. 55 de reg. jur.

Mas a Lei fazendo da ignominia huma circumstancia agravante do crime relativamente ao offendido favorece em vez de corrigir os habitos, e os prejuizos, que se oppoem á theoria fundamental da honra, e da responsabilidade moral, como nos dictão a reflexão, e a consciencia. O que he a ignorancia, se ella não vem de hum factio digno de manchar a nossa boa fama, e credito? E como esta mancha, se ella nos não pertence por nossas proprias faltas? Nenhuma honra, nem deshonra concebivel, se ambas não são já julgadas por huma razão calculada sobre o seu valor relativo.

A excellencia da Lei de Moisés consiste principalmente, em que a observancia de suas prescripções era o unico typo verdadeiro de todas as virtudes moraes, e sociaes, e a sua transgressão voluntaria punha exclusivamente na frente dos transgressores o ferrete da ignomia, e do desprezo publico. Todas as opiniões estavam concentradas na doutrina da Lei; porque o Legislador dos Hebreos não legislou para os prejuizos, e os erros de hum povo grosseiro; mas para combater, e desarraigal os erros, e os prejuizos de hum povo escolhido.

Se a opinião he fundada nos melhores costumes, a lei a deve animar, e ennobrecer; mas se

he o fructo dos prejuizos, da ignorancia, ou da vaidade humana deve ser directa, ou indirectamente repellida debaixo dos auspicios da lei; logo a ignominia concumitante, ou inherente ao facto delictuoso longe de ser considerada offensiva da reputação do offendido, he huma circumstancia, que envilece a reputação do offensor, e a lei, que pronunciasse a medida das penas neste sentido, teria evitado funestas represalias, que frequentemente se commettem em desaffronta de huma deshonra imaginaria, e accrescentado á pena real do delinquente huma especie de pena moral, que poderia servir para corrigir os homens de certo genero de offensas, que mais concitão, e exagerão a susceptibilidade do offendido e se oppõe ao generoso sentimento do perdão.

§ 4.

Quando o mal do crime for augmentado pela natureza irreparavel do damno.

O § 4.º parece-nos tambem hum excesso na apreciação da justa medida das penas; porque se da natureza do delicto deve derivar a natureza da pena, sempre que for possivel, a pena do crime, cujo mal for irreparavel, da mesma sorte que o damno civil, já he calculada sobre o du-

plo valor desta circumstancia, isto he a indole, e a irreparabilidade do crime.

A pena de morte fôra huma tyrannia insupportavel, se fosse humanamente possivel a resurreição do morto, e pela mesma razão a tentativa podendo não exceder a huma ligeira contusão, a pena de galés perpetuas huma crueldade atroz, e de huma indulgencia excessiva a de ferimento comparativamente julgada. Poder-mehão dizer, que a lei pune na tentativa, não o mal material do delicto; mas a gravidade intencional do delinquente. Mas porque pune, respondemos nós, tão rigorosamente a simples manifestação da vontade, senão porque ella se refere á perda do direito mais importante do homem? E o que he, que mais contribue neste caso para classificar a intenção, e legitimar a quantidade da pena, senão a irreparabilidade da perda?

Não obstante a tendencia geral do Imperador Constantino para diminuir o rigor das penas, que seus antecessores fulminarão sobre certo genero de delictos, a severidade de suas leis sobre o rapto de huma virgem, ou de outra qualquer mulher honesta chega á huma barbaridade desconhecida por todas as leis anteriores, e que excede muito ao horror, que a Igreja Catholica tem aos costumes impuros. Mas donde veio a indignação de Constantino contra o rapto? da

irreparabilidade de hum mal, que traz comsigo o opprobrio da raptada, e de toda sua familia. Donde vem as penas severas, que o nosso Codigo impõe ao rapto de huma virgem, e a violencia, que lhe for feita para fim libidinoso? Da irreparabilidade do mal.

De que serviria, e quem mesmo não clamaría contra estas penas, a não serem de hum character puramente correccional, se fosse possivel reduzir a virgem a hum estado, em que podessem desaparecer os vestigios da injuria, que lhe ficão impressos, a impureza, e a ignominia perpetua do desfloramento? Porque seguindo-se o casamento a lei não incrimina o facto, senão porque o casamento repara todos os effeitos da injuria? *Tanta est vis matrimonii.*

Tirai ao mal moral, ou material do crime a sua indole irreparavel, e vós sentireis que o gráo medio, e mesmo o minimo das penas impostas ao homicidio he de huma severidade absoluta, e de huma incoherencia relativa com muitas penas, que guardão nos crimes, á que se referem, as melhores proporções da theoria penal. A circumstancia por tanto da natureza irreparavel do damno he em nossa opinião huma quitação com usura, que multiplica o valor do credito.

§ 5.

Quando pelo crime se augmentar a afflicção do afflicto.

A quinta, e ultima circumstancia agravante he huma verdade de sentimento, que dispensa a demonstração; mas he huma difficuldade na investigação das provas, que se presta a toda sorte de exigencias de huma accusação caprichosa, e desviada de seus legitimos interesses. Ha no curso da vida particularidades tormentosas, desgostos permanentes, que o homem prudente, ou tolerante só confia aos segredos de seu coração, e outras, que são exclusivamente reservadas ao conhecimento de seus amigos, e protectores. Estas escapão á previsão do delinquente, e augmentão a afflicção do offendido.

Mas se estas, que são as mais frequentes, não entrão na apreciação do delicto, e gradação da pena, a penalidade será comparativamente maior no menor numero de casos, e as circumstancias, que agravão de huma ordem muitas vezes incomparavelmente inferior aquellas, que por occultas, ou imprevistas pelo offensor não poderão ser attendidas.

A excepção daquelles, para quem só os ricos, e poderosos tem direito ás considerações de humanidade, e aos gozos mais ordinarios da vida,

todos sabem por observação, ou experiencia, que o homem pobre vive em huma afflicção continua, mais, ou menos insupportavel. Eis huma circumstancia agravante de qualquer offensa, que lhe for feita, seja rico, ou pobre o offensor; mas que embarços para huma investigação contradicta, que estabeleça a certeza de hum estado, em que a prova da indigencia não seja equivocada, nem illusoria! . . . E se se nos objecta, que a pobreza não entra no numero das circumstancias agravantes do § 4.º, com que direito concluis vós de outras causas, que podem ser, e muitas vezes são menos afflictivas, e de natureza provisoria? Ou vós agravais a pena por huma convicção subjectiva da sensibilidade do offendido na actualidade da afflicção augmentada pelo delicto, ou vós quereis dar hum testemunho do desprezo a que deve ser a miseria condemnada, separando-a das circumstancias estabelecidas para combater a vontade de a fazer mais dolorosa pela offensa.

No primeiro caso he desconhecer a natureza, confundir a paz de espirito, de que goza o homem, cuja subsistencia repousa sobre huma fortuna real com a penuria de hum infeliz, que com o suor de seu rosto, e incessantes fadigas procura os recursos, de que carece, e que muitas vezes lhe fogem, como da mão de Tantalos os fructos da arvore, que Mercurio collocou sobre

a sua cabeça. No segundo caso a distincção seria além de arbitraria, inhumana, e a lei, que a adoptasse, hum privilegio odioso, impopular, e de huma immoralidade evidente. O § 4.º ultimamente tem a desvantagem de exagerar a pena algumas vezes por hum motivo semelhante, ou menos forte, do que outros, que não poderão ser provados no maior numero dos casos, e nem mesmo attendidos sem dar á lei huma extensão, que nenhuma lei, nenhuma regra, nenhuma theoria, e nenhuns esclarecimentos poderião limitar.

SECÇÃO II.

ART. 18.

São circumstancias atenuantes dos Crimes :

§ 1.

Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar.

Nós comprehendemos sem hesitação alguma differença para distinguir o pleno do menos ple-

no conhecimento do mal já quanto á natureza da acção, já quanto a todas as suas consequencias provaveis, ou possiveis. Todos sabem que as nossas leis, assim como todas as leis rasoaveis, punem com penas iguaes o crime do filho contra seu pae, do pupillo contra o tutor, e do discipulo contra seu mestre ; mas todos não sabem a theoria fundamental da igualdade das penas em qualquer destes casos ; mas como o conhecimento do crime, posto que limitado no sentido da lei não exclue a intenção de offender, a lei o pune com a moderação relativa á prova da intencionalidade ; mas se em todos os casos esta circumstancia não basta para atenuar o crime, se se provar, que houve intenção directa de o praticar, porque a lei exige o concurso destas duas circumstancias para o fim de moderar a pena, he do mais alto interesse politico, que nos tres casos figurados a prova de ambas seja tão escrupulosamente discutida, e fundada, que leve á consciencia publica a certeza da evidencia.

A circumstancia do § 1.º do art. 18 he hum correctivo legal a huma applicação rigorosa do principio, que não admite a ignorancia de direito. (1) Este principio, que nas materias civis póde ter toda sua extensão, e resumir pratica-

(1) *Ignorantia excusatur non juris, sed facti. L. 9 ff. de jur. et fact. ign.*

mente todòs os seus corollarios, deve ser em materia penal applicado com hum escrupulo digno da influencia superior, que a moral deve exercer em todas as accões humanas para quaesquer effeitos legaes. Se a necessidade o erigio em huma presumpção legitima, huma boa legislação deve prevenir as reservas, e as limitações, que a humanidade aconselha; porque *summum jus, summa injuria*.

A intenção posto que indirecta não he sempre huma causa necessaria da remissão da pena; porque, como já vimos, a culpa he em varios casos tão excessiva, e de tão perigosas consequencias, que toma o character do dolo. *Magna culpa dolus est*. E neste sentido, se o crime he de indole puramente correccional, a pena lhe póde ser imposta á medida do damno que delle resulta. Se he porém de huma natureza mais grave, atenuado pelo concurso negativo das duas circumstancias deste paragrapho, a pena diminne na quantidade relativa ao pleno conhecimento, e intenção directa de praticar o delicto.

§ 2.

Ter o delinquente commettido o crime para evitar maior mal.

§ 3.

Ter o delinquente commettido o crime em defesa da propria pessoa, ou de seus direitos; em defesa de sua familia, ou de hum terceiro.

O theor destes paragraphos, e do 5.º, e 7.º deste artigo, nenhuma difficuldade offerece sobre a necessidade de os comprehender na classe das circumstancias atenuantes; mas pode-se hesitar, se elles se devem exclusivamente conter nesta esphera nos casos, em que segundo as nossas observações sobre a doutrina do art. 14, e seus paragraphos, podem ser elevados á cathegoria dos crimes justificaveis, não obstante a exigencia precisa das condições nelle estabelecidas. Nós remettemos os nossos leitores para as ditas observações.

§ 4.

Ter o delinquente commettido o crime em desafronta de alguma injuria, ou deshonna, que lhe fosse feita, ou a seus ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos.

Não se póde raciocinar com a possivel exactidão sobre o contheudo deste paragrapho, e do 6.º, e 8.º deste artigo sem fazer innumeras ex-

cepções á generalidade dos termos, em que elles estão concebidos; porque a natureza, e consequencias provaveis, mediatas, ou immediatas da injuria, deshonra, da aggressão, ou provocação póde justificar muitas vezes huma reacção parallela ao direito de legitima defesa. Nem a lei póde prevenir excepções de huma ordem, e de hum caracter todo fortuito, nem a precisão Grammatical de seus termos deve circunscrever a applicação, que possa degenerar em damno da defesa conscienciosamente julgada.

Os Iets Romanos attenderão menos na apreciação das injurias aos movimentos irreflectidos do coração, do que a sua causa, e resultados. *Non tam ira, quàm causa iræ*; porque o melhor pronunciamento sobre a malicia, ou innocencia das acções humanas pertence menos ao dominio da lei, do que á convicção do Juiz. *Ceterùm ea, quæ ex improviso casu potiùs, quàm fraude accidunt, fato plerùnque, non noxæ imputantur.* L. 1. Cod. ad leg. Cornel. de siccariis.

Resta ainda advertir, que se a desafronta da injuria, ou deshonra feita aos *ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos* do delinquente atenúa o crime, que por este motivo fosse perpetrado, a provocação, ou aggressão feita aos consanguineos neste gráo, se não estão textualmente comprehendidos nos paragraphos 6.º, e 8.º, es-

tão incontestavelmente na sua razão, e no seu fim ; porque a palavra injuria he huma expressão resumida de toda sorte de offensas : *aut re, aut verbis*, diz Labeon no T. X. ff. de injuriis ; logo, a provocação, e aggressão, que suppõe huma resistencia instantemente adoptada, mais exigente, e menos reflectida, do que a injuria, ou deshonra anteriormente ao delicto, quando feita aos consaguineos indicados do delinquente, não podem deixar de ser comprehendidas nas circumstancias atenuantes dos paragraphos 6.º, e 8.º *Spectat enim ad nos injuria, quæ in his fit : qui vel potestati nostræ, vel affectui subjecti sunt.* ff. de injur. l. 1. § 3.º. He mais huma razão, além de outras ; porque, diz Boitard : « as circumstancias atenuantes não são previstas, « determinadas, especializadas pelo Legislador, « como são, e como devem ser as excusas. Não « só a lei as não quiz previamente designar ; mas « ella o não poderia fazer sem contradicção. » A contradicção consiste no pensamento do Autor, em que tendo a lei autorisado o Jury para declarar as circumstancias atenuantes, que dependem em cada negocio criminal de detalhes, differenças, e especialidades que se não podem prever, não podia sem ser contradictoria circumscrever as inspirações de sua consciencia ao estreito circulo de especies literalmente designadas, como fez o art. 18 desteCodigo, e a Lei de 3 de

Dezembro, obrigando o Jury a indicar as que fossem por elle reconhecidas.

§ 5.

Ter o delinquente commettido o crime, oppondo-se á execução de ordens illegaes.

§ 6.

Ter precedido aggressão da parte do offendido.

§ 7.

Ter o delinquente commettido o crime, aterrado de ameaças.

§ 8.

Ter sido provocado o delinquente.

A provocação será mais ou menos attendivel; segundo for mais ou menos grave, mais ou menos recente.

§ 9.

Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez.

Para que a embriaguez se considere circumstancia atenuante, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos: 1.º Que o delinquente não tivesse antes della formado o projecto do crime. 2.º Que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime. 3.º Que o delinquente não seja costumado em tal estado a commetter crimes.

Se concorrem em favor daquelle, cujo delicto foi commettido no estado de embriaguez, todos os requisitos deste paragrapho, e além destes o de não ser ella habitual, circumstancia, que não foi prevenida nesteCodigo, o que resta para que seja o crime moralmente imputavel ao delinquente além do uso do licor alcoolico, que o embriagou? Mas se este uso não versa sobre hum acto, de que podesse nascer para hum homem de bons costumes a prevenção, ou suspeita de hum delicto, o que he que determina a idéa do *conhecimento do mal* pleno, ou menos pleno, e *intenção* directa, ou indirecta de o *praticar*, sem o que *não haverá criminoso, ou delinquente?* art. 3.º

Supponhamos dous individuos embriagados, ambos em identicas circumstancias, isto he, na hypothese do paragrapho antecedente; mas tendo o primeiro, e não o segundo, commettido hum delicto na embriaguez. Porque he o primeiro

sómente punido? Porque nem a embriaguez he hum delicto, nem a prova de huma deliberação espontanea para commetter hum delicto; logo no caso, em que a embriaguez for plena, e puramente accidental, e o delinquente embriagado não tivesse antes della projectado o delicto, nem procurado a embriaguez, como hum meio de animar a execução de hum projecto criminoso, evidentemente, quanto a nós, o seu crime deve entrar na classe dos crimes justificaveis, ou por hum rigor de Justiça na ordem das contravenções Municipaes para obrigar os homens á prudencia por meio de ligeiras correccões.

Fóra dos casos, em que a embriaguez seja procurada para levar a audacia á realisação do designio anteriormente formado pelo delinquente, e dissipar os terrores, que cercão a sua consciencia, não se póde presumir, que o homem, que não tem o habito de embriagar-se, quizesse livremente collocar-se em huma situação, que o deshonra; logo he de crer, que dominado pelo attractivo dos licores elle he surprehendido, e cahe insensivelmente na embriaguez pela disposição actual de seu ser, influencia accidental da athmosphera, ou outra qualquer causa independente de sua vontade. Donde vem pois o *pleno conhecimento do mal, e intenção de o praticar?*

De balde se me dirá, que não obstante todas

as razões, que provão contra a vontade de embriagar-se, o delinquente quiz o crime ; porque quiz o uso do vinho, de que resultou a embriaguez, e desta o delicto.

Querer a causa (e huma causa mediata) não he querer o effeito, quando este não he huma consequencia necessaria, e inevitavel daquella. Pode-se querer o uso do vinho, sem que se tenha querido, nem podido calcular as suas consequencias adventicias. E se não, puni o furioso delinquente, se se provar, que o furor he o resultado de algum excesso de sua parte, ou procedente de alguma causa, que elle podera ter anticipadamente corrigido. Puni o pae de familias, que repelle por meios criminosos huma aggressão nocturna dentro dos limites da legitima defesa se se provar, que elle foi agredido por falta da necessaria diligencia, que podera ter evitado a aggressão. O *semel in mense ebriare* não se oppõe, dizem os Moralistas, ao *mens sana in corpore sano*, em que sómente elles considerão o homem isento de culpa ; porque não he raro, que o homem mais prevenido contra a perda de sua razão saia do seu estado ordinario para o estado de embriaguez.

