

CAMARA DOS DEPUTADOS

PROJECTO N. 250—1893

Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto
n. 847 de 11 de Outubro de 1890

PARECER

DA

CONGREGAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

PELOS

DRS. LEITE MORAES, BRASÍLIO DOS SANTOS

E

JOÃO MONTEIRO

Relator

Illustrados Collegas

A comissão que honrosamente designastes para, satisfazendo lisonjeira requisição da Camara dos Deputados do Congresso Nacional, dar parecer sobre o *Projecto n. 250 de 1893, que substitue o Codigo Penal publicado pelo Decr. n. 847 de 11 de Outubro de 1890*, vem dar conta da sua espinhosa tarefa.

Na róta que a si mesma traçou, receia a comissão que enfadoso empeço lhe venha talvez entibiar a penna. De um lado, si a superioridade do assumpto estava a impôr mais demorada meditação e a este parecer desenvolvimento tal, que lhe desse a extensão de um livro, a imperativa recommendação da Camara dos Deputados — *que o parecer lhe seja remettido no menor prazo possivel* — deixa a comissão em verdadeiro supplicio procustiano. Terá de antecipadamente medir o seu trabalho pela estreiteza do quadro que já lhe veiu traçado. Será, pois, inevitavel o sacrificio da producção. Do outro lado, si a invejavel fama do douto auctor do *Projecto* — nome recommendavelmente feito na nossa ainda mingoada litteratura juridica, tenaz e habil trabalhador nestas quasi desertas officinas dos raros operarios de Ulpiano, conhecido e proclamado especialista da difficil sciencia do direito

criminal e penal — estava exigindo que nós, seus collegas no magisterio, francos apregoadores de seus talentos, sómente applausos lhe trouxessemos pelo impreciable beneficio que o paiz inteiro lhe vai dever — dar substituto ao Codigo Penal vigente, o peor de todos os codigos conhecidos — ainda a mesma importancia do assumpto, e, parallelamente, o intransigente dever que temos de corresponder á confiança da Congregação, que por seu turno deve honrar a incumbencia com que a distinguiu a Camara dos Deputados, estão estrangendo a commissão a dizer a verdade inteira, qual se lhe afigurar, em que peze ás contrariedades que possivelmente faça nascer no animo do seu estimavel collega.

Na actualidade morbida de nossa existencia politica, urge, com a pressão coactiva do patriotismo intransigente, pôr á margem a esteril pratica das deferencias individuaes, e dizer a verdade em tantas lettras quantas precisas forem á completa satisfação da consciencia, que menos a si propria prejudica quando simula exagerações sentimentaes ou dissimula exigencias imperiosas, do que áquelles por quem se fez infiel. Deshonesto é todo desvio da rectilinea direcção da consciencia.

Devemos a verdade inteira: devemol-a ao nosso patriotismo, que nunca transigiu, devemol-a ao vosso criterio, por principio avêso ao que não fôr genuinamente sentencioso, devemol-a ao paiz, que por seus representantes constitucionaes tem o direito de nol-a exigir.

Disse De Johannis, citado por Fernando Puglia, ⁽¹⁾ que a unica necessidade que opprime inexoravelmente o homem é a da nutrição. A verdade é a nutrição do patriotismo. Havemol-a de dizer completa. « *Par*

⁽¹⁾ *Il diritto nella vita economica*, pag. 46.

consequent point de transaction sur les principes, point de concession imprudente, point de compromis d'aucune sorte; point de complaisance surtout; ni l'envie de plaire, ni la crainte de déplaire ne doivent faire fléchir la plume » (2).

Para desde já desvendar inteiro o nosso parecer acerca do *Projecto* encarado em sua completa estrutura ou em sua complexidade esthetico-juridica, deixaremos, nestas primeiras linhas, como synthese de nossas convicções, o seguinte conceito, posto que arrogante e aspero:

— O *Projecto* não está em termos de ser approvedo pela Camara dos Deputados.

E como o nosso trabalho vai consistir na demonstração logica deste mesmo conceito, synthese critica de todas as partes do *Projecto*, distribuil-o-emos em tantos capitulos quantas são as diferentes feições sob que analyticamente póde e deve o referido *Projecto* ser estudado. Faremos o que os logicos chamam um raciocinio composto, tão preconizado por Bain, Morgan e outros: cada capitulo constituirá um syllogismo cuja conclusão irá servir de premissa maior ao immediato, e todos formarão a cerrada serie de invulneravel sorites, cuja conclusão ultima será esta:

— O *Projecto* não póde nem sequer servir de base para discussão no Congresso Nacional.

Eis aqui a distribuição dos alludidos capitulos, qual se nos afigura mais conveniente. Demonstraremos successivamente que o *Projecto* está cheio de:

- I. Vicios de fórma;
- II. Vicios de classificação;

(2) J.—M. Guardia. *L'Etat enseignant et l'école libre*. Préf. pag. VIII.

- III. Vícios de doutrina;
- IV Vícios de penalidade;
- V Vícios de inconstitucionalidade.

CAPITULO I.

Vícios de fôrma

Si Hegel, definindo a esthetica — a philosophia da arte e das bellas artes — não quiz sem duvida, como observa um dos seus melhores traductores, della banir as sciencias especulativas, menos podel-o-ia querer com relação ás sciencias praticas, entre as quaes resplandece a do direito. Como sciencia do bello, o qual ha de ser sempre, com o platonismo da escola de Alexandria ou com o materialismo da escola büchneriana, idealista com Santo Agostinho ou positivista com Augusto Comte, a expressão da symetria, a esthetica dominará sempre a sciencia juridica, que de resto é a propria symetria nas relações sociaes da humanidade culta.

Mas si todo e qualquer ser ou corpo se manifesta no mundo externo ou sensível por seus attributos e por seus phenomenos, e aquelles constituem a propria figura ou fôrma extrinseca do ser ou corpo — ou, paraphraseando Ihering ⁽³⁾, o proprio corpo debaixo do ponto de vista de sua visibilidade — um codigo, que é o corpo de certas regras juridicas dominantes em determinado paiz, não pôde deixar, para attingir o bello legislativo, de amoldar os seus attributos, isto é, a sua fôrma, ás leis e principios da esthetica universal. Sem symetria, qualquer codigo, como qualquer corpo, será fatalmente defeituoso. Não poderá ser bello.

(³) *E'spr. du Dr. Rom.*, III, 165.

Ora, ensina a esthetica, e assim disseram grandes pensadores — Aristoteles, Santo Agostinho, Galiano, Marmontel — que os elementos ou principios constitutivos do bello são a ordem e a proporção. Aquella, é o arranjo dos componentes; esta, as suas relações de extensão (⁴).

Logo, em qualquer codigo, devem os seus componentes, isto é, as suas palavras, já consideradas isoladamente, já reunidas ou em proposições, ser arranjadas artisticamente, e todas as suas partes dispostas proporcionalmente entre si.

Correcção grammatical e classificação scientifica — eis as duas exigencias correlativas daquelles dous attributos fundamentaes de um codigo aceitavel.

A primeira destas exigencias fará assumpto do presente capitulo.

Nem pareça demasia, filha de impertinencia demagogica, encararmos o *Projecto* sob o ponto de vista das exigencias grammaticaes. Lei mal escripta, traduzindo, com desprestigio dos creditos nacionaes, atrazo na cultura intellectual do paiz, não será sómente um aleijão litterario, mas tambem, o que é peor, fonte perennemente aberta ás especulações da chicana, essa lepra forense, como lhe chamou Bentham.

Não—não é impertinencia, senão completa satisfação de imperioso dever, que a commissão cumprirá quaesquer que possam ser os possiveis, ou melhor, os provaveis doestos de que venha a ser alvo. *Questão de nonada*—assim foi que o auctor de um dos projectos de constituição para a Republica appellidou a critica, que o relator deste parecer fez á parte grammatical do seu trabalho. *Questão vital*—devera elle ter ao contrario reconhecido e confessado, e o demonstrámos na *Gazeta de Noticias* de 7 e 12 de Abril de 1890.

(⁴) Jouffroy, *Cours d'esthétique*, pag. 76-77.

Os jornaes passam velozes, e delles, como daquelle projecto, não resta sequer memoria. Venia, pois, para a seguinte transcripção :

« A lingua e o direito nacionaes, diz A. Guadenzi (*Lingoa e diritto nel loro sviluppo parallelo*), constituem simultaneamente a fórma e a norma communs do pensamento e da actividade de qualquer povo.

« Como demonstração de tão vulgar conceito, bastaria a definição de philologia, que para o sabio Littré, mais não é, no sentido proprio ou particular, do que o estudo e o conhecimento de uma lingua emquanto instrumento ou meio de qualquer litteratura, e portanto, de qualquer legislação.