Aquelle, que não premedita o crime, que não antepoz scientemente alguma causa de que elle se possa necessariamente seguir, que o não comprehende, quando o commette, não he hum

criminoso aos olhos da Moral, nem digno de punição na consciencia publica. Talvez que se possam admittir algumas excepções no interesse da segurança publica; mas não de modo, que excedão as medidas correccionaes; mas he iniquo, e revoltante attribuir o character de huma completa moralidade aos delictos commettidos na embriaguez accidental, com as classificações do paragrapho 9.º para lhe impor as penas respectivas considerando-as apenas circunstancias atenuantes.

Mr. Chaveau não contrariando a nossa opinião nas condições, em que a temos collocado, diz, como para dar a razão da severidade, com que algumas legislações punem os crimes commettidos na embriaguez sem attender as distincções reclamadas pelo mesmo interesse da Justiça: « te-
 « me-se dar o character de humá excusa legal a
 « hum facto reprehensivel em si mesmo, e que
 « he sempre difficil de provar-se, e o perigo de
 « legitimar hum habito immoral, e preparar
 « huma excusa para todos os crimes. » E de acordo diz Farinacius: *Ebrius punitur non propter delictum, sed propter ebrietatem.* Quæst. 98, n.º 4. Neste sentido, diz Blascktone: « que a embriaguez, que priva o homem de
 « sua razão, he huma especie de demencia arti-
 « ficial, e hum phrenesi momentaneo, que aos
 « olhos da lei agrava o crime, e o não excusa. »

Alguns criminalistas Inglezes, e entre estes *sir Edouard Coke*, tambem entendem que a embriaguez só serve para tornar mais graves as violencias, que por meio della se commettem. *Omne crimen*, diz o Autor citado, *ebrietas et incendit, et detegit*.

He escusado advertir aos nossos leitores, que quando se trata de fixar hum ponto de direito, que tende mais á moral, e á consciencia do homem, do que á physionomia particular dos povos, nós temos necessidade de recorrer antes ás regras do justo, e do honesto, do que ao exemplo das nações estrangeiras.

Os Legisladores, que não distinguem a embriaguez accidental da embriaguez habitual na classificação dos factos puniveis, esquecem-se de que a ameaça penal não he o que póde desviar o homem honesto, e que não tem o habito de embriagar-se, das causas accidentaes da embriaguez; porque seguro de sua consciencia, e de sua aversão aos crimes, que della tem muitas vezes resultado, elle usa do vinho sem prevenção, sem o menor receio, nem o mais ligeiro pensamento da possibilidade de algum delicto; e pode-se mesmo afirmar, que elle não pensa reduzir-se ao estado, em que possa fazer involuntariamente alguma cousa licita, ou illicita. A razão humana não he tão prodigiosa, que nos preserve com a vantagem de prevenir-nos de todas

as deliberações de nosso espirito, de todas as afecções de nosso coração, de todas as acções, e disposições individuaes, de que se nos póde seguir algum mal, e principalmente os males, que são commummente o effeito de causas sensiveis, predispostas, e intencionaes.

O que póde conter o homem (sempre na hypothese, em que tomamos a questão) no uso moderado das bebidas espirituosas, e tão moderado, que apezar da fraqueza de sua organização não possa alienar o seu espirito, não he o temor de hum perigo material, que elle não prevê, nem previne ; he sim o grande amor da reputação merecida, a vergonha de a perder, e de expor-se á censura, e ao ludibrio dos homens intolerantes. E quantas vezes acontece, que em certas occasiões de regosijo o homem mais discreto, e cauteloso sobre as immunidades do homem de bem nada tenha a receiar desta censura. . . Eis a disposição do Codigo Austriaco sobre o objecto, de que actualmente nos occupamos : *nenhuma acção, ou omissão póde ser reputada crime, quando seu autor estiver em hum estado de embriaguez completo, e accidental ; e neste caso será sómente punida como huma grave contra-venção de policia.* (1) E o Codigo Prussiano re-

(1) Cod. Austriaco part. 1.^a §§ 1.^o e 2.^o, part. 2.^a §§ 3, e 269.

conhece sem distincção, que aquelle, que está privado da liberdade de obrar não he passivel de penas, e que toda infracção procedente de huma privação, ou ao menos de huma restricção na faculdade de raciocinar será punida sómente na razão da gravidade de sua imprudencia, e para fixar theorica, e praticamente os limites da Justiça ultriz accrescenta : que « aquelle, que
 « premeditadamente tiver conseguido por meio
 « de licores espirituosos, ou de outra qualquer
 « maneira privar a outrem do estado de obrar
 « com liberdade, e reflexão, será o responsavel
 « pelas más acções, que este outro commetter
 « neste estado. »

Posto que não devamos, como já dissemos, consultar antes o exemplo das nações estrangeiras do que os instinctos da natureza, e as leis moraes da intelligencia em huma materia sobretudo, que não he incontestavelmente hum *especimen* em nossa legislação, não julgamos todavia indifferente para o exame da verdade a autoridade de duas legislações, que não podem ser suspeitas de inconsideração, ou excesso de indulgencia na repressão dos delictos.

Concorrendo em favor do delinquente todos os requisitos do § 9.º, os crimes perpetrados no estado de embriaguez, accidental, ou habitual, ficão apenas atenuados. Esta doutrina he de huma severidade absoluta, e de huma contradicção

relativa ao espirito de humanidade, e philantropia, sobre que repousão as classificações criminaes estabelecidas na primeira parte deste Codigo.

A nossa opinião não he equivoca sobre a classe, á que devem pertencer os delictos commettidos no estado de embriaguez accidental, se o delinquente se acha nas condições do nosso paragrapho, e só julgamos indigna da atenuação, que elle estabelece, seja, ou não seja habitual, a embriaguez procurada pelo delinquente, como hum meio de o animar á perpetração do delicto ; por que neste caso deve-se reputar o crime hum effeito immediato de sua resolução ; visto que não obstante o espaço, que póde^r mediar entre a resolução, e o delicto, nada temos, que sirva para contrariar a intenção de o praticar ; mas se a embriaguez não foi procurada para hum fim criminoso, ainda que o delinquente tivesse formado antes della o projecto do delicto, a humanidade, e a melhor presumpção de direito reclamão em seu favor a circumstancia atenuante do § 9.º ; porque se entre o projecto formado, e a embriaguez mediou hum espaço, em que o delinquente poderia ter livremente desistido de sua primeira resolução, não se póde sem fazer violencia á razão attribuir exclusivamente o delicto á formação do projecto. He de huma experiencia constante, e nunca contestada, que a embriaguez he huma demencia passageira, e que neste

estado, ou de outra qualquer especie de alienação mental a reminiscencia do homem he prodigiosa, e versa muitas vezes sobre objectos de longa anterioridade, que os suppõe verdadeiros, actualmente existentes, ainda que a muito tivessem desaparecido da memoria do delinquente, e de cuja execução nunca tivesse elle cogitado.

Nada mais facil então, do que realisal-o, se desgraçadamente o assalta o projecto de outr'ora, preocupado da impressão violenta, e energica da embriaguez, que lhe occultando os perigos, e dessipando-lhe a consciencia do mal dá a sua vontade huma força irresistivel, e ao seu animo huma audacia, que só cede aos obstaculos physicos. Tem-se observado, que o calor do vinho, além de surprehender a intelligencia, dá ao embriagado huma coragem, que elle ordinariamente não tem. O embriagado não recúa ao aspecto de hum perigo eminente, elle não teme, e precipita-se com huma obstinação superior a todos os attractivos da vontade. Ora, se nem o amor proprio, se nem o instincto da propria conservação o adverte dos perigos, que o ameaçam, como tirar de sua moralidade, de sua intenção a negativa da circumstancia atenuante do § 9.º neste, e outros casos semelhantes? Se este paragraho não he a cópia de algum original imperfeito, he huma obliteração deploravel das regras da imputação.

Lycurgo querendo inspirar aos Lacedemonios huma profunda aversão á embriaguez fulminou contra ella penas severas, e infamantes, como huma das causas, que podião tornar os homens menos aptos para a guerra ; e huma lei de Charondas igualmente rigorosa, e excessiva punia a embriaguez, ainda que della nenhum crime se tivesse seguido, pela unica razão de embrutecer os homens ; mas distinguindo a embriaguez involuntaria da voluntaria impunha nesta duplicadas penas ; donde se infere, que a dupla severidade da Lei no segundo caso prova, que sómente nelle o Legislador punia com attenção á moralidade do acto, em quanto que no primeiro attendia particularmente a sua natureza intrinseca, e possibilidade de seus resultados. Ora se não obstante o rigor do systema penal dos antigos sempre fundado em seus prejuizos, suas doutrinas, e em toda sorte de distincções, que ennobrecião o seu orgulho, elles distinguirão favoravelmente a embriaguez involuntaria, não póde neste seculo escapar á huma justa censura a severidade do § 9.º

Mas os Legisladores Romanos, cuja Philosophia foi estudada no coração do homem, e na experiencia dos importantes negocios, de que se occupavão estes senhores do mundo, pensarão diversamente sobre a culpabilidade dos actos consequencias da embriaguez. Elles a considerão sempre huma circumstancia atenuante, e os cri-

mes nella commettidos o effeito de huma determinação precipitada, e cega. *Impetu autem qui per ebrietatem ad manus venit.* ff. L. 11. de pœnis. Era sempre huma circumstancia atenuante por mais grave, que fosse o delicto. *Per vinum de lapsis capitalis poena remittitur.* ff. eod. tit. L. 7. E os Imperadores, que mais se enfurecerão contra os crimes de lesa magestade, recommendavão expressamente aos Juizes, que attendessem ao estado mental do criminoso : *et sanæ mentis fuerit.* L. 7. Cod. de pœnis.

§ 10.

Ser o delinquente menor de vinte e hum annos.

Quando o Réo for menor de dezeseite annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impor-lhe as penas da complicitade.

As nossas observações sobre o § 1.º do art. 10 implicitamente comprehendem a circumstancia deste paragrapho com o primeiro e unico membro, de que elle se compõe. A sua doutrina he verdadeira para dar ás penas o valor intencional do delicto ; porque he desconhecer o character contingente da natureza humana, a influencia directa dos costumes, dos climas, e da educação

estabelecer huma época absoluta para fixar os progressos sucessivos da intelligencia. Em quanto dura a minoridade, deve-se muito precaver a questão do discernimento ; porque he facil de observar-se, que huma razão precoce favorece a huns na mesma idade, em que huma razão tardia conserva outros quasi nas trevas da infancia. O nosso paragrapho deixa ao prudente arbitrio do Juiz a decisão relativa ao gráo de penalidade, que se deve impor aos menores, que delinquirem no curso intermediario das duas épocas definidas. *Quæstionis modum magis est Judices arbitrari oportere.* ff. L. 7 de quæst.

SESSÃO III.

ART. 19.

Influirá tambem na agravação, ou atenuação do crime, a sensibilidade do offendido.

Não pretendão os Olygarchas, e os aduladores tirar da disposição deste artigo alguma sensibilidade ficticia em favor dos homens collocados no poder ; porque o que póde interessar á ordem publica a este respeito já foi prevenido no § 7.º

do art. 16. A sensibilidade, de que falla o art. 19, he aquella, de que a natureza fez presente ao genero humano, como são a idade, o sexo, o temperamento etc.

A Lei Judaica isentava as mulheres de algumas obrigações, que impunha aos homens, e de certas penas, a que elles estavam sujeitos attendendo a sua constituição delicada, e fraca. Ha homens, cuja imaginação viva, e ardente occulta a suas vistas os funestos effeitos das paixões, e exagera os prazeres da satisfação, que ellas ardentemente sollicitão. O ancião não póde deixar de sentir mais vivamente a offensa, que lhe for feita por hum Joven, do que se a tivesse recebido de hum homem, cuja idade seja pouco mais ou menos igual á sua, e da mesma sorte o Cidadão virtuoso a respeito do bandalho, que o injuria. Muitos são os exemplos, que poderamos citar sem entrar em detalhes, que desnaturão o sentido da lei.

ART. 20.

As circumstancias mencionadas neste Capitulo deverão ser provadas, e na duvida impor-se-ha a pena no grão medio.

Qualquer circumstancia agravante não basta para levar a pena ao gráo maximo ; algumas ha tão pouco importantes por sua natureza, e resultados, que quasi se podem considerar indifferentes para apreciação da moralidade do delicto, e póde-se dizer, que são textualmente indicadas por hum dever de prevenir, e corrigir tudo, que possa contrabalançar o temor das penas ; mas da doutrina deste artigo resulta que sempre que houver huma circumstancia atenuante em favor do delinquente, a pena não póde exceder o gráo minimo, e mesmo no caso de concorrer com ella alguma agravante, se esta não for tão forte, que se opponha a huma piedosa compensação, ainda tem direito ao minimum da pena ; porque a humanidade requer, que se considere a circumstancia atenuante do modo, que for mais benigno ao accusado, tendo-se principalmente em vistas a relatividade de sua condição, pobreza, molestias, e costumes com os soffrimentos expiatorios. *Leges benignius interpretrandæ sunt, quò voluntas earum conservetur.* ff. L. 18 de legibus.

CAPITULO QUARTO.

DA SATISFAÇÃO.

ART. 21.

O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto.

O damno he a perda positiva, ou negativa, que o offendido soffre no seu patrimonio em virtude da offensa, que lhe fôra feita, e á que os Iets chamão no primeiro caso : *damnum emergens*, e no segundo : *lucrum cessans*. *Qui tabulas, vel cautiones amovet, furti tenetur, non tantum pretii ipsarum tabularum, verum ejus, quod interfuit : quod ad æstimationem refertur ejus summae, quæ in his tabulis continetur : scilicet, si tanti interfuit.* ff. L. 27 de furtis. Este damno ou consiste nos prejuizos materiaes, ou na injuria moral, que affecta as relações, e affeições naturaes do offendido ; *causam agit doloris*, e que em odio ao delicto sempre se resolve em reparações pecuniarias.

O damno debaixo deste segundo ponto de vista deve-se medir pela reputação, de que goza o offendido na sociedade, segundo a natureza da offensa, e a influencia, que ella póde exercitar sobre a sua sensibilidade, e sua consideração futura. O filho pede a reparação do damno, que soffrera pela perda de seu pae ao assassino, que o matou, se o pae era ainda o seu sustentaculo, e de toda familia ; e aqui temos ainda hum interesse material, de cuja perda a reparação he devida ; mas no caso inverso, isto he, se o filho era o que alimentava seu pae já destituido de meios ao tempo de sua morte, alguns criminalistas querem, que mesmo nesta hypothese tem a reparação logar pela lesão, que soffre o filho em suas relações de amor, e reconhecimento dos beneficios, que de seu pae outr'ora recebera ; mas parece-nos, (e ousamos dizel-o com venia de tão abalisados mestres) que he desconhecer a moral do direito substituir pelo dinheiro as affeições, a honra, e todos os sentimentos elevados, e generosos, que honrão, e distinguem a humanidade dos outros seres sensiveis.

Supponhamos que Pedro injuría a Paulo com o nome de *ladrão*. Temos neste caso a reparação da injuria moral, que se ha de converter em dinheiro, de modo que fica sendo o dinheiro hum poder *sobre natural*, que vai dissipar a dor, que esta injuria imprimira no coração de Paulo,

e se não, para que o dinheiro? e se o dinheiro póde ter outro effeito, isto não póde ser senão huma compensação ignobil, que só repara a offensa disvirtuando a sua origem.

Mas a questão não he de palavras, nem de respeitos, e falsas presumpções, que a dependencia, e a lisonja prodigalisão ao ladrão *condecorado*, ou *assassino revestido* das attribuições do commando; a questão he de consciencia, e de verdade, de honra, e de justiça. Ora ninguem ha, que negue ao cidadão virtuoso os titulos, que lhe pertencem, nem que os dê ao homem corrompido, e deshonorado, senão pelo temor dos perigos de huma declaração ingenua; mas se Paulo for realmente hum ladrão? Nós reconhecemos, que a injuria legal deve ser reprimida, se houve da parte de Pedro intenção de injuriar; porque a impunidade seria huma fonte de intrigas, de vinganças, e de animação para toda sorte de injurias; mas á que vem a reparação da injuria moral? Não comprehendemos o que he reparar aquillo que se não perdeo; porque não se perde aquillo, que se não possue.

Supponhamos agora, que Paulo he hum homem honrado, e que sua probidade he geralmente conhecida. Qual he o objecto da reparação moral do delicto? A dor de Paulo não passa de hum movimento de ira, que lhe excita a audacia de Pedro; mas tão passageiro, quanto

he nelle mais constante a consciencia de sua honra, e de sua reputação. O que he, que se pretende reparar neste caso a troco de dinheiro? Nada, e nada. Paulo mesmo vos dirá: puní a audacia de Pedro para sua emenda, e exemplo daquelles, que o quizerem imitar; mas não o obrigueis a reparar-me aquillo, que eu não perdi: a minha honra está illesa, e se eu a tivesse perdido pelo unico facto da injuria, que Pedro me fez, ella não seria reparada pelo seu dinheiro; porque eu accrescentaria á minha perda o opprobrio de a querer reparar por hum modo, que não substitue os predicados da honra, e da boa fama. He o que se tem observado muitas vezes em casos semelhantes.

ART. 22.

A satisfação será sempre a mais completa, que for possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido.

Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes e consequencias.

Este artigo he de huma extrema dureza na sua relação com a sorte de hum infeliz, sobre

quem pesa o direito da reparação. A duvida póde versar sobre a existencia do damno, ou sobre a sua quantidade. No primeiro caso o offendido interessado em suppor o damno, ainda que nenhum tivesse, e no segundo em augmental-o por muito leve, que fosse, póde collocar-se em hum estado, em que a insufficiencia da prova seja pelo menos substituida pelo *caso de duvida*. Que recursos não tem a malicia interessada para levar a hesitação ao mais reflectido arbitramento. . . quem não teria grandes negocios a fazer, grandes interesses a esperar no momento do delicto. . . e que Juiz poderá dizer ao offendido : são falsas as vossas allegações depois dos falsos documentos, que forem na liquidação produzidos. . . a sua consciencia hesitará de admitil-os ; mas a lei lhe impõe a obrigação de approval-os para lhes dar o effeito de verdadeiros. He hum julgamento sem consciencia, ou huma consciencia supposta, mentirosa, e fatal á Justiça commutativa. . .

Os Iets Romanos não comprehenderão o damno além dos lucros cessantes, e damnos emergentes, fosse elle proveniente de delicto, ou quasi delicto. Elles julgavão inextimaveis ás dores, e as affecções do espirito provenientes das feridas, e das injurias moraes, e acrescentavão apenas á reparação estimatoria dos prejuizos materiaes as despezas feitas na cura da enfermidade resultante do delicto com esta differença : que se o delin-

quente no instante, em que he chamado a Juizo confessa o damno, era condemnado *in simplum*, isto he, ao maior valor, que a cousa damnificada, ou destruida podia ter dentro do anno proximo preterito, ou trinta dias antes do delicto segundo os diversos pontos da *Lei Aquilia*, dos quaes Justiniano enumera sómente tres ; mas se pelo contrario negava, e era judicialmente convencido, a condemnação augmentava *in duplum*, em pena da mentira, e da calumnia ; porque a mentira, e a calumnia proferidas em Juizo tinhão o character de hum perjurio, posto que diversamente punido.

Advirta-se que este excesso do valor do damno entrava no calculo da pena nos crimes, cuja repressão consistia toda na multa pecuniaria ; e por isso a acção de damno chamava-se igualmente *actio poenalis* ; mas nem os Codigos, nem os Commentadores do Direito Romano nos fallão do damno *ex delicto* nos casos, em que a pena concorria com o damno por diversas acções, de modo que possamos rasoavelmente attribuir-lhe as mesmas disposições da *Lei Aquilia*.

Se se considera o damno na sua relação como delicto, que o causou, a regra natural, e universal de direito no caso de duvida he decidil-a no sentido, que for mais favoravel ao réo, porque a sua causa he sagrada. *Sacra res est miser, et in poenalibus causis benignius intre-*

pretrandum est. L. 155 ff. de reg. jur. Se se considera no seu character essencialmente civil, he igualmente novo, e extraordinario, que a duvida se resolva contra o devedor ; porque tambem he regra, e regra muito antiga, e verdadeira, que nada se deve permitir ao autor, que não seja permitido ao réo. *Non debet actori licere quod reo non permittitur.* L. 41 ff. de reg. jur. E que no caso de duvida, esta seja resolvida em favor do réo. *Cum sint partium jura obscura, reo favendum est potius, quam actori.* Cap. 11. idem. Considerando ultimamente o damno debaixo da dupla relação civil, e criminal o resultado he o mesmo ; porque debaixo de qualquer das duas relações as regras respectivas no caso de duvida são as supra mencionadas, e todas ellas estutuem o contrario da doutrina do art. 22.

Como que ouço dizer-nos : a severidade, com que a lei prescreve a satisfação do damno, he em odio ao delicto, e de natureza preventiva. Esta resposta não tem nem as apparencias de desculpa. O delicto não he odioso, senão pelo mal, que elle encerra ; mas em troco deste mal vem a pena, não por odio ; o que seria indigno da sociedade, e daquelles, que a representão, mas por huma necessidade da paz, e da segurança publica. Tudo, que excede esta medida, he huma superfluidade cruel : tudo são pretextos ap-

parentemente valiosos, e outros tantos indícios da má fé, e de huma tyrannia calculada; mas a questão não he da pena; a questão he da reparação do damno, e huma reparação em odio he menos hum debito, do que huma extorsão.

Não ha damno por mais leve, que pareça ser, real, ou pessoal, que *avaliado em todas as suas partes, e consequencias*, não possa chegar ao valor do maior de todos os damnos. O rico sofrerá segundo o gráo de sua fortuna hum grande prejuizo, ou a perda total de seus bens por hum delicto, cuja pena não exceda a dous ou tres mezes de captura. O pobre a perpetuidade de sua prizão no caso do artigo 32, ainda que elle tenha, como Nestor, a triplice idade do homem.

A generalidade dos termos: *em todas as suas partes, e consequencias* he de huma comprehensão tão vasta, que exclue as mais fundadas excepções, e os limites mesmo traçados pela natureza das cousas. Seja porém qual for a causa da latitude do texto, a injustiça por descuido não he menos insupportavel, do que a injustiça por tyrannia. He de mister por tanto para não dar á lei huma extensão, que ella não póde comprehender sem absurdo, distinguir as consequencias possiveis das consequencias provaveis segundo a natureza do damno, e seus effeitos ordinarios, e attribuir exclusivamente a estas todo alcance da acção estimatoria.

ART. 23.

No caso de restituição, fazer-se-ha esta da propria cousa, com indemnisação dos deterioramentos, e na falta della, do seu equivalente.

ART. 24.

Se a propria cousa estiver em poder de terceiro, será este obrigado a entregal-a, havendo a indemnisação pelos bens do delinquente.

Estes dous artigos são ambos de direito commum, e nem as difficuldades, que se possuem encontrar na pratica em relação a má fé, e ás exigencias de huma satisfação caprichosa podem prejudicar a razão da theoria. Quando o pedido não he fundado nos calculos da avareza, e ruina do delinquente, estes dous artigos preservão a Justiça de tudo, quanto possa faltar para huma inteira reparação. *Æstimatio periculum facit ejus, qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut æstima-*

tionem, de quâ convenit. L. 1 § 1.º ff. de commod.

ART. 25.

Para se restituir o equivalente, quando não existir a propria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinario, e pelo de affeição, com tanto que este não exceda á somma daquelle.

He isto exigir muito, e principalmente daquelles, a quem não he possivel a satisfação do valor intrinseco da cousa damnificada, ou destruida. O preço de affeição he injusto, sempre que a satisfação resulte de hum quasi delicto, como nos casos dos artigos 10, e 11. E nas cousas de grande valor he injusto em toda especie de satisfação. Elle deve ser limitado a certos casos, e a cousas de certa natureza, como as que interessão mais o amor proprio bem entendido, os vinculos de familia, e as mais intimas relações de amizade.

Ninguém sente bem a gravidade do delicto, senão aquelle, sobre quem pesa o dever de o pagar, e o contempla na sua relação com a fortuna, que tem, ou com a miseria, em que vive. A re-

paração pela Lei de Moisés era hum testemunho de Sabedoria, e de Justiça : ella contém o excesso razoavel, que póde equivaler o preço de afeição nas legislações, que o adoptão. *O Senhor fallou a Moisés, e lhe disse : O homem, que tiver peccado desprezando o Senhor, e negando a seu proximo o que tiver sido confiado a sua boa fé, ou que tiver destruido alguma cousa, ou que a tenha usurpado por fraude, e por dolo, ou que tendo achado alguma cousa perdida, a nega accrescentando-lhe hum falso juramento, ou que tiver finalmente commettido alguma outra falta da mesma natureza, fará inteira restituição de tudo, quanto quiz injustamente usurpar ; e dara mais a quinta parte de seu valor ao seu legitimo possuidor. Levit. Cap. 6, vv. 1, 2, 3, e 5.*

Se a quinta parte da Lei Hebréa não era o preço de afeição da Lei Brasileira, tambem o preço de afeição não he huma necessidade da Justiça, nem o equivalente do valor do damno huma justiça moderada, maximamente avaliado aquelle *em todas as suas partes, e consequencias* com o inaudito predicado de tirar da duvida sobre a verdade do damno, ou da quantia arbitrada a certeza do pagamento. Quantos quererão, se fosse tudo isto praticavel, soffrer alguma injuria, ou lesão physica em troco de huma reparação semelhante. . . Basta que a satisfação seja

completa ; mas o complemento da satisfação não deve depender dos caprichos do offendido, se ella excede visivelmente o seu valor intrinseco, e as vantagens provaveis de seu producto ordinario. He o que excellentemente disse hum Poeta Italiano nestes dous bellissimos versos

*Chi soffre quel, che altrui soffrir ha fatto,
Alla santa Justizia ha sodisfatto.*

ART. 26.

Na satisfação se comprehenderão não só os juros ordinarios, os quaes se contarão na proporção do damno causado, e desde o momento do crime, mas tambem os juros compostos.

Temos no art. 22 satisfação completa, sendo no caso de duvida em favor do delinquente : damno avaliado em todas as suas partes e consequencias. No art. 23 indemnisação dos deterioramentos. No art. 25 preço de afeição equivalente ao preço ordinario da cousa damnificada. E no art. 26 juros compostos além dos ordinarios. O concurso simultaneo de todas estas circunstancias comparado com a disposição

do art. 32 deste Codigo parece antes hum meio estudado para illudir a proporção da pena com o delicto, quando o delinquente for pobre, do que hum remedio civil para a reparação material do damno.

Nos peiores tempos da Republica Romana, e quando a pena pecuniaria era a unica para quasi todos os delictos, os ricos procuravão occasião de infringir as leis só pela grosseira fatuidade de expiar suas faltas com dinheiro. Entre nós elles ficarião dispensados desta especie de gravame, se as nossas leis, como as Romanas então, não exigissem mais. Hoje porém se os Juizes do Brasil fizessem justiça aos pobres, e estivesse em todo seu vigor a observancia pratica dos artigos referidos os miseraveis, que menos conhecem o preço de huma reputação solida, poderião especular por huma provocação bem calculada hum modo de fazer fortuna com os bens de hum rico provocado. . . Quem nos preserva deste mal he a certeza, que tem o pobre de que, qualquer que seja o procedimento do provocado, o menos que se lhe póde seguir da provocação he o deposito da *Praia Vermelha*.

Aqui não ha nem huma igualdade Arithmetica, nem se guardão as proporções Geometricas, podendo acontecer, que para reparar o damno a hum se cause hum damno maior a muitos por toda vida, se os bens do offensor forem tão dimi-

nutos, que não cheguem para huma indemnisação tão excessiva : assim pode-se eternisar a prisão de hum individuo pobre segundo a natureza, ou gravidade do delicto. Se he justo que a reparação Civil chegue ao valor, á que póde ser levado o damno estimado debaixo das multiplices relações do Cap. 4.º, não póde este excesso deixar de entrar no calculo da moralidade do crime sob pena de enormissima lesão, reduzido, como deve ser á acção estimatoria.

Mas este calculo he incomparavelmente superior as operações juridicas, que se devem realizar sobre as quantidades moraes, e materiaes do damno tendo mesmo em vistas a criminalidade de sua origem ; porque o *maximum* da pena, quando devidamente applicado, he o complemento da expiação do crime no sentido mais rigoroso da lei ; e por consequencia expia o menor athmo da immoralidade, de que se resente o damno.

Quando he o crime atenuado, e a pena imposta no gráo minimo, qualquer das circunstancias atenuantes especializadas no art. 18 deste Codigo põe o crime ao nivel da medida penal ; e longe de exagerar a obrigação do delinquente na reparação physica do damno devera antes servir para circunscrever o direito do lesado em todas as proporções de sua influencia directa para o delicto.

O *minimum* da pena nestas pequenas faltas,

á que os homens são quasi inevitavelmente sujeitos bem que muitas vezes por pontos de honra mal entendidos, ou por liações imperceptiveis nas suas paixões he na sua relação comparativa com os prejuizos moraes, e materiaes do delicto de hum character tão simples, e de huma quantidade tão diminuta, que fica muito áquem dos soffrimentos, e penurias resultantes dos effeitos consequenciaes do damno. E além disto collocado o réo nas hypotheses dos artigos 25, e 26 o *minimum* da pena nas ligeiras faltas desaparece de tal fórma, que toda penalidade reduz-se (pode-se dizer) á satisfação do damno.

He isto huma inconsideração deploravel do direito de punir, e que se aproxima dos tempos, em que a multa pecuniaria era o unico meio legal do desagravo da offensa por grave e perigosa, que fosse.

ART. 27.

Quando o crime for commettido por mais de hum delinquente, a satisfação será á custa de todos, ficando porém cada hum delles solidariamente obrigado, e para esse fim se haverão por especialmente hypothecados os bens dos delinquentes desde o momento do crime.

Este artigo está dentro de todas as regras de Direito sobre a acção reparatoria do damno *ex delicto*, ou *quasi delicto*. A seguinte disposição do Direito Romano já citada nos paragraphos antecedentes he hum triumpho completo da Justiça, com que todos os Codigos antigos, e modernos o tem religiosamente adoptado. *Si duo, plures ve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est omnes eos furti in solidum teneri: quamvis id contrectare, nec tollere solus posset: et ita utimur. Neque enim potest dicere pro parte furtum fecisse singulos, sed totius rei universos: sic fiet singulos furti teneri.* ff. L. 6. arb. furt. cæs. p. 59. Na questão de preferencia pode-se neste caso applicar a respeito das hypotheses a mesma regra, que os Icts Romanos estabelecerão a respeito do penhor. *Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est præferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus: quia et privati præferuntur.* Cod. L. 8 de jure fisci. O art. 30 na parte de que se occupa, he huma ratificação solemne do theor da Lei Romana? A sua leitura nos dispensa de os comparar com exame.

ART. 28.

Serão obrigados á satisfação, posto que não sejam delinquentes :

§ 1.

O senhor pelo escravo até o valor deste.

Que o Senhor seja obrigado até o valor do escravo pela reparação do damno por elle causado, se ainda o quer possuir, comprehendemos nós ; porque equivale o mesmo que entregal-o á Justiça publica para todos os effeitos da condemnação : e he esta a unica condição, que póde pezar sobre aquelle, que não foi autor, nem complice, do delicto ; mas dos termos incondicionaes da lei entendidos em hum sentido absoluto, como parece que podem ser entendidos, se collige, que em todo caso a satisfação lhe póde ser exigida, como se o escravo morrer antes da reparação, ou for condemnado á prizão perpetua, ou galés por toda vida.

Confessamos com toda sinceridade de nosso coração, que não podemos atinar com a fonte juridica, donde dimana hum dever, que se não funda nem na natureza das cousas, nem em

alguma relação do senhor com o delicto do escravo, e que toda se apoia no interesse do offendido, que não foi prejudicado por elle, nem por outrem, que a elle se possa referir para a perpetração do delicto. Não póde servir de exemplo a doutrina do art. 11 ; 1.º porque a respeito das pessoas, á que este artigo se refere, nós havemos feito as distincções, que a Justiça natural prescreve, e comprehendemos na classe dos que não podem ser rasoavelmente constrangidos á reparação do damno o senhor do escravo delinquente ; 2.º porque suppondo mesmo que não sejam fundadas as distincções nelle estabelecidas, a generalidade do art. 11 refere-se exclusivamente aos autores do facto material do delicto, cuja reparação lhes pertence por direito Civil. *Quod cuique obligit, id quisque teneat.* Cic. de offic.

Admittido o principio da obrigação reparatoria do senhor pelo delicto do escravo nas hypotheses figuradas he necessario admittir todas as suas consequencias ; logo, se o senhor não possuir além do escravo perdido outros meios de satisfazer o damno até o seu valor, fica sujeito ao disposto no art. 32 desteCodigo. He huma iniquidade, que apenas se póde conceber ; mas não comprehender. As leis de Draco suppoem a personalidade do delinquente. O art. 28 combinado com o art. 32 suppõe a innocencia torturada por hum delicto estranho.

De balde se nos oppõe : que o escravo seria obrigado a reparar o damno material do delicto, logo o senhor, que o desfructa, deve ficar obrigado por elle á acção reparatoria. Esta objecção não póde vir, senão de algum legista inveterado na arte de sophismar a Justiça para salvar a letra da lei. Se os serviços do escravo, respondemos nós, são o fundamento da obrigação do senhor, segue-se, que morto o escravo antes da reparação, ou privado dos serviços por alguma das duas penas indicadas, cessa tambem a obrigação do senhor, salvo se he porque fica este na primeira hypothese sendo considerado herdeiro daquelle ; mas ainda assim fôra huma violencia privar-o do beneficio de inventario, e por consequencia desobrigado, se o escravo nada possue.

A importancia dos serviços, e trabalho do escravo, de que o senhor tem o usufructo illimitado, póde sem duvida exceder em pouco tempo o seu valor segundo a sua idade, e robustez ; mas se o escravo já não existe, ou não póde prestar os serviços, como obrigar o senhor por elles ?

Se o Legista se refere aos serviços prestados anteriormente ao delicto, pretende reparar o damno de hum crime por outro crime muitas vezes incomparavelmente maior ; porque os serviços do escravo antes do delicto são o fructo dos direitos patrimonias do senhor segundo as leis

do paiz, e são compensados (unica limitação legal do dominio) pelos officios de amor, e caridade, que a Religião, a humanidade, e as leis imperiosamente lhe prescrevem.