« Lingua e direito são termos de uma equação. Tal como todos os seres vivos, as linguas, na phrase de Hovelacque (*La Linguistique*, p. 2), nascem, crescem, definham e morrem ; pois parallelamente se desenvolve o transformismo juridico. Apenas, corrigindo a infeliz expressão de Hovelacque, diriamos— se transfundem—em vez de morrem : as linguas, como o direito, não morrem ; vasam-se umas nas outras, seguindo, como todos os phenomenos sociaes ou phisicos, a lei eterna da selecção natural. E' assim que as velhas e ruins composições de Nevio e Ennio, como observa o citado Gaudenzi, transfundiram-se na *Eneida* de Virgilio e na *Historia* de Tito Livio, e que, com o lento volver dos seculos, o latim transfundiu-se no italiano ; é assim ainda, dizemos nós, que parallelamente o tosco direito anterior ás XII taboas vasou-se mais tarde no *Corpus Juris*, como depois o direito justiniano nos maravilhosos codigos modernos.

« Lingua e direito são dous phenomenos sociaes simultaneos. Si na linguagem, quer morphica, quer phonicamente considerada, tem o homem o mais effectivo conducto das suas relações com o mundo externo, no direito, que é a expressão systematisada

da actividade psychica, moral e politica do ser pensante, não tem elle menos prompto e largo meio de communicação social.

« Daqui vem, como estupendamente nol-o mostram Ihering nos seus esplendidos paragraphos sobre a plastica do direito, e Pictet—*Origines indo-européennes*—que a primeira condição para o estudo e conhecimento do direito de um povo é o estudo e conhecimento da respectiva lingua.

« No estylo em que é redigida uma lei, póde até muitas vezes estar a revelação de uma epoca juridica; eis um conceito que naturalmente deflue das seguintes linhas do citado Gaudenzi: «Assim como o direito, quanto mais progride, maior espaço deixa á liberdade individual, assim tambem a lingua, quanto mais se aperfeiçoa, maior campo deixa á livre actividade do escriptor, a qual reside no estylo.»

« Mas é bem de ver, que esta liberdade de estylo está irremissivelmente presa ás duas seguintes condições: 1.^a que a phrase exprima verdadeiramente o pensamento; 2.^a que não ande divorciada da grammatica nacional. Si a interptração de qualquer lei, posto que clara (frg. 1.^o § 11 Dig. *de inspic. ventr.*) tem por esteios logicos a *ratio* e a *littera legis*, salta aos olhos que a lei sem grammatica, ou em guerra aberta com o genio e pureza da lingua nacional, não póde ser a exacta expressão do direito de um povo. (5)»

Longe de sermos fetichista da nua e crua lettra da lei, pois que, como já diziam os romanos em sua secular sabedoria—*plus in rem quam in verba*—somos, todavia, exigente até o rigor no que toca á perfeição grammatical das leis.

« *En droit, comme en métaphysique, bien des controverses*, diz Bonnier (6), *ne roulent que sur des*

(5) Dr. João Monteiro—*Gazeta de Noticias* de 7 de Abril de 1890.

(6) Idem, de 12 do mesmo mez.

disputes de mots. Ces équivoques n'ont pas lieu seulement dans les écoles, où elles ne sauraient avoir de bien graves conséquences, elles se sont reproduites dans la pratique judiciaire et jusque dans la rédaction des lois.»

E qual é, senão a imperfeita redacção das leis, a mais abundante fonte das controversias judiciarias?

Consoante estes principios, analysaremos rapidamente o *Projecto* sob este duplo aspecto :

- a) construcção grammatical;
- b) redacção ou estylo.

SECÇÃO I.

Construcção grammatical

Não é intento da commissão demonstrar a existencia dos erros grammaticaes, que simplesmente sublinhará, menos corrigil-os. Os philologos, que não escassearão na Camara dos Deputados, vel-os-ão facilmente. Nem a commissão os apontará todos, senão alguns, ao acaso, segundo forem cahindo sob os olhos, em rapido folhear do *Projecto*. Si por ventura a ella é que acharem em erro, não lhe poupem censuras, mas deem-lhe demonstrações. Quem sabe si, em replica, não nos caberá dizer como Themistocles, com calma admiravel, dizia a Euribiade, de Sparta: Fere, mas ouve!