Ora se a estes serviços nenhum direito tinha o escravo, tambem nenhum direito tem o offendido para com elles satisfazer o seu damno; alias fique o thesouro publico obrigado pelos damnos causados pelo delicto do soldado; porque ninguem dirá de boa fé, que a ridicula quantia do soldo paga os serviços, que faz o soldado na paz, e os perigos, que corre na guerra. Pague tambem o thesouro o damno, que o Juiz de Facto causar com o seu voto proferido por peita, ou suborno, se elle não tiver com que o pague; por que o serviço do jurado he gratuitamente feito a nação.

Se a obrigação do senhor allude á negligencia, ou descuido, que teria em dirigir o seu escravo para o conter na obediencia ás leis, com mais razão deve ser o pae obrigado pelo filho, o Juiz, e o chefe de repartição pelos abusos, e prevaricações de seus subordinados; porque com maior fundamento se podem attribuir os seus crimes á má educação dos paes, e falta de vigilancia dos chefes.

Em conclusão, privar o senhor do valor dos serviços, que o escravo lhe fizera antes do delicto, he hum roubo, porque se lhe faz violencia.

Armatos non utique eos intelligere debemus, qui tela habuerint, set etiam quid aliud, quod nocere potest. L. 9. Cod. de rapt. virg.

Por maior, e mais intençã que seja a vigilancia, e actividade do senhor sobre a conducta de seus escravos, não he possivel conter sempre a todos nos limites do respeito, e obediencia ás leis do paiz, e ás sabias prescripções da moral ; logo tomar por base da reparação do damno semelhante imputação he partir de hum principio falso, de hum dado supposto. *Hoc tamen crimen à Judicibus non in occasionem habendum est, sed in veritate. Nam et personam spectandam esse, an potuerit facere, et an ante quid fecerit, et an cogitaverit. L. 7. Cod. ad leg. Julg. Mag.*

Por tanto o senhor, ainda repetimos, entregando o escravo á Justiça publica para todos os effeitos da condemnação satisfaz a unica condição, que póde sobre elle pesar. E he este hum dos casos, em que a Justiça ultriz não póde reparar completamente o damno material do delicto, devendo-se limitar com a punição do delinquente a offerecer huma garantia para o futuro, e não hum remedio do passado.

A reparação do damno causado pelo delicto do escravo imposta ao senhor era a que os Romanos chamavão : dar a *noxa*, ou *acção noxal* ; mas os Romanos a estabelecerão com a sabedoria

propria dos Legisladores do mundo : o seu effeito era alternado ; porque ou o senhor reparava o damno, ou entregava o escravo em desconto da cousa damnificada. (1) E por mais numerosas, que fossem as especies tiradas da natureza do crime, todas tinham principalmente em vistas o seu autor, *Caput*, e por consequencia o senhor só era obrigado á *noxæ*, se ao tempo da contestação da lide possuia o escravo ; o que não obstante, se o escravo fosse manumittido, era elle mesmo chamado a Juizo para reparar o damno, não noxal ; mas directamente *ex delicto* ; se naturalmente morria o escravo, cessava a *acção noxal* ; porque tinha deixado de existir o autor, *Caput*. *Si ad libertatem proclamaverit, cujus nomine noxale Judicium susceptum est, sustineri debet id judicium, quoad de statu ejus judicetur. Et (sic) siquidem servus fuerit pronuntiatus noxale judicium exercebitur. Si liber, inutile videtur.* ff. L. 42 de noxal. act.

§ 2.

O que gratuitamente tiver participado dos productos do crime até a concorrente quantia.

(1) *Ex maleficiis servorum noxales actiones prodita sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.* Inst. T. 8. de nox. act.

A doutrina deste paragrapho he fundada na seguinte regra do Direito Romano : *Bono, et æquo non conveniat aut lucrari aliquem per alterius damnum, aut sentire damnum per alterius lucrum.* L. 6 § 2 ff. de jur. dot. E para salvar a boa fé dos que tivessem participado inscientemente, e por titulo oneroso diz a lei : *gratuitamente* ; porque aquelles, que de boa fé tivessem participado por compra, ou outra especie de legitimo contracto, mas oneroso, não são obrigados a restituição dos productos ; e esta dispensa do possuidor de boa fé reverte sobre o delinquente, que fica obrigado á reparal-os.

Os Romanos pensarão diversamente mesmo no caso de participação onerosa : se o participante possuia de boa fé restituia sómente os fructos, que existião ; se de má fé, estes, e todos os que delle fossem provenientes ; donde veio a acção *rei vindicationis*. Mas esta acção com quanto pareça muito facil, e natural trouxe algumas difficuldades na pratica ; porque o Autor era não só obrigado a provar o dominio da cousa demandada havido por usucapião, e na falta por justo titulo, e boa fé ; mas tambem que a houvera de legitimo possuidor debaixo das mesmas condições. Para evitar os embarços que huma prova tão extensiva podia causar, e causava muitas vezes á reivindicação do pedido, o Pretor

Publicius creou a acção, que se chamou do nome de seu autor—*Publiciana*.—Esta acção dava-se a aquelle, que perdera, e queria reivindicar a cousa possuida de boa fé, e a justo titulo contra o actual possuidor; e consistia o seu fundamento em huma presumpção *juris et de jure*, isto he, que o reivindicante a tinha havido de legitimo senhor. (1).

Visto que a lei exigia não só a prova do dominio do reivindicante; mas tambem da pessoa, de quem o tinha recebido, foi de mister para se não illudir o direito do lesado no caso de impossibilidade desta segunda prova antes dispensal-a por huma ficção, que não contrariaria a sua legitimidade, do que suppol-a injusta, e impraticavel por huma abolição expressa. Neste sentido dizem os Praticos: que os *Romanos illudião os factos para não illudir a verdade*.

ART. 29.

A obrigação de satisfazer o damno na forma dos Artigos antecedentes, passa aos her-

(1) L. 1 § 1 ff. *si ager vectigalis*. L. 73 § 1.º
L. 74 e 75 ff. *de rei vindicatione* § 4 *Inst. hoc titulo*.
L. 7 § 6. ff. *de Publiciana in rem actione*.

deiros dos delinquentes até o valor dos bens herdados, e o direito de haver a satisfação passa aos herdeiros dos offendidos.

Hum escriptor celebre em seu tratado : *conjecturæ juris*. L. 1. Cap. 7.º explicando a seguinte regra do Direito Romano, em que se funda a disposição do nosso artigo : *omnes actiones rei persecutoriæ, etiam si ex delicto sint, adversus hoeredes dantur*. (1) diz : que posto a acção chamada *condictio furtiva, e rerum anotarum* se dêsse contra os herdeiros do ledente, ellas não erão resultantes de delicto ; mas as palavras da lei *etiam si ex delicto sint* são de huma generalidade, clareza, e precisão, que não podem ser diversamente interpretadas por illações, ou argucias, á que se prestem quaesquer circumstancias especificas das duas accções referidas ; mas seja, ou não verdadeira a opinião de Durissima, o que he certo he que em nenhuma parte do Direito Romano se acha, que as accções civis, que nascem de hum delicto *ex delicto* possessem ser intentadas antes de ser elle irrevogavelmente provado, como he hoje permittido

(1) Além da Lei citada temos outras : *Institutionum*. L. 4. tit. 5.º *de obligationibus, quæ ex quasi delicto nascuntur*. Leg. 11 *de negotiis gestis*. Leg. 24, Cod. *de usuris*. Leg. 8 *ad legem Aquiliam*. Leg. 5ª *si quadrupes pauperum fecisse dicatur*. Leg. 44. *de damno infecto*.

no Brasil sem a menor distincção, pelo art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, que revogou o art. 31 deste Codigo, sem attender ás difficuldades insuperaveis, que resultão de semelhante revogação a respeito da qual fallamos em nossas observações sobre varios artigos do Codigo do Processo, e da Lei de 3 de Dezembro, que já foram publicadas.

ART. 30.

A completa satisfação do offendido preferirá sempre ao pagamento das multas, á que tambem ficarão hypothecados os bens dos delinquentes, na fôrma do Artigo 27.

He verdade que o delinquente pelo crime fere a universalidade dos direitos sociaes, elle fere a sociedade inteira ao mesmo tempo, que lesa hum de seus membros como o objecto, sobre que se realisa a offensa publica. Todavia em muitos crimes, e em todos a respeito dos prejuizos materiaes, a offensa publica he indirecta, e a lesão individual sempre directa, e a lesão directa he por sua natureza mais immoral, e mais ruinosa em suas consequencias.

Desta differença resulta a preferencia da com-

pleta satisfação do offendido ao pagamento das multas, e não, como suppõe certo annotador dos Codigos Francezes, porque o Estado nas multas tem hum ganho: *certat de lucro captando*, e a parte civil quer huma restituição: *certat de damno vitando*. Que ganha o Estado com as multas, que se possa comparar com as despesas que faz para administração da Justiça criminal? E se as despesas são o fundamento das multas, afim de que sendo estas applicadas em objectos de publica utilidade possam estabelecer, quanto he possivel huma compensação daquellas, posto que sempre nimiamente reduzida, como se póde chamar ganho para o Estado as multas, que a Lei impõe aos delictos sobre os despojos do delinquente? As reclamações do lesado são de hum direito sensivelmente apreciavel. A Equidade vem em nome da Justiça estabelecer a preferencia que a lei consagra. *Jus est ars æqui et boni*. L. 1. ff. de just. et jure. Socrates chamou-lhe a *summa* da Justiça, como nos affirma Seneca. Ep. 71.

ART. 31.

A satisfação não terá logar antes da condemnação do delinquente por Sentença em juizo criminal, passada em julgado. Exceptua-se:

§ 1.

O caso da ausencia do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de Acção Civil.

§ 2.

O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de Acção Civil.

§ 3.

O caso, em que o offendido preferir o usar da Acção Civil contra o delinquente.

Este artigo foi revogado, como já vimos pelo art. 68 da Lei das Reformas Judiciarias; mas os inconvenientes, que resultão desta revogação, não seriam menores, nem menos fataes á boa administração da Justiça, quando pela excepção do § 3.º o offendido preferisse usar da acção Civil contra o delinquente nos casos, em que a desistencia do queixoso não póde prejudicar a acção publica.

ART. 32.

Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação.

Esta condemnação porém ficará sem effeito, logo que o delinquente, ou alguém por elle, satisfizer, ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito.

Por occasião de discutir a materia do art. 26 nós ponderamos algumas consequencias, ou antes os males graves, e inevitaveis, que se devem seguir da applicação do art. 32 na maior parte dos casos. Mas quanto dissemos, e poderamos ainda dizer a este respeito, póde assemelhar-se a hum pallido reflexo desses Astros, que apenas descobrem o Céu; mas que não illuminão a terra, se o compararmos com as judiciosas reflexões de hum Moralista profundo sobre as vantagens da Lei Hebraica á legislação destes tempos ácerca do crime de furto, ou roubo. Antes porém de a copiarmos aqui, nós declaramos com toda força de nossa convicção, e de nossa consciencia es-

clarecida por huma longa pratica, que todo effeito da applicação do art. 32 reduz-se ao martyrio da prisão, e jamais a satisfação do damno tão accumulada, como he, por todas as disposições do Cap. 4.º ; que o homem pobre que commetter hum delicto grave, tem de soffrer huma prisão perpetua sem a vantagem da reparação civil. Neste sentido a prisão reparatoria do art. 32 tem todos os caracteres, e todos os vicios, que tão eloquentemente censura o autor, a que nos referimos.

« Não podendo despojar o culpado de hum
 « direito civil igual a aquelle, que elle tem lesa-
 « do, nós o privamos de sua liberdade natural,
 « de hum direito inapreciavel ; e o que era hu-
 « ma excepção, hum mal inevitavel na Lei de
 « Moisés, fez-se huma regra em nossos Codigos
 « modernos. O ladrão não tendo outros bens,
 « senão o tempo, a liberdade, e a vida, nós o
 « privamos da liberdade, e da vida alguma ve-
 « zes. Em todos os casos nós impomos huma
 « pena superior ao delicto sem nenhum interesse
 « da parte lesada. Nós trahimos a nossa cons-
 « ciencia com esta phrase mentirosa : *temos vin-*
 « *gado a sociedade* — A sociedade, diz-se, foi
 « vingada. A sociedade compõe-se de societa-
 « rios. Mas se huma grande parte de societarios
 « fosse repentinamente despojada de seus bens
 « por huma quadrilha de ladrões, bastaria pren-
 « der os criminosos para ter o direito de dizer

« que forão os societarios protegidos? Quando
« a sociedade comprehenderá bem, que o seu
« mandato lhe impõe a obrigação de assegurar a
« a cada hum o gozo de seus direitos?

« Nós despojamos o ladrão de hum direito
« natural para o punir de ter violado o direito
« Civil de outrem: primeira injustiça, que con-
« siste em pôr hum direito inapreciavel, e ina-
« lienavel em logar de hum direito transmissi-
« vel, e que se pôde estimar ao preço d'ouro.
« Nós o privamos deste direito sem algum inte-
« resse da parte offendida, que nenhum provei-
« to tira da prisão do criminoso; e sem vanta-
« gem alguma para a sociedade, que querendo
« punir a injustiça se faz injuria a si mesma, e
« parece-se com os credores, que prendem
« seus devedores insolvaveis com a obrigação
« de os alimentar na prisão. A sociedade em
« ultima analyse se pune a si mesma; porque
« he ella, que constitue, e entretém as prisões,
« he ella, que paga os carcereiros, e a sustenta-
« ção do preso. A parte lesada finalmente tam-
« bem he punida; porque as despezas da prisão
« recahindo sobre o thesouro publico entretido
« pelos societarios, segue-se dahi, que o socio
« lesado nos seus direitos supporta huma parte
« das despezas da detenção do culpado, e que
« este he alimentado, albergado, e vestido em
« parte a custa do mesmo, a quem lesou. »

Da impossibilidade pratica da reparação do damno pela prisão indefinida do delinquente resulta, que se outras são as vistas do art. 32 deste Codigo, estas são em huma multiplicidade de casos, e por mais de hum motivo as suas consequencias necessarias ; por tanto a abolição, ou substituição deste artigo por outro, que possa ser vantajosamente applicado he de hum interesse reclamado pela consciencia publica, e exacta observancia da doutrina do § 18 do art. 179 da Constituição do Imperio.

A segunda parte deste artigo he no seu fundo huma reproducção da primeira ; mas com fugitivas apparencias de hum remedio, que só póde servir para exagerar a dor do infeliz pela certeza de o não poder applicar. Quem não tem para pagar o damno, que resulta de seu crime, não deve nada, e só começa a dever, quando começa a possuir, não pelo modo indicado no art. 32 ; mas por outros modos legaes como elle, porém não como elle tão violentos, e infructiferos. Toda exigencia contra a miseria he sobre ser iniqua, por sua natureza nulla. *Is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.* L. 6. Cod. de dolo malo. E o art. 208 do Cod. Austriaco he huma verdadeira cópia deste excellente original.

TITULO II.

DAS PENAS.

CAPITULO PRIMEIRO.

DA QUALIDADE DAS PENAS, E DA MANEIRA
COMO SE HÃO DE IMPOR, E CUMPRIR.

ART. 33.

Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas Leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, medio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizes se permittir arbitrio.

Alguns Criminalistas pretendem, que em certa ordem de delictos o Legislador deve apenas declarar a natureza da pena; deixando á consciencia do Juiz a liberdade de decidir sobre a sua quantidade segundo as conclusões, que tirar de seus exames, e investigações sobre as causas, e

circunstancias influenciaes do delicto. Outros, que não adoptão esta especie de arbitrio por illimitado, e perigoso, entendem, que se deve discrever hum circulo em toda classe de penas, dentro do qual seja livre aos legitimos orgãos da lei escolher o ponto, em que se deve collocar a malicia da acção para estabelecer proporcionalmente a medida da pena. » As penas tem o seu *minimum*, e o seu *maximum*, diz Jeremias Benthan.

« Ha razões, para que não sejam menores, e ha
 « tambem razões, para que não devão ser maio-
 « res : são os dous lados da questão, que sempre
 « devemos ter em vista, sem propender para
 « hum, nem para outro. »

O grande Benthan não recúa adiante do arbitrio Judiciario em hum objecto, sobre o qual toda apreciação estabelecida *á priori* he fortuita e vã. Elle deduz da indole da penalidade, como de todas as cousas humanas a limitação, que resulta dos dous extremos definidos ; porque a escolha absoluta do gráo da pena no primeiro caso, como a escolha relativa no segundo não he menos hum arbitrio, posto que menor. Se este arbitrio he hum mal, he hum mal inevitavel ; porque qualquer que seja o correctivo adoptado para reprimir as nossas paixões, elle he hum effeito necessario da curteza de nossas idéas, e de nossas previsões.

Esta verdade he hum raio da luz, que reflec-

te deste luminoso pensamento : « Excelente ma-
 « xima na verdade, diz ainda o Escriptor citado
 « (fallando da proporção entre os delictos, e as
 « penas) mas que tem mais de aparato, que de
 « instrucção, huma vez que se reduz a termos
 « geraes : trabalho esteril em quanto não souber-
 « mos, em que consiste huma tal proporção, em
 « quanto não houverem regras, que nos possam
 « encaminhar seguramente na applicação de cer-
 « ta pena a respeito de qualquer delicto, que se
 « póde offerecer. » Não obstante porém esta
 dificuldade tão profundamente apreciada pelo Ict
 Inglez, a regra da proporção da pena com o de-
 licto he de huma necessidade tão patente, de hu-
 ma noção tão clara, e de hum sentimento tão vi-
 vo, e tão commum, que todos a concebem sem
 explicação, nem desenvolvimento. Prescindir
 della he desconfiar da razão, que nol-a ditou, e
 da consciencia, que espontaneamente vella sobre a
 sua observancia.

O nosso Codigo estabeleceo para imposição
 das penas tres grãos, que são no systema ado-
 ptado outras tantas medidas da quantidade do
 mal moral, e material do delicto. O *minimo*, e
 o *maximo* são por assim dizer a circunferencia
 do circulo penal ; mas o *medio* he hum diametro
 fatal á moralidade da pena ; porque nullifica os
 dous espaços do centro, que elle divide : he hum
 obice ao proveito, que se póde tirar de hum exa-

me, e apreciação conscienciosa do crime para não exceder na distribuição das penas o valor, que os delictos tem na estimação publica, e na consciencia do Juiz, que as impõe, he mesmo um obice para medir na balança da Justiça as proporções naturaes entre delictos de differente especie. Quantas vezes o *minimo* he pouco, o *maximo* he excessivo, e o *medio* insufficiente, ou para desagravar a lei sem crueldade, ou para moderar o castigo sem indulgencia? As numerosas circumstancias, que em certos casos acompanhão, ou precedem os delictos obrigão a consciencia do Juiz a aproximar-se mais ou menos do *maximo*, ou do *minimo*, sem querer nem o *maximo*, nem o *minimo*; mas nesta hypothese a lei lhe prescreve hum termo, que he o medio, este medio repellido pelos votos de seu coração, e que não satisfaz as condições da Justiça distributiva.

Que rumo seguirá o Jury, quando o *medio* de dous annos, por exemplo, lhe parecer muito, e o *minimo* de dous mezes muito pouco para annivelar, quanto he possivel, a pena com o delicto? A humanidade o aconselhará, que reconheça alguma das circumstancias atenuantes indicadas no art. 18 deste Codigo, e negue quaesquer agravantes constantes do libello, e das questões propostas pelo Juiz de Direito; porque antes o *minimo*, que reduz, do que o *medio*, que mul-

tiplica a pena, que a sua razão, e a sua consciencia lhe inspira.

Mas se o Jury tivesse o poder discricionario, como pela natureza desta instituição lhe compete, de moderar a pena por esta simples declaração — existem circunstancias atenuantes — como determina o art. 64 da Lei de 3 de dezembro de 1841, e como não quiz o art. 371 do Regulamento de 2 de Fereveiro de 1842; ou se o Juiz de Direito podesse escolher no espaço, que medeia entre o *minimo*, e o *maximo* o termo dos soffrimentos expiatorios do delicto, o remedio contra a insufficiencia da lei nos casos, em que ella não póde ser mais explicita, estaria na mesma lei, e não no arbitrio de illudir a verdade, e negar a evidencia dos factos para não desconhecer a evidencia da Justiça.

Teme-se o arbitrio do Juiz, e a excessiva indulgencia do Jury, e para tudo isto evitar, diz-se, convem regular as provas por huma instrução periodica, e impor as penas por huma applicação gradativa já determinada por lei.

He verdade, reconhecemos nós, que o arbitrio mesmo exercitado com a melhor boa fé não he isento de perigos, e principalmente em tudo que não cahe debaixo dos nossos sentidos, ou sobre que a nossa razão se decide por indicios, e conjecturas. *Signa vero efficiunt alia quidem opinionem, alia vero scientiam.* Aristoteles

in Rhet. ad Alex. Cap. 13. Mas se a faculdade do Juiz he hum arbitrio, que outra cousa he, ou póde ser a prescripção da lei? Se a lei fosse sempre a voz da razão, e da verdade, fôra melhor prescrever em cada huma das especies criminaes o unico gráo de pena, do que confiar ao discernimento do Juiz a escolha legal de hum dos tres gráos definidos. Todas as deliberações humanas tem seus inconvenientes, e a melhor he aquella, que menos inconvenientes tiver.

Por tanto a questão reduz-se a saber, qual he mais perigoso, se o arbitrio absoluto do Legislador, que traça o circulo da penalidade nas materias, sobre que sempre, ou quasi sempre huma determinação abstracta exprime menos as vantagens da previsão legislativa, do que a autoridade de fingir hum remedio contra os abusos, ou o arbitrio do Juiz dentro de hum circulo traçado sobre hum factio positivo, que elle conhece por meio de hum processo legal, que elle examina, e aprecia com todos os recursos, á que a lei se presta para huma averiguação escurpulosa, contra a qual ainda podem proficuamente reclamar as partes interessadas? Quando todos tem mais ou menos razão, quem determinará as proporções do erro, e da verdade? A consciencia universal.

He em nome della, da experiencia, e da Justiça, que diz Victor Foucher fallando da questão, que nos occupa, em suas observações comparati-

vas do nosso com o Codigo Penal Francez : « nes-
 « te systema o Juiz não decide segundo sua cons-
 « ciencia, mas com seu livro, que elle abre, e
 « que lhe traça imperiosamente seu juizo.
 « que encadeia os ministros da lei, e os faz es-
 « cravos de hum texto, contra esta presumpção,
 « que determina o Legislador, desconhecendo a
 « essencia da Justiça distributiva a collocar-se no
 « logar, que compete aos magistrados, julgando
 « ter tudo feito em conservar as fórmãs exterior-
 « res, debaixo das quaes elle revella sua vontade
 « de aos homens.

« Como não vê elle, que assim torna a lei
 « complice, e para melhor dizer, a unica res-
 « ponsavel das decisões proferidas? como não ad-
 « verte, que neste systema he a lei mesma ataca-
 « da face a face, e que nesta luta ella perde o
 « seu character magestatico?

« Este systema, que só se comprehende debai-
 « xo do Governo despotico, aonde tudo emanando
 « da vontade do Soberano, tudo á ella se refere
 « necessariamente, não se póde sustentar em
 « huma sociedade constitucional, em que a or-
 « dem Judiciaria innamovivel he no Estado hum
 « Poder, que se não póde tocar, sem que dahi
 « resulte huma perturbação; Poder, que na sua
 « esphera deve ter hum livre arbitrio, afim de
 « que se consolide a marcha regular da ma-
 « china. »

ART. 34.

A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada hum dos grãos.

Se a pena for de morte, impor-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpetuas. Se for de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho ou sem elle, por vinte annos. Se for de banimento, impor-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se for de degredo, ou desterro perpetuo, impor-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos.

As condições requeridas no art. 2.^o para qualificar a tentativa são apenas huma prova da manifestação da vontade; mas se os delictos devem ser considerados debaixo da dupla relação da intencionalidade, e do damno, parece que se por muitas razões convem incriminar a tentativa, não deve ella occupar na ordem dos crimes a natureza de hum crime consummado, não obstante a redução da pena adoptada pelo nosso artigo,

porque a mesma redução conserva exclusivamente o character de seu elemento moral.

Pode-se por huma fundada conjectura suppor, que a tentativa entra na classe dos crimes consummados por huma exaggeração de principios e maximas, que se encontram em muitos logares do Codice, e do Digesto Romano. *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus.* L. 14. ff. ad leg. Corn. de sicar.

A citada Lei, e outras bem como as seguintes : *Eadem severitate voluntatem sceleris, quâ effectum puniri jura voluerunt.* L. 5. Cod. ad leg. Jul. *Propter cogitationem dignus est poena.* L. 6. Cod. eod., tiverão origem nos mais calamitosos tempos da Republica. Sylla, o Dictador, funesto exemplo de grandes delictos, e de grandes virtudes, querendo corrigir os costumes, e pôr termo a desordem publica com hum rigor sanguinario ordenou, que fosse punido como homicida aquelle, que com o fim de matar hum Cidadão fosse publicamente encontrado com hum punhal, como se vê na Lei 1. ff. ad leg. Corn. de sicar. Desta causa nascerão os textos citados, dos quaes nenhum proveito resultou, da mesma sorte que os remedios violentos raras vezes, ou quasi nunca curão as enfermidades phisicas. Mas no mesmo Corpo de Direito achamos outras leis, que prescrevem positivamente o contrario. *Cogitationis poenam nemo patitur.* L. 18 ff. eod. tit.

ART. 35.

A complicitade será punida com as penas da tentativa ; e a complicitada da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no Artigo antecedente.

Novamente lembramos aos nossos leitores o que já dissemos em nossas observações sobre o art. 4.º, isto he, que os Romanos não tomavão a complicitade no sentido, em que as nossas leis, e de outras nações modernas a prescrevem. O delinquente ou perpetrasse materialmente o delicto, ou concorresse para elle de alguma outra maneira era autor, e a differença da pena entre os cooparticipantes do crime resultava não da qualificação legal do delicto, porém dos meios mais ou menos directos, mais ou menos perigosos, com que cada hum tomava parte na acção. Esta verdade ainda melhor se descobre na seguinte lei do Digesto *Dejecisse autem etiam is videtur, qui mandavit, vel jussit, ut aliquis dejiceretur : parvi enim refert visum est, suis manibus quis deficiat, an vero per alium. L. 1. § 12 de vi et vi armata.*

ART. 36.

Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena.

Esta disposição serve antes para precaver os perigos de huma investigação ligeira, e irreflectida, do que para prescrever aos Juizes huma regra pratica, e distinctamente applicavel. « Ha
 « duas sortes de indicios, diz Aristoteles : *huns,*
 « *que formão huma sciencia, e outros, que não*
 « *fundão mais, do que huma opinião.* Os pri-
 « meiros, são incontestavelmente preferiveis ; por
 « que são os que concluem por ordem tão neces-
 « saria, que he impossivel, que a cousa seja di-
 « versa daquillo, que elles representão ; e deste
 « numero são entre outros, todos os effeitos, que
 « não podem ser produzidos, senão por huma só
 « causa ; porque logo que hum effeito não póde
 « ser imputado, senão a huma só causa, he facil
 « de tomar a causa pelo effeito por huma conse-
 « quencia indubitavel, e que fórmula huma scien-
 « cia. » *Signa vero efficiunt alia quidem opi-*
nionem, alia vero scientiam. In Rhet. Cap. 13.

Os segundos indicios, que são os que podem ser attribuidos a causas diversas, podem tambem representar diversas cousas, e nada concluem de

certo para determinar com certeza a sua causa. Não sendo fundados nem em hum principio absoluto, que revelle evidentemente a sua causa, nem em titulos authenticos, não contém em si mesmo a razão de sua fé: he de mister para que estabelecção huma prova conjectural, que de sua multiplicidade, coincidência reciproca, intima, e immediata relação com o facto resulte huma convicção tão plena, e tão irresistivel, como a que póde resultar daquelles, cuja causa não póde ser outra pela natureza das causas. Neste sentido diz o Chanceller Bacon: *ut quæ non prosunt singula, multa juvant.* Aphor.

Neste caso mesmo o espirito humano ainda se póde desviar. Os sentidos mais perfeitos podem-se enganar, e a Logica mais profunda, e mais precisa póde ser exercitada sob enganadoras apparencias: e para evitar quanto he humanamente possivel este accidente funesto de nossa commum fraqueza, deve elle premunir-se de todas as precauções, e escrupulos, que a experiencia, e a historia nos aconselhão. Sustentava-se em Roma, que Glycon era escravo, e em prova allegava-se, que a mãe, e irmão de Glycon tinham vivido na escravidão. Esta prova he insufficiente, porque a liberdade, diz o Iet Romano, não he o effeito exclusivo de huma só causa; porque ella podia nascer de outras causas legitimas. *Ad probationem servitutis Glyconis matrem ejus*

ac fratrem servilia fecisse ministeria non sufficit. Cum de servis ex eadem matre natis libertatem unus adipisci non prohibeatur. Cod. L. 22 de probat.

Não sendo possível ao Legislador humano estabelecer *a priori*, nem a natureza, nem o gráo de prova, em que se devem fundar as decisões criminaes, a disposição do nosso artigo he, como já fica dito por outras palavras, de hum character puro, e essencialmente preventivo, e huma prudente, e sollicita admoestação contra as ligeireras do nosso espirito, ou seja a condemnação pelo Conselho de Jurados, ou pelos Juizes permanentes nas materias de sua exclusiva competencia.

No primeiro caso abandonando a lei á consciencia do Jury a apreciação dos factos, e circumstancias, de que são revestidos, não podia fixar regras, que limitassem, ou modificassem de maneira alguma a moralidade subjectiva de suas decisões sobre o merecimento da causa sem pretender escrutar os actos de sua intelligencia, o que está fóra da alçada da Justiça humana: nenhum outro meio resta para responsabilisar o Juiz para não observancia deste artigo, senão avaliar o gráo de sua convicção pelas provas dos autos, o que he essencialmente contrario ao theor de seu juramento: *proferir o meu voto segundo a minha consciencia.*

No segundo caso se o Juiz não profere hum juramento semelhante, a razão, e a natureza das funcções judiarias substitue a formula estabelecida para o Jury, visto que a lei nada póde prevenir, nem prevenir para estabelecer huma certeza legal nos julgamentos proferidos nos tribunaes permanentes, cujas decisões em materia crime são, como no Jury, quasi sempre fundadas no merito da prova testemunhal. *Nós temos a longo tempo ordenado, diz o Imperador Constantino, que as testemunhas sejam juradas antes de serem ouvidas, e que seja preferivel o testemunho das pessoas integras. Juris jurandi religione testes prius, quam perhibeant testimonium, jam dudum arctari præcipimus: et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur. L. 10. Cod. de testibus.* Isto posto se só Deus tem as chaves, que abrem, e fechão as portas do coração, só Elle póde responsabilisar o Juiz pelo valor moral, que deo aos fundamentos de sua decisão. *Surge, Deus, et judica terram. Eccles.*

ART. 37.

Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fugida, nem a sus-

prisão dos magistrados decretada pelo Poder Moderador, na forma da Constituição.

Em prova dos males, que resultão da prisão preventiva arbitrariamente autorizada, e da falta de precauções, com que devera ser estabelecida para se não confundir a custodia com a prisão expiatoria do crime, aqui copiamos as palavras de hum Escriptor profundo : « O que ha de mais de-
« ploravel, diz o Abbade Clement, he que nós
« impomos a mesma pena á innocencia, e ao cri-
« me : como sahreis vós deste tormentoso dilem-
« ma ? ou a detenção he huma pena, ou não he :
« se he huma pena, com que direito a fazeis sof-
« frer ao indiciado, a quem se deve restituir a
« liberdade depois de provar sua innocencia ?
« Acontece muitas vezes, que o indiciado soffra
« huma detenção mais, ou menos longa, antes
« que justiça lhe seja feita. E que justiça, Bom
« Deus ! Com a liberdade elle já tem perdido seu
« tempo, seu trabalho, algumas vezes a saude,
« e então se lhe faz a graça de o declarar não
« culpado. »

« E se a detenção preventiva não he huma
« pena, então vós não punis o ladrão condemna-
« do a alguns mezes de prisão ; porque a ques-
« tão não he de palavras, mas de realidades iden-
« ticas de huma, e outra parte ; perda igual de
« liberdade, de tempo, de trabalho : isto he,

« que toda penalidade neste caso se resume em
 « huma convicção subjectiva, e nada mais. O
 « ladrão não será punido senão tanto, quanto el-
 « le se dignar de o crer. Se elle adverte de com-
 « parar sua posição com a de hum simples indi-
 « ciado, achando-a igual materialmente, rir-se-
 « ha de huma pena, que tal não deve ser consi-
 « derada ; porque se impõe igualmente ao inno-
 « cente, e ao culpado. »

Os Iets Romanos consideravão com todos os caracteres de huma perfeita condemnação a longa detenção do indiciado nos rarissimos casos, em que ella tinha logar : elles expressamente a reprovarão ; porque ella deve servir só para conter, e não para punir. *Solent Præsides in carcere continendos damnare, aut in vinculis contineantur : sed id eos facere non oportet, nam hujusmodi poenæ interdictæ sunt. Carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet. L. 8. § 9. Cod. de poenis.*

ART. 38.

A pena de morte será dada na forca.

ART. 39.

Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogavel a Sentença, será executada no dia

seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na vespera de Domingo, Dia Santo, ou de Festa Nacional.

ART. 40.

O Réo com o seu vestido ordinario, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até a forca, acompanhado do Juiz Criminal do logar aonde estiver, com seu Escrivão, e da força Militar, que se requisitar.

Ao acompanhamento precederá o Porteiro, lendo em voz alta a Sentença, que se for executar.

ART. 41.

O Juiz Criminal, que acompanhar, presidirá à execução até que se ultime; e o seu Escrivão passará Certidão de todo este acto, a qual se ajuntará ao processo respectivo.

ART. 42.

Os Corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes, ou amigos, se os pedirem aos Juizes, que presidirem à execução; mas não poderão enterrar-os com pompa, sob pena de prisão por hum mez a hum'anno.

Todos estes artigos, a excepção do art. 39, prescrevem solemnidades, cujos effeitos sobre a moralidade publica tem contra si a opinião de consummados Philosophos, e Jurisconsultos eminentes. Puffendorf pensa de diversa maneira. « He evidente, diz elle, que as punições devem « ser publicas, para que sejam uteis, seja ao corpo inteiro dos cidadãos, seja á pessoa que foi « singularmente offendida; e he por isso que « se faz justiça ordinariamente, como se diz, nas « praças, e logares mais frequentados. » T. 3.º p. 300. A opinião de Puffendorf funda-se em que a pena de morte he esteril para o exemplo sem o funebre aparato da execução; mas he, quanto a nós, hum erro, e hum dos prejuizos, com que os habitos nos tem familiarizado, este fundamento de huma execução aparatosa; por que he huma chimera suppor, que entra ella no calculo do que premedita o homicidio para desistir do projecto de o realisar: se a imagem da morte o não espanta, elle rirá de tudo quanto deve constar da certidão do Escrivão.