Art. 8.^o § unico: *as sobreditas* interdicção ou inhabilidade.»

Art. 19 n. III: » na falta de *ambos*. » ⁽⁷⁾

(7) Eis aqui um erro grammatical que escapará mesmo ao mais apurado philologo si não combinar a disposição deste n. III com os anteriores do art. 19; e aquelle erro é tanto mais grave quanto é certo que poderá originar difficuldades praticas bem serias.

Art. 61: « As penas restrictivas da liberdade pessoal serão cumpridas nos estabelecimentos *respectivos* ⁽⁸⁾, ainda que não se achem situados no lugar do crime ou do domicilio do condemnado, quando nestes não os *houverem* ⁽⁹⁾.

Art. 64 *in fine*: « a interdição OU privação EXCEDERÃO »

Art. 65: « mas a duração estabelecida na sentença ou na lei *durarão*. »

Art. 107: « a que tambem se *applicará* as garantias estabelecidas. »

Demonstremol-o em algumas linhas.

O *Projecto*, neste ponto superior ao Codigo Penal vigente (art. 22), não estabelece solidariedade entre os responsaveis por abuso da liberdade da imprensa. Assim, no n. I do citado art. 19 responsabilisa successivamente:

- a) o signatario do escripto,
 - b) quem se obrigou pela publicação;
- e no n. II, em falta desta responsabilidade successiva,
- c) o editor.

Vem o n. III, e diz: Na falta de *ambos*, o dono do jornal.

Ora, deixando de parte a incorrecção do emprego daquelle adjectivo *ambos* quando trez podem ser os responsaveis preferidos; dando mesmo de barato que só haja a successão estabelecida nos ns. I e II (auctor ou testa de ferro! e editor), aquelle *ambos* do n. III é incorrecto e poderá desnortear a jurisprudencia.

Adjectivo determinativo de quantidade, *ambos* designa *um e outro*, isto é, *dous seres juntamente*; e segundo a lição de um dos mais auctorizados grammaticos brasileiros, Julio Ribeiro, *ambos* não se póde usar a respeito de cousas entre si oppostas (*Gram. Port.*, 3.^a ed., pag. 244). Mas então, si o dono do jornal só é responsavel na falta do auctor e editor conjuntamente, segue-se que, interpretado litteralmente o *Projecto*, o auctor e o editor são solidariamente responsaveis. E eis que o emprego errado de um simples adjectivo transtorna um systema inteiro.

⁽⁸⁾ *Respectivos*? Eis outro adjectivo cuja significação torna-se aqui indecifravel.

⁽⁹⁾ Sobre este singularissimo plural veja-se uma bella lição do Dr. Freire, *Compendio da Gram. Port.*, 6.^a edic. pag. 377.

E este erro é muitas vezes repetido no *Projecto*, como se verá adiante.

Art. 135: « Commetter factu tendente a fazer *tomar* armas os habitantes da Republica contra, etc.»

Art. 172: « e constringer os *carcereiros* ou guardas a *facilitar* a evasão, etc.»

Art. 180 *in fine*: « Não *haverão* logar as penas deste artigo, etc. »

Art. 210: « Abusar o funcionario publico do seu officio para constringer alguém a dar ou prometter indevidamente dinheiro ou qualquer vantagem a *si* ou a terceiro. » ⁽¹⁰⁾

Art. 231: « Fazer o patrono entregar-*lhe* dinheiro ou outras cousas, o seu cliente. »

Art. 243: « Lançar em poço, fonte, bomba ou aqueducto, de uso geral ou commum *de outros ou com outros*. »

Art. 256: « Annullar ou fazer *desapparecer os signaes* »

Art 271: « ministrar *á* esta notas. »

Art. 280: « Ainda se *observará* as seguintes regras. »

(10) Quereis exemplos do correcto emprego do pronome *si*? lêde os arts. 211 e 212.

Art. 284: « Violar uma mulher, constringendo-a a quem com violencia ou ameaça, a ter *comsigo*, relação carnal. » (11)

Art. 294: « ou por outra pessoa a *que* o menor tenha sido confiado. »

Art. 333: « *o que* » « *por si ou por outros...* »

Art. 342: « Mas além das penas disciplinares que no caso *couber* »

Art. 357: « *á fé deste* »

Art. 387: « *o que ella tinha.* »

Para que mais? Em trabalho de tamanha importancia nunca fôram demasiados os mais excessivos requintes de nimia perfeição, que o auctor houvera empregado. Como nos quadros do Buonarroti ou do Sarto, em que o desequilibrio de uma linha afeitaria o conjuncto a ponto de o amesquinhar, um erro grave de grammatica bastaria para prejudicar um codigo, que é a suprema pintura do direito de um povo.