A corda era, como nos refere Pollibo, o mais ignominioso de todos os generos de morte em Athenas. Os Lacedemonios porém suppliciavão os criminosos de noite, ao que Barbeyrac attribue o interesse de exagerar com as trevas o horror dos supplicios; mas he esta huma supposição tão gratuita, como destituida de fundamento. A

virtude austera dos Sparciatas suppunha hum motivo mais nobre, e digno de hum povo, que tirava toda sua gloria das accões magnanimas, patrioticas, e caracteristicas da dignidade de homem. O supplicio nocturno tinha por fim, como melhor se deprehende da austeridade de seus costumes, e grandeza de seu character, poupar aos Cidadãos o espectaculo horrivel de huma pena, que fere os primeiros instinctos da natureza, e a vergonha de o ver punir com o sangue do criminoso.

Entre nós, e entre todos os povos, aonde as execuções são espectaculos, muitos concorrem a vê-los, e mesmo homens de certa ordem segundo a condição do padecente: todos por espirito de curiosidade; mas nenhum pelo interesse de meditar sobre o exemplo; porque o aparato fere, e espanta no momento; mas os espectadores voltão, e ficão sempre taes, quaes erão antes. He em resultado mais hum testemunho da depravação dos costumes.

ART. 43.

Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em

caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto. (1)

ART. 44.

A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da Provincia, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo. (2)

ART. 45.

A pena de galés nunca será imposta: (3)

(1) *Prægnantis mulieris consumendæ damnatæ pœna differtur, quoad pariat, ego quidem, et ne quæstio de ea habeatur scio observari, quandiu prægnans est. L. 3. p. 27. Cod. de pœnis.*

(2) *Damnatus enim ille est, ubi damnatio tenuit. L. 2. § 2.º eod tit.*

(3) *Fere in omnibus pœnalibus judicciis et ætati, et imprudentiæ succurritur. L. 109 ff. de leg. A lei tem em vistas não só a fraqueza do sexo, da velhice, e da puberdade; mas também o respeito, que a sociedade deve ter para a velhice, que foi objecto da veneração de todos os tempos. Magna fuit quondam capitis reverentia cani. Ovid.*

§ 1.

A's mulheres, as quaes quando tiverem commettido crimes, para que esteja estabelecida esta pena, serão condemnadas pelo mesmo tempo á prisão em logar, e com serviço analogo ao seu sexo.

§ 2.

Aos menores de vinte e hum annos, e maiores de sessenta, aos quaes se substituirá esta pena pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo.

Quando o condemnado a galés, estando no cumprimento da pena chegar á idade de sessenta annos, ser-lhe-ha esta substituida pela de prisão, com trabalho por outro tanto tempo, quanto ainda lhe faltar para cumprir.

ART. 46.

A pena de prisão com trabalho, obrigará os réos a occuparem-se diariamente no trabalho, que lhes for destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das Sentenças, e dos Regulamentos policiaes das mesmas prisões.

RRT. 47.

A pena de prisão simples obrigará os réos a estarem reclusos nas prisões publicas pelo tempo marcado nas Sentenças.

ART. 48.

Estas penas de prisão serão cumpridas nas prisões publicas, que offerecerem maior commodidade e segurança, e na maior proximidade que for possível dos logares dos delictos, devendo ser designadas pelo Juizes nas Sentenças.

Quando porém for de prisão simples, que não exceda a seis mezes, cumprir-se-ha em qualquer prisão que haja no logar da residencia do réo, ou em algum outro proximo, devendo fazer-se na Sentença a mesma designação. (1)

(1) Achão-se no Codigo Romano leis, que consagrão o principio do nosso. Os delictos, diz o Imperador Theodozio, não devem ser punidos senão nos logares, em que elles são commettidos. *Oportet enim illic criminum judicia agitari, ubi facinus dicitur admissum.*

ART. 49.

Em quanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades, e arranjos necessarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pela de prisão simples, accrescentando-se em tal caso a esta, mais a sexta parte do tempo porque aquellas deverião impor-se.

O trabalho moderado, e analogo ás forças e disposições individuaes do condemnado he de baixo de hum ponto de vista moral hum meio de corrigir os effeitos da ociosidade sempre perigosa, em qualquer situação da vida do homem. Não se deve reputar hum gravame penal, senão quando o fructo do trabalho não pertencer ao criminoso, que a elle foi condemnado; mas se lhe pertencer, como he de toda Justiça, excepto o caso de alguma reparação por este meio, o trabalho he hum beneficio para o condemnado; porque com elle póde reparar algum dos males, que resultão enevitavelmente de huma longa prisão a si, ou a sua familia, e distrahil-o da tormentosa contemplação de sua pena.

Benjamin Constant oppõe-se ao direito de constranger o condemnado ao trabalho fundado

sem duvida no sentimento natural, que ditou a seguinte regra do Direito Romano: *Invito beneficium non datur*. L. 69. ff. de reg. jur.; mas esta regra com quanto verdadeira na sua generalidade contem nest'outra os limites de sua applicação pratica: *Quod cuique pro eo præstatur, invito non tribuitur*. L. 156. idem. Não se faz violencia áquelle, que renuncia o bem ou porque o não conhece, ou porque só quer o mal em damno seu, e de seus semelhantes. *At solvere pro ignorante, et invito cuique licet*. L. 33. de solut et liber.

Por tanto constranger o criminoso a hum trabalho moderado dentro das proporções de sua aptidão, e com o exclusivo, ou a maior parte de seus lucros, se for necessario fazer alguma deducção para outros fins legitimos, he hum beneficio, que se lhe faz, e não hum gravame, nem hum excesso da pena de prisão; logo, não ha razão, e por consequencia nenhum direito para substituir o trabalho, que nenhum mal lhe faria, pela sexta parte mais do tempo de prisão, á que foi condemnado, que augmenta sensivelmente o seu mal.

Suppondo mesmo a prisão com trabalho no sentido, em que esta pena foi imposta, não sendo a falta de trabalho hum effeito da vontade do delinquente nem antes, nem depois de condemnado, fôra melhor abster-se o Legislador de huma

substituição ; que não he hum bem moral como o trabalho ; mas hum accrescimo do mal physico, como a prisão. « A prisão simples, diz o Duque de Broglie, he exemplar. O trabalho junto á prisão he mais exemplar.» Logo se o fundamento do trabalho he o exemplo, e a reforma do condemnado por hum meio, que lhe póde trazer os habitos de huma vida honesta, e outras vantagens para si, e para aquelles, que lhe são caros, não póde sem tyrannia ser substituido o trabalho pela prisão, que não cura a sua alma, se assim se póde dizer ; que reduz o pobre á maior indigencia, sem alguma especie de compensação material, ou moral, que finalmente em vez de o distrahir do mal da pena, exagera a sua intensidade pela certeza de maior duração, e a sua extensão pela demora mesmo.

ART. 50.

A pena de banimento privará para sempre os réos dos Direitos de Cidadão Brasileiro, e os inhibirá perpetuamente de habitar o territorio do Imperio.

Os banidos, que voltarem ao territorio do Imperio, serão condemnados á prisão perpetua.

A gravidade absoluta, ou relativa da pena he maior, ou menor segundo o que ella tem de mais ou menos sensivel, e a sensibilidade mede-se pelo gráo de soffrimento, que da pena resulta. Ora ninguem ha, que tendo recursos para viver em terra estranha queira antes soffrer, não já a pena de morte, galés, ou prisão perpetua; mas mesmo galés, ou prisão por longo tempo, do que o banimento; logo o banimento só he huma grande pena para aquelles, que não podem viver fóra de seu paiz; e para estes, e para todos huma pena menor, do que v. g. oito annos de prisão; do que resulta que para que o banimento conserve as proporções, que deve guardar com o delicto, á que for imposto, deve ser sómente applicavel aos factos, cuja criminalidade não exija mais, do que huma pena pouco mais ou menos semelhante á pena referida.

Mas a prisão perpetua, que se deve impôr ao banido no caso de voltar ao territorio do Imperio suppõe ter elle perpetrado hum delicto moralmente digno de huma pena senão igual ao menos susceptivel de ser levada a este gráo por huma circumstancia (a volta) que não he em si mesma huma reincidencia; mas apenas hum receio de que pretenda reincidir.

O banimento considerado em todos os seus effeitos foi desconhecido entre os Romanos. A privação d'agoa, e do fogo, que se impunha em cer-

tos crimes, era hum meio empregado para obrigar indirectamente o criminoso a abandonar a cidade de Roma ; mas este abandono não era nem perpetuo, nem positivamente determinado, visto que entre os varios privilegios do cidadão Romano hum era não poder ser condemnado a sahir da Cidade de Roma, e a não perder os direitos quiritarios, o que elle vinha realmente a perder no exilio ; porque a ninguem era licito ser ao mesmo tempo cidadão em Roma, e no logar aonde tinha de residir (1).

O banimento para o rico não he huma pena efficaz ; porque os recursos da riqueza tirão ao mal da pena as proporções necessarias com hum delicto, que traz consigo a morte civil do cidadão. Para o pobre o banimento he sempre injusto, e algumas vezes immoral e cruel : he injusto ; porque tomadas convenientemente as precauções possiveis para frustrar os seus intentos e seus meios de acção, esta pena póde ser substituida por alguma das penas ordinarias digna da punição e do exemplo : elle he cruel e immoral ; porque, se o banido he pae de familias, ficão seus filhos privados dos recursos de sua arte, e de sua industria, cujas consequencias são sempre fataes.

(1) Corn. Nepos in vita Attici, C. 3. Heinec. antiq. Rom. ad Instit. hoc titulo, § 40.

Alguns autores pretendem que o banimento póde ser legitimamente applicado nas grandes conjuncturas politicas como huma pena excepcional e extraordinaria. Nós facilmente conviriamos com estes autores, se a politica fosse sempre moral, e a moral nunca politica; mas quando a moral se tem feito huma sciencia positiva e peculiar de cada hum dos Estados em apoio da politica que a cada hum convem adoptar, e a politica huma sordida especulação de commando e de fortuna, e hum systema de corromper, e degradar as virtudes mais heroicas e civilisadoras da especie no interesse, unico interesse, de huns poucos de velhacos, que usufruem as nações, como os particulares o seu patrimonio, o banimento não póde deixar de ser hum acto de espolio, de vingança e de violencia, ainda mesmo que seja judiciariamente imposto.

ART. 51.

A pena de degredo obrigará os réos a residir no logar destinado pela Sentença sem poderem sahir delle, durante o tempo, que a mesma lhe marcar.

A Sentença nunca destinará para degredo logar, que se comprehenda dentro da Comarca, em que morar o offendido.

A pena de degredo pelo nosso artigo he semelhante á de deportação pelo Direito Romano com a differença que o degredo entre nós he directamente imposto por sentença judiciaria, e a deportação dos Romanos era indirecta; mas huma consequencia necessaria da privação d'agoa e do fogo pelas razões referidas no artigo antecedente: os seus effeitos todavia erão iguaes. O Cidadão Romano pelo degredo ficava privado do direito quiritario. Cicero no seu exilio perdeu todos os direitos de cidadão, e em consequencia não exercitou mais o patrio poder sobre seus filhos até que fosse restituído a Roma pelos votos do povo. He o mesmo que prescreve o art. 53 desteCodigo ácerca dos degredados. Antes de Augusto, os deportados pela privação d'agoa e do fogo, podião a seu arbitrio escolher o logar, em que devêrão residir, durante a deportação; mas Augusto a conselho de Livia sua mulher, temendo que os deportados pela grande liberdade de que gozavão nesta escolha, podessem voltar a Roma, designou huma ilha, aonde elles devião permanecer em seu exilio. Tal he tambem o que determina o art. 51, de que nos occupamos, a respeito dos degredados.

ART. 52.

A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahirem dos termos dos logares do delicto, e da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrarem em algum delles durante o tempo marcado na Sentença.

O desterro equivale em hum de seus effeitos a relegação dos Romanos com a differença de huma pequena circumstancia limitativa, isto he, o desterro no Brasil deixa o réo livre para escolher o logar em que deve cumprir a pena, á excepção daquelles designados em nosso artigo, e o relegado Romano podia escolher fóra de Roma o logar que lhe aprouvesse.

Agita-se a questão de saber, se a relegação trazia comsigo a privação do patrio poder, e por conseguinte do direito quiritario. Alguns interpretes do Direito Romano seguem a affirmativa, visto que segundo o que já dissemos não se podia ser cidadão em duas cidades; mas outros seguem opinião contraria distinguindo a relegação do exilio propriamente tal; e em prova trazem o exemplo de Ovidio, que sendo relegado por Augusto no Ponto, não perdeu por isso o direi-

to de Cidadão Romano, como o mesmo Ovidio declara nos seguintes versos :

*Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit.
Nil nisi me patriis jussit abesse focis,
Ipse relegati, non exulis, utitur in me
Nomine, &c.*

ART. 53.

Os condemnados a galés, à prisão com trabalho, à prisão simples, a degredo, ou a desterro ficão privados do exercicio dos direitos Politicos de Cidadão Brasileiro, em quanto durarem os effeitos da condemnação.

ART. 54.

Os condemnados a galés, à prisão com trabalhos, ou à prisão simples, que fugirem das prisões ; os degredados que sahirem do logar do degredo, e os desterrados que entrarem no logar de que tiverem sido desterrados, antes de satisfeita a pena, serão condemnados na terça parte mais do tempo da primeira condemnação.

O desejo de fugir ao mal he huma necessidade da conservação, e hum sentimento tão imperioso da natureza, que nenhuma lei civil, nem mesmo os habitos mais inveterados do homem podem extinguir ; por tanto em qualquer das hypotheses deste artigo o que a razão aconselha, e o interesse publico reclama he que os condemnados, que fogem da prisão, sejam novamente capturados, e que sobre elles se tomem todas as precauções necessarias, para que não possam reincidir na fuga ; mas he de huma dureza extrema impôr a hum acto, que he posterior ao delicto, e que de nada serve para augmentar a sua gravidade, a terça parte mais dos soffrimentos, á que foi o réo condemnado ; porque he verdade que o réo capturado na primeira fuga não reincide nella sem a lisongeira esperanza de não ser segunda vez capturado : e esta esperanza he quem determina os movimentos de seu coração, e anima o seu interesse.

Suppor que o condemnado se abstenha da fuga, quando se lhe proporcionão meios de fugir com a certeza, ou probabilidade de salvar-se a um mal, que elle julga insupportavel por mais tempo, pelo temor do augmento da pena no caso de ser capturado, he tão gratuito como fingir que o delicto se augmenta pela fuga para o fim de exagerar a pena. Os Legisladores Romanos não o pensárão assim. O que a este respeito

se lê no Cod. t. 18 de pœnis, he a seguinte regra. *Si quis non excesserit in exilium intra tempus, intra quod debuit, sive etiam aliàs exilio non obtemperavit, contumacia ejus cumulat pœnam.* Por tanto, os Romanos não se lembrarão desta especie de crueldade, e a contumacia só era applicavel aos que não seguião para o exilio dentro do tempo marcado, ou desobedeção a sentença que os condemnava.

ATT. 55.

A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniaria, que será sempre regulada pelo que os condemnados poderem haver em cada hum dia pelos seus bens, empregos ou industria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.

Mr. Chaveau paraphraseando a doutrina do nosso artigo diz : « Mas o juiz terá meios de cal-
 « cular com justeza as rendas de cada hum de-
 « linquente? como reunirá elle os elementos
 « deste calculo, quando os condemnados forem
 « interessados a occultal-os? se o Juiz errar, se
 « seu calculo for inexacto, a desigualdade da
 « pena não será logo manifesta? a base he justa,

« mas não basta ; he necessario accrescentar a
 « este meio outros, para que se possa fazer delle
 « huma exacta applicação.»

Parece que se póde responder sem temeridade a esta observação de Mr. Chaveau com as seguintes razões, que tiverão em vistas os nossos Legisla- dores : a falta de meios, que tiver o Juiz para bem calcular a importancia da multa, não he hum inconveniente, que inutilise a disposição, já pela difficuldade de a illudir em todos os casos, porque em muitos he não só facil, mas obvia huma exacta applicação ; já porque a inexactidão do calculo longe de aggravar a sorte do delinquente, não póde senão servir aos interesses da humanidade ; *primo*, porque todas as disposições humanas são favoraveis ao infeliz, em favor de quem sempre se inclinará o animo do Juiz ; *secundo*, porque o condemnado não deixa de reclamar contra o excesso da multa, se houver, e até de obrigar o Juiz pelos meios legais a huma melhor averiguação do que elle póde haver pelos seus bens, empregos ou industria.

O nosso artigo ultimamente tem a dupla vantagem de tirar ao Juiz o poder discricionario na imposição da multa, e proporcionar-lhe o modo de seguir a equidade sem lutar contra os termos da lei. Seção quaes forem os inconvenientes que possam praticamente resultar do nosso artigo, el-

le, quanto a nós, só não póde escapar á imperfeição dos meios, que limita a Justiça humana.

Podia-se duvidar, se este artigo refere-se tambem ás multas impostas por infracção das Posturas Municipaes ; porque as Assembléas Provinciaes são competentes para fixar a quantia das multas por infracção, e o art. 55 determina o modo de as impôr segundo as circumstancias do réo ; mas o mesmo artigo resolve expressamente a duvida nos seguintes termos : *quando a lei especificadamente a não designar de outro modo ;* e na palavra lei se comprehendem as Posturas Municipaes.

ART. 56.

As multas serão recolhidas aos cofres das Camaras Municipaes, e os condemnados, que podendo, as não pagarem dentro em oito dias, serão recolhidos á prisão, de que não sahirão sem que paguem.

ART. 57.

Não tendo os condemnados meios para pagar as multas serão condemnados em tanto

tempo de prisão com trabalho, quanto for necessario para ganharem a importancia dellas. Terá logar neste caso a disposição do art. 32.

A disposição deste artigo he contraria á do art. 291 do Codigo do Processo; donde parece que aquella foi derogada por esta posteriormente publicada, posto que contra a opinião de grandes praticos, entre os quaes figura o nome do celebre Merlin; e são estas as suas proprias palavras: « Em these geral o Codigo do Processo
 « não póde-se julgar derogatorio do Codigo Ci-
 « vil; porque aquelle não he a respeito deste
 « senão huma lei organica; visto que destinado
 « unicamente a fazer marchar o Codigo Civil não
 « se reputa feito para ultrapassar o seu destino.
 « O Codigo Civil regula o que se chama *litis de-*
 « *cisoria*, e o do Processo o que se chama em
 « Direito *litis ordinatoria*. » Nós porém ceden-
 do á autoridade de tão grande Mestre não temos
 necessidade de occupar-nos desta questão; o
 que he certo he que se o art. 291 do Codigo do
 Processo implica a tacita derogação do art. 56 do
 Codigo Penal, ambos são de huma severidade
 digna de ser corrigida pelo Legislador Brasileiro.

Quando a multa entra na condemnação como parte integrante da medida da pena, parece que se póde legitimar a prisão para aquelle, que podendo a não quer evitar; porque neste caso fica

provado que o réo prefere a prisão ao pagamento; e o mesmo se póde dizer, quando a multa he o unico effeito da condemnação para evitar a chicana, que póde protelar por muito tempo o resultado da penhora em huma causa de tão diminuto valor. *Volenti, et consentienti non fit injuria.*

O Cidadão, que se acha na impossibilidade de pagar a multa, ou seja ella hum accessorio de huma pena afflictiva, ou o effeito unico de huma infracção de Posturas, he evidentemente aos olhos de todos hum homem digno de comiserção e piedade. Os seus soffrimentos são comparativamente de hum character mais intenso, que os d'aquelle que os póde moderar com os recursos da fortuna, ainda mesmo considerada a pena objectivamente da mesma natureza e extensão. Neste sentido as Leis Romanas fixarão as penas, e deixarão ao arbitrio do Juiz a imposição das multas para que ellas podessem ser com a exactidão possivel proporcionadas á fortuna dos Cidadãos, e dispensados aquelles que nenhuma fortuna tivessem. *Pœnæ certæ sunt : multæ contrà in judicis potestate.* L. 244 de verb. signific. ff.

Accrescentar á prisão já soffrida a terça parte mais, ou recolher o condemnado a huma prisão até que chegue a ganhar pelo seu trabalho a importancia da multa, quando esta for correspondente á metade da pena principal, he no primeiro caso impôr ao pobre huma pena mais grave e

mais dura pelo mesmo delicto, que o rico também commettera só porque aquelle não tem, como este, meios para o pagamento da multa ; e he no segundo caso querer perpetuar a prisão do infeliz, se pela sua idade, molestias, ou outra causa semelhante não lhe for possível fazer hum trabalho cujos lucros cheguem dentro de hum espaço razoavel para satisfazer o accessorio da pena afflictiva. Onde está pois a humanidade, e a indulgencia, á que os miseraveis tem direito em todos os corações bem formados ? E será o Legislador o unico indifferente aos males, que são inevitaveis á miseria ? . . .

Fôra para desejar que se innoculasse em nossos Codigos Criminaes o art. 46 do Codigo da Toscana de 1786, onde se determina : *que toda a multa será depositada em huma caixa afim de com ella indemnisar as partes lesadas, que o não poderão ser pelo condemnado insolvavel, e socorrer os innocentes, que por erro ou descuido forão presos e perseguidos.*

Esta disposição he hum monumento de sabedoria e de humanidade ! Ella reconhece que o pobre condemnado, e o innocente perseguido são os entes mais dignos dos favores da lei, e dos respeitos humanos ! ella he de hum exemplo, que deve ser escrupulosamente seguido por todos os Legisladores christãos !

ART. 58.

A pena de suspensão do emprego privará os réos do exercício dos seus empregos, durante o tempo da suspensão, no qual não poderão ser empregados em outros, salvo sendo de eleição popular.

A suspensão de que falla o art. 58, não he aquella que resulta da sentença de pronuncia nos termos do § 2.º do art. 165 do Código do Processo; porque esta suspensão não he huma pena; mas huma prevenção contra o suspeito de crime pela pronuncia, e o nosso artigo falla da pena de suspensão, bem como a que se impõe nas hypothoses do art. 129, 135, etc. do Código Penal, por tanto a pena de suspensão não tem hum character preventivo como a suspensão pela pronuncia; mas huma realidade judiciaria da incapacidade do condemnado para bem cumprir os deveres de hum cargo publico, durante a pena.

A lei nenhuma distincção fez entre os diversos empregos por menos importantes que sejam, logo hum Guarda da Alfandega, hum Meirinho, etc., condemnados á suspensão de seus empregos são reputados pela lei indignos de os exercitar, e de serem empregados em outros; donde vem

pois a aptidão do Empregado penalmente suspenso para os cargos de eleição popular? Se a lei marca condições de elegibilidade, e huma dellas he a maior capacidade possível para bem servir, e julga os suspensos incapazes do exercicio de seus empregos, e a incapacidade he anterior á eleição, como póde esta tornal-os capazes, e habeis para bem servir o mesmo emprego de que foi, como póde acontecer muitas vezes, suspenso por incapacidade?

Se he para não restringir o direito de votar, como á primeira vista parece, esta razão he destituida de fundamento Juridico; porque a Constituição nesta parte he clara e decisiva. O art. 91 de nosso Codigo fundamental determina: *que só possão votar nas Assembléas Parochiaes os Cidadãos, que estão no gozo de seus direitos politicos*; e hoje pela Lei de 3 de Dezembro de 1841 ficão delles privados os pronunciados por qualquer crime que seja; mas nenhum dos actos electivos he mais popular, nem mais digno dos favores da lei para o privilegio da elegibilidade, do que o direito de votar nas assembléas primárias. E o art. 93 da mesma Constituição declara: *que os que não podem votar nestas Assembléas, não podem ser membros, nem votar na nomeação de alguma autoridade electiva nacional, ou local*; logo não só o condemnado á suspensão, como tambem o suspenso

por pronuncia, não podem votar nem ser votados para algum cargo electivo. Ultimamente o § 3.º do art. 94 prescreve que não podem ser eleitores os criminosos pronunciados em querela, ou devassa.

ART. 59.

A pena de perda do emprego importará a perda de todos os serviços que os réos houverem prestado nelle.

Os réos, que tiverem perdido os empregos por sentença, poderão ser providos por nova nomeação em outros da mesma, ou de diversa natureza, salvo havendo expressa declaração de inhabilidade.

Parece-nos bastante exagerada a pena que tira ao Empregado o direito dos serviços prestados antes da perda do emprego, e muito principalmente julgando-o ainda apto para outro da mesma natureza por nova nomeação.

ART. 60.

Se o réo for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital, ou de galés, será con-

demnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar. O numero de açoutes será affixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de 50.

ART. 61.

Quando o réo for convencido de mais de hum delicto, impor-se-lhe-hão as penas estabelecidas nas leis para cada hum delles: e soffrerá as corporaes, humas depois das outras, principiando e seguindo da maior para a menor, com attenção ao gráo de intensidade, e não ao tempo da duração.

Exceptua-se o caso de ter incorrido na pena de morte, no qual nenhuma outra pena corporal se lhe imporá podendo sômente annexar-se áquella a pena da multa.

Não nos conformando com Mr. Chaveau sobre a extrema dureza, que attribue ao nosso artigo em seu tratado da theoria do Codigo Penal Francez, nós com venia de tão grande Mestre lhe respondemos: que a impotencia, ou negligencia da justiça na prompta applicação das penas não

póde reverter em seu damno, senão quando da demora resulta a difficuldade de se provar o delicto, e outros inconvenientes que justificão a prescripção, para o que a lei tem marcado hum prazo razoavel ; mas quando a justiça consegue provar sufficientemente o delicto, não póde a demora agravar a sorte do delinquente pela accumulacão das penas ; porque a razão de que elle se teria corrigido da primeira vez, se fosse logo punido, como entende Mr. Chaveau, não prevalece sobre a razão de que elle sabia que as nossas leis admittem a accumulacão. Na impossibilidade muitas vezes de huma prompta e immediata applicação da lei penal, já por se não poderem colher instantemente os elementos da prova, já pela facilidade que a muitos cabe de subtrahir-se á accção dos tribunaes por muito tempo, devia antes entrar no calculo do Legislador o temor da multiplicidade das penas, do que a esperança da correccão pela promptificacão do castigo, cuja utilidade reconhecemos.

O Ligislador fica em paz com a sua consciencia, quando não viola as regras da imputacão, como no caso presente, em que a demora da punição não tira hum só atomo á intrinseca moralidade do facto punivel. A accumulacão das penas ou versa sobre differentes crimes perpetrados por differentes vezes, ou sobre factos, que se devem considerar accessorios de hum facto princi-

pal. No primeiro caso he de notar que os perversos, que não tirão a sua subsistencia, e outros gozos da vida dos meios honestos, que a Providencia assignou aos seres intelligentes, se tem identificado de tal sorte com o crime, que se mil occasiões se lhes proporcionassem em hum só dia para delinquir, em hum só dia commeterião mil delictos; quantos roubos, e outras violencias não commettem os salteadores em huma só noite, ou mesmo de dia em logar ermo! e como condemnar o primeiro antes de ter commettido o segundo? nem he possivel fazer alguma distincção em favor daquelles a quem podesse ser applicavel o beneficio da lei, como entende Mr. Chaveau que ella devera ser, sem estabelecer huma desigualdade odiosa, immoral e impolitica.

Supponde dois individuos, hum dos quaes tivesse commettido de huma só vez o crime de roubo, de ferimento, e de violação ao pudor e á honestidade, e o segundo apenas o crime de roubo, mas com circumstancias que determinão pelas nossas leis o gráo maximo da pena respectiva, resulta, segundo o grande criminalista a quem nos referimos, que ambos deverião ser punidos com iguaes penas, não obstante a differença numerica dos crimes.

No segundo caso, que exemplo dariamos áqueles, em cujo coração não se tem desecado ainda a fonte dos sentimentos moraes, resolvidos a per-

petrar hum delicto da segunda ordem, v. g., o furto de huma pequena somma? elles não abandonarião o seu projecto criminoso, se para o conseguir, fosse necessario empregar algum acto de crueldade tambem comprehendido na ordem dos delictos, hum vez que a pena se limitasse ao gráo maximo do maior entre os crimes, que commettesse, para realisar o furto, se a pena deste não excedesse muito a pena de furto; mas elle abandonaria provavelmente o interesse de huma pequena somma pela certeza da accumulacão das penas. Se não he hum paradoxo a influencias das leis sobre os costumes, chega a evidencia, que o silencio da lei penal sobre os factos delictuosos, e accessorios do facto principal em breve faria calar no coração humano a repugnancia que este experimentasse para os praticar, predispondo dest'arte o vadio, o vagabundo, o avarento, etc. a associar-se aos perversos de todo o genero.

Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: qui subripuit furti, qui occidit Aquilia tenetur: neque altera harum actionum alteram consumit. ff. T. 1.º de priv. delict.

ART. 62.

Se os delinquentes tiverem incorrido em duas ou mais penas, que se lhes não possão impôr huma depois de outra, se lhes imporã no grão maximo a pena do crime maior, que tiverem commettido, não sendo a de morte, em cujo caso se lhes imporã a de galês perpetuas.

Deve-se entender no caso de que entre os delictos que o réo tem commettido, hum seja de morte; mas destituido de circumstancias, que levem a pena ao grão maximo; mas se dellas for revestido, o nosso artigo não exclue a pena de morte.

ART. 63.

Quando este Codigo não impõe pena determinada, fixando sòmente o maximo, e o minimo, considerar-se-hão tres grãos nos crimes com attenção às suas circumstancias agravantes, ou atenuantes, sendo maximo o de maior gravidade, a que se imporã o maximo da pe-

na : o minimo o da menor gravidade, a que se imporá a pena minima ; o medio o que fica entre o maximo e minimo, a que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.

« Este systema, diz hum escriptor Francez ácerca do nosso artigo, que não se comprehende senão debaixo de hum governo despotico, aonde tudo emanando da vontade do soberano, á ella se refere necessariamente, não se póde sustentar em hum governo constitucional, onde a ordem judiciaria he no Estado hum poder, que se não póde tocar ; sem que d'ahi resulte huma perturbação ; poder que deve ter hum livre arbitrio na sua esphera, afim de que a marcha regular da machina social seja segura. »

Nós facilmente conviriamos com Mr. Foucher, sendo a sua opinião adoptada nos paizes, em que a illustração, a probidade, e a independencia dos magistrados fosse huma realidade constitucional. Na hypothese o arbitrio do Juiz para determinar o gráo da pena mais analogo á moralidade do crime fôra preferivel á triplice classificação da lei no caso, em que o Juiz em vez de decidir com o seu livro aberto o gráo da pena, o devera fazer com a mais ampla liberdade de huma consciencia esclarecida ; mas nos paizes, em que o governo governa a consciencia dos Jui-

zes, a disposição, que circunscreve o arbitrio dos Juizes em materia tão importante, não póde ser taxada de despotica, e limitativa da independencia judiciaria.

ART. 64.

Os delinquentes que sendo condemnados, se acharem no estado de loucura, não serão punidos, em quanto neste estado se conservarem.

DISPOSIÇÕES GERAES.

ART. 65.

As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum.

Ha bem boas razões, para que as penas, da mesma sorte que os delictos, fiquem sujeitos á prescripção. Nós nos abstemos de as referir, por que ellas tem sido exuberantemente elucidadas pelos Tradadistas do Codigo Penal da França com huma lucidez e precisão, que nós não poderíamos

imitar. Entre os distinctos escriptores que se tem occupado da materia, citamos com enthusiasmo os nomes respeitaveis de Pegano, Carmignani, Berlier, e Mangin.

ART. 66.

O perdão ou minoração das penas impostas aos réos, com que os agraciar o Poder Moderador, não os eximirá da obrigação de satisfazer o mal causado em toda a sua plenitude.

O perdão, ou amnystia são duas cousas diversas, e ambas se comprehendem no poder de agraciar, que compete ao Poder Moderador, §§ 8 e 9 do art. 101 da Constituição ; mas guardando o nosso artigo silencio sobre os effeitos juridicos do direito de amnystiar relativamente ao offendido, parece, que delle se póde inferir que isenta a amnystia da acção reparatoria do damno, que fica subsistindo, não obstante o perdão, ou minoração da pena. Neste sentido se pronunciou o Conselho de Estado consultado sobre varios pleitos, que se moverão por occasião da amnystia concedida aos revoltosos de Minas em 1844.

Os Publicistas dividem-se sobre o que mais convem adoptar no interesse publico n'uma ques-

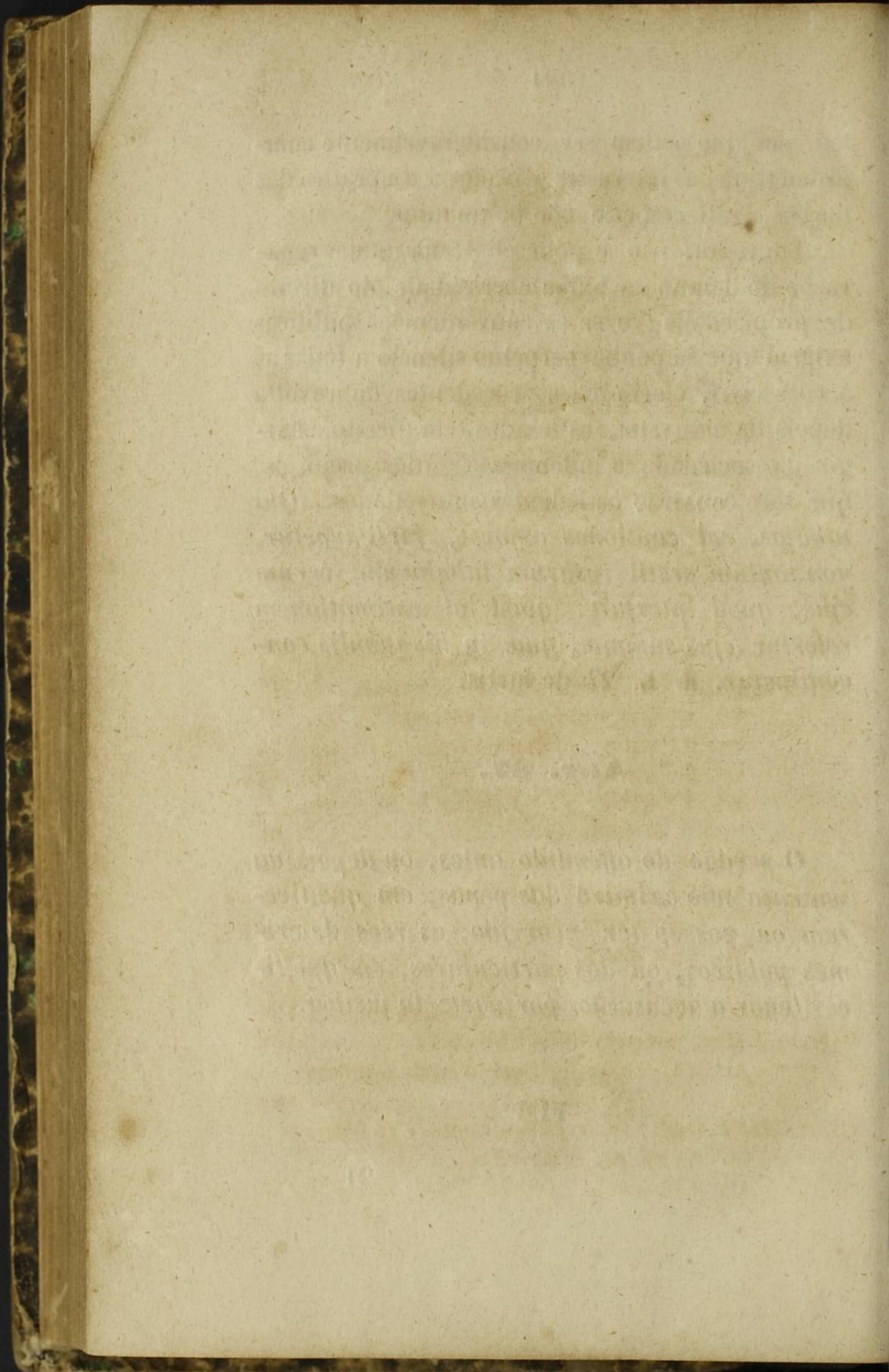
tão, em que podem ser consideravelmente compromettidos os interesses privados ; e a pratica das nações a este respeito não he unanime.