SECÇÃO II.

Redacção ou estylo

Sem syntaxe litteraria ou estylistica, poetas, romanistas, historiadores, oradores, não se culminariam até á gloria, posto que a ninguem prejudicassem.

(11) Constringer uma mulher a ter relação carnal *comsigo*... Mas então a relação carnal reflexiva já é crime? Tal pergunta está unicamente indicando quanto é necessaria a correccção grammatical. E já que o *Projecto* tantas vezes limitou-se a traduzir o ultimo Codigo Penal italiano, porque não traduziu o art. 331?

Que damno soffreríamos nós em nossos direitos si Raymundo Correia, Machado de Assis, Pereira da Silva ou Epitacio Pessoa não fosse brilhante successor de Gonçalves Dias, José de Alencar, Silva Lisboa ou José Bonifacio? Mas a viciosa redacção das leis constitue uberrima stirpe de possiveis prejuizos e injustiças. Quando Leibnitz, de quem ninguem teria o direito de dizer que se occupasse de questões de nonada, assignava, como requisitos de um codigo, o ser *brevis, clarus et sufficiens*; quando Thibaut, outro espirito eminente, ensinava, que a primeira condição a se exigir em qualquer lei, é que *seja a mais perfeita possivel na fórma, isto é, clara e precisa*, quando Ihering, o maior jurista da segunda metade deste seculo, clamava pela abolição, na architectonica juridica, do que elle chamava o *estyllo rococó do direito*—posto que zelassem pelas exigencias da arte, esse eterno espirito vivificador de toda producção, tinham particularmente em vista suggerir nos legisladores o cuidado tendente a remover, pela boa redacção da lei, a pernicioso instabilidade da jurisprudencia, facilmente desnorteavel por falta ou desconcerto da bussola scientifica. Si, como diz Lastarria ⁽¹²⁾, a arte é a expressão viva do pensamento scientifico da sociedade, um codigo, para, reflectindo as concepções juridicas do povo, na expressão de Puchta ⁽¹³⁾, ser como um espelho em que o mesmo povo a si se reconheça, precisa, pela sua fórma extrinseca, ser a viva e fiel traducção da regra legislativa.

A redacção das leis, isto é, a fórma scientifica na qual se deve moldar o pensamento legislativo, posto que severa, mesmo desenfetada de louçanias, quiçá adaptaveis—sem ser propriamente didactica, ainda que logo deva inculcar o conteúdo em toda a sua

⁽¹²⁾ *Léçons de Politique positive*. pag. 122.

⁽¹³⁾ *Gewohnheitsrecht*, II. 8.

comprehensibilidade, nem prolixa, para não deixar aberta a porta ás controversias escolasticas—deve ser, não sómente artistica no arranjo lexeologico das palavras, quer phonologica, quer morphologicamente consideradas, como principalmente tão clara, que lhe seja, senão impossivel, ao menos difficilimo comportar ambiguidades, subtilezas e sophismas.

« De que modo, perguntava o pranteado auctor do *Espirito do Direito Romano* ⁽¹⁴⁾, de que modo o direito, abstraindo do seu conteúdo, deve ser organizado e estabelecido afim de que o seu organismo simplifique, facilite e assegure, quanto possivel, a applicação das regras de direito aos casos occorrentes? Para tal pergunta, a sã razão humana não achará outra resposta senão esta: pela redacção clara, precisa e detalhada das leis.»

Nem outras eram as idéas dos romanos nos textos de hermeneutica, aqui e ali emergindo do *Corpus Juris. Meminisse debet iudex*, recommendava Justiniano, no pr. da *Inst. de off. judic.*, *ne aliter judicet, quam legilus proditum est.*

E quaes são as condições mediante as quaes póde o legislador attingir em cheio tão proveitoso alvo? E' preciso, em resumo, que:

a) defina a regra de direito por meio das palavras que grammaticalmente forem necessarias, e só por essas, á fiel expressão da *mens legis*, e

b) observe rigorosamente a technica, que é a *arte de aperfeiçoar a fórmu da materia juridica*, na expressão do citado Ihering.