Em regra, não se póde contestar que a reparação do damno he huma necessidade do direito de propriedade ; e se as conveniencias publicas exigem que se ponha perpetuo silencio a todas as accões civís, e criminaes procedentes da revolta depois da amnystia, os lesados tem direito a exigir da sociedade a indemnisação dos prejuizos, que lhes causarão os ledentes amnystiados. *Qui tabulas, vel cautiones amovet, furti tenetur, non tantum pretii ipsarum tabularum, verum ejus, quod interfuit: quod ad æstimationem refertur ejus summæ, quæ in his tabulis continetur.* ff. L. 27 de furtis.

ART. 67.

O perdão do offendido antes, ou depois da sentença não eximirá das penas, em que tiverem ou possão ter incorrido, os réos de crimes publicos, ou dos particulares, em que tiver logar a accusação por parte da justiça.

FIM



INDICE

DOS

ARTIGOS DO CODIGO PENAL COM OBSERVAÇÕES.

PARTE PRIMEIRA.

DOS CRIMES, E DAS PENAS.

TITULO I.

DOS CRIMES.

	PAG.
CAPIT. I. Dos crimes, e dos criminosos :	
Art. 1.º “ “	5
Art. 2.º e seus §§. Do crime, ou delicto.	9
Art. 3.º Do criminoso, ou delinquente....	24
Art. 4.º Dos criminosos e autores.....	27
Art. 5.º Da complicitade	35
Art. 6.º e seus §§ “ “	42
Art. 7.º e seus §§. Do abuso da liberdade de imprensa.....	54
Art. 8.º “ “	80
Art. 9.º e seus §§. Dos que se não julga- rão criminosos	100
Art. 10 e seus §§ “ “	121
Art. 11	150
Art. 13. Dos menores de quatorze annos..	155
CAPIT. II. Dos crimes justificaveis :	161
Art. 14. e seus §§. Qual o crime justifica- vel, e quando.....	162
CAPIT. III. Das circunstancias agravantes, e atenuan- tes dos crimes :	
Art. 15. “ “	191

	PAG.
SECC. I. Art. 16. e seus §§. Quaes as circumstaucias agravantes	492
Art. 17. e seus §§. Dos crimes que se jul- gão agravados	210
SECC. II. Art. 18. e seus §§. Quaes as circumstancias atenuantes	219
SECC. III. Art. 19. Da sensibilidade do offendido	237
Art. 20. Da certeza, e duvida daquellas cir- cunstancias	238
CAPIT. IV. Da satisfação :	
Art. 21 " "	240
Art. 22. Medida da satisfação	243
Art. 24. Satisfação da parte de terceiro não delinquente	248
Art. 25. Restituição do equivalente	249
Art. 26. Dos juroz para a satisfação	251
Art. 27. Da satisfação por mais de um de- linquente	254
Art. 28. e seus §§. Da satisfação para os que não são delinquentes	256
Art. 29. Dos que são obrigados a satisfazer pelo delinquente	263
Art. 30. Da preferencia da satisfação ás multas	265
Art. 31 e seus §§. Quando não terá logar a satisfação	266
Art. 32. Modo de supprir a satisfação	268

TITULO II.

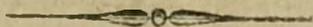
DAS PENAS.

CAPIT. I. Da qualidade das penas, e da maneira por que se hão de impor :	
Art. 33. " "	272

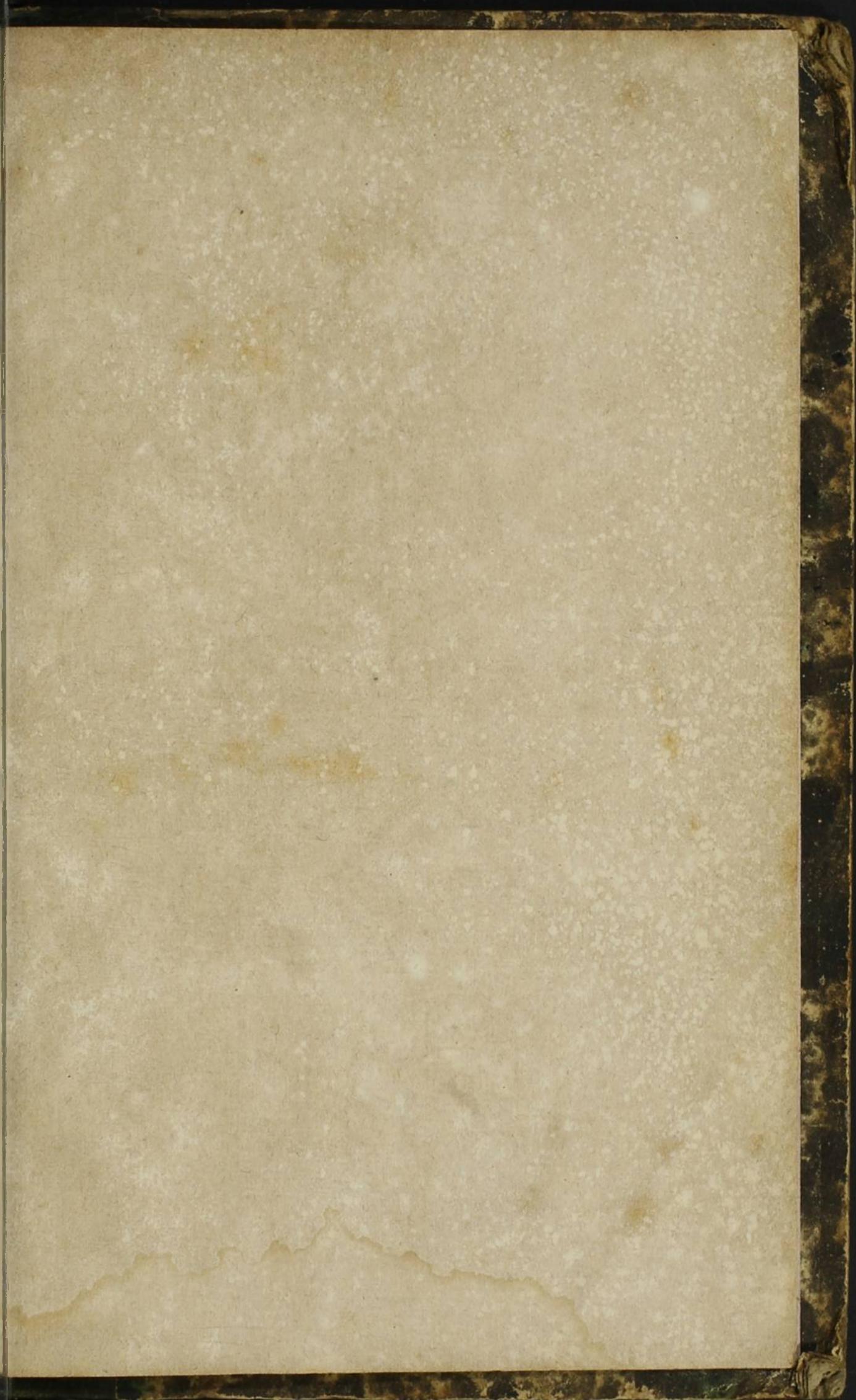
	PAG.
Art. 34. Pena da tentativa.....	279
Art. 35. « da cõmplicidade.....	281
Art. 36. Da presumpção.....	282
Art. 37. Da prisão e suspensão preventiva.	285
Art. 38. 39, 40, 41 e 42. Pena de morte.	287
Art. 49. Prisão com trabalho.....	294
Art. 50. Pena de banimento.....	296
Art. 51. « de degredo.....	299
Art. 52. « de desterro.....	304
Art. 54. Fuga das prisões.....	302
Art. 55. Pena de multa.....	304
Art. 57. Falta do pagamento da multa....	306
Art. 58. Pena de suspensão do emprego..	310
Art. 59. « de perda do emprego.....	312
Art. 61. Concurrencia dos delictos.....	313
Art. 62. « das penas.....	317
Art. 63. Falta de pena determinada.....	318

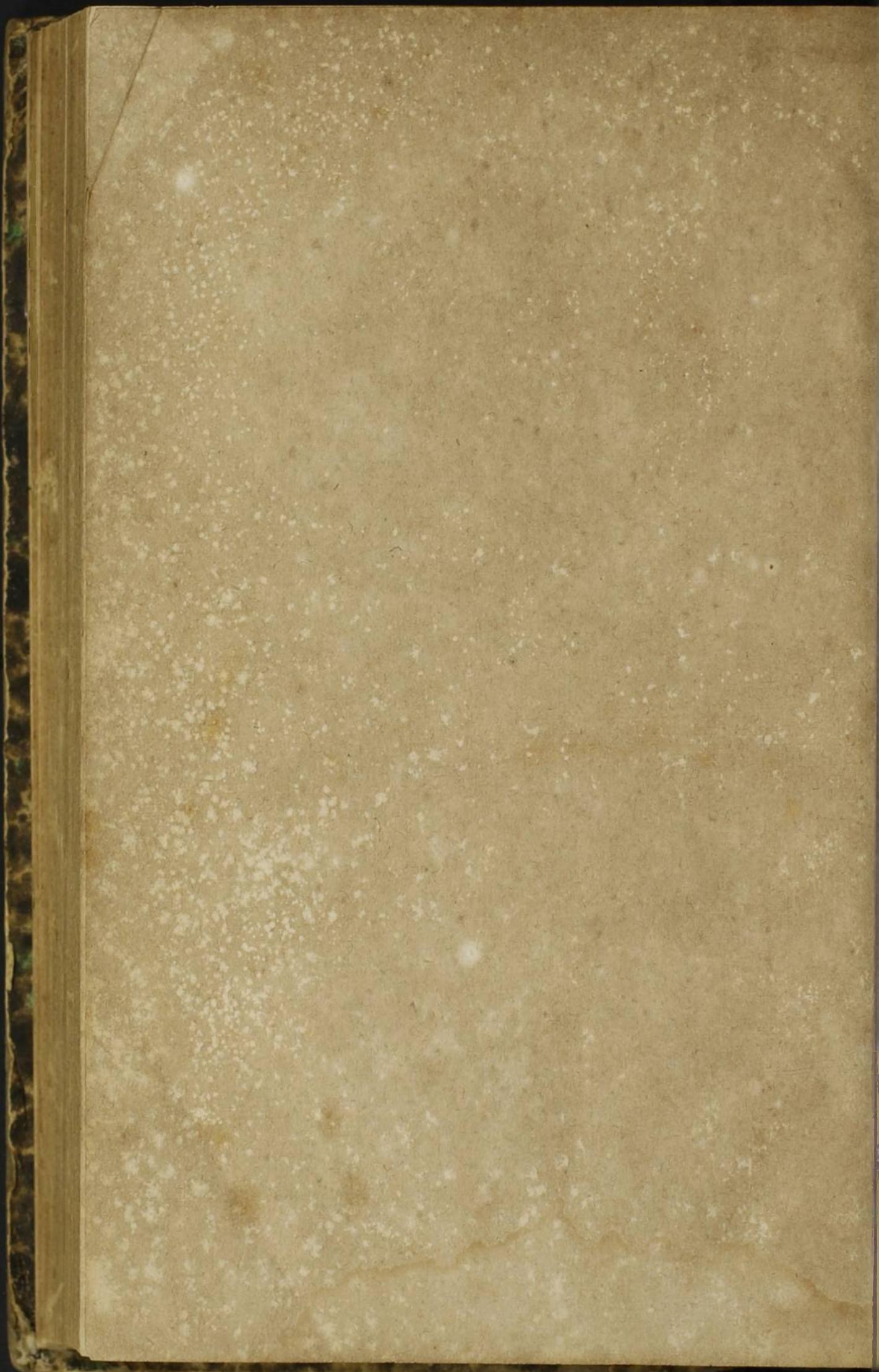
DISPOSIÇÕES GERAES.

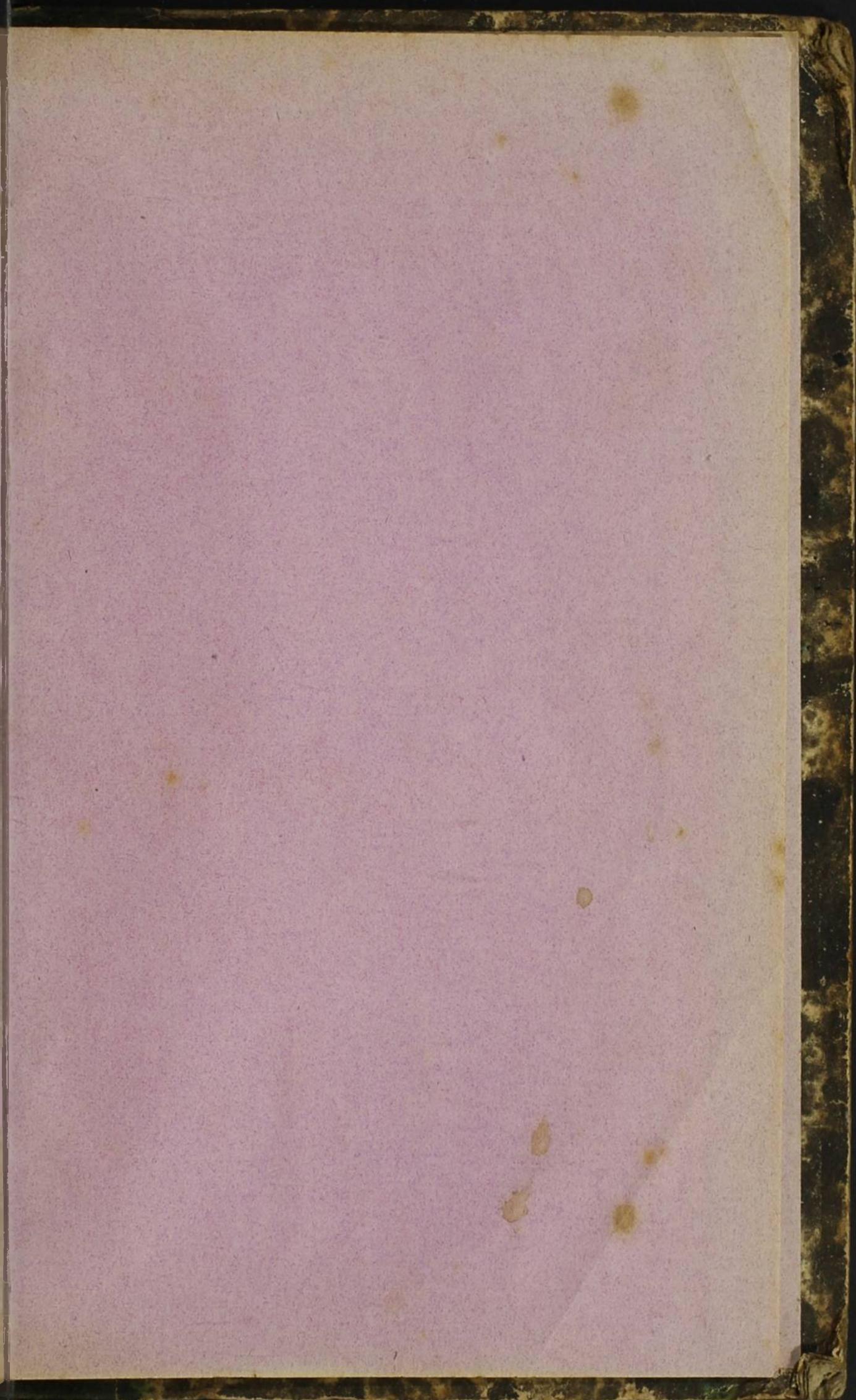
Art. 65. Prescripção das penas.....	319
Art. 66. Perdão ou minoração da penas...	320



Pernambuco. — Typ. Commercial de Meira Henriques,
rua do Collegio, n. 20 — 1852.







12559