Agora, vejamos, ainda a correr, tambem ao acaso, de que modo o *Projecto* satisfaz a tão justas e irremoviveis exigencias.

(14) III, 19.

Art. 1.º *Ninguém poderá ser punido sinão por facto previsto como crime ou contravenção em lei anterior e com a pena nesta decretada.*

Si a commissão fosse procurar um exemplo da infelicidade com que os actuaes reformadores da nossa legislação andam a derrubar, na ingloria faina de systematicamente destruir, tudo quanto os nossos antepassados deixaram de bom e sabio nos varios monumentos de nossa legislação—verdadeiros modelos da plastica juridica—nenhum mais eloquente do que este.—*Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique—Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis*—taes eram os arts. 1.º e 33 do Codigo Criminal de 1830. Veiu o de 1890, e os condensando (no que não havia mal) em seu artigo 1.º, deu a este redacção menos artistica do que a anterior e com uma incorrecção grammatical (*e nem*, não se escreve); agora o *Projecto* nos vem dizer que ninguem poderá ser punido sinão por facto delictuoso *previsto em lei anterior* e com pena nesta *decretada!* Redacção pleonastica e anti-technica (15).

Art. 2.º *Si entre a epoca do facto punivel e o seu julgamento (seu, de que: da epoca ou do facto?) vigorarem DUAS OU MAIS leis, será applicada ao réo (havia de ser ao auctor?) a disposição menos rigorosa.*

Comprehende-se o que o *Projecto* quer dizer, mas de que maneira o diz? suppondo possivel a coexistencia de duas ou mais leis punitivas do mesmo delicto! Muito melhor é a redacção do art. 3.º do Codigo vigente, reflexo do art. 2.º do codigo italiano.

(15) Aos que acharem exagerada a censura diremos tão sómente, que um Codigo deve ser perfeito, e que está muito longe da perfeição o dizer-se *previsto em*, quando deve ser *previsto por*, *previsto em lei anterior*, quando é absurdo prevêr por lei posterior, e *pena decretada*, quando a technica juridica dá a este vocabulo *decretado*, *decretada*, significação particular, diversa daquella.

Vide o Cod. da Austria-Hungria, art. 2.^o: Si entre o dia em que o acto foi commettido e o do julgamento, varias leis, usos ou regras de direito differentes estiveram em vigor, applicar-se-á a disposição mais branda.—Assim é que se redijem leis.

Art. 3.^o *Este Código* (qual havia de ser?) *não comprehende:*

§ 3.^o *As violações previstas especialmente nas leis e regulamentos fiscaes, sanitarios e outros semelhantes.*

Semelhante exprime conformidade de figura ou de qualidade entre duas cousas; ora, si o código apenas nomeia os regulamentos fiscaes e sanitarios, que só podem ser, não semelhantes, sinão parecidos unicamente em serem disposições obrigatorias, não ha como o interprete enquadrar ali outro qualquer regulamento, porque então chegaria a enquadrar-os todos. Regulamentos semelhantes aos fiscaes e sanitarios só outros fiscaes ou sanitarios.

E quanta controversia não ficará latente naquelle simples adjectivo?

Titulo II. — Da responsabilidade e da codelinquencia

Esta rubrica é infeliz. Na taxonomia patria, a copulativa ou coordenativa e tem por funcção especifica ligar conceitos inteiros ou idéas independentes entre si; portanto, ou se hade dizer que a idéa da codelinquencia é independente da de responsabilidade, o que será erro palmar, ou se confessará que a rubrica está errada. E muito mais importante do que o defeito anterior, póde este desorientar os interpretes, a menos que, debaixo della, não se inscreva o apophtegma romano: *Rubrica non facit fidem.*

Nem nisto fica a infelicidade de tal rubrica, como se verá confrontando-a com a do titulo seguinte: *Das causas que excluem ou attenuam ESPECIALMENTE a responsabilidade*. Mas então estas causas não excluem ou attenuam a responsabilidade dos codelinquentes? Si ali se define a responsabilidade e a codelinquencia, e aqui se estabelecem as causas excusadoras ou attenuantes *especialmente* da responsabilidade, segue-se que aqui não se comprehende a codelinquencia — o que é absurdo.

Porque não se reproduziu o Codigo vigente: *Da responsabilidade criminal?* ou o italiano: *Da imputabilidade?*

E o que significa este *especialmente*? E' difficil responder, pois nos queria parecer que na parte geral devia o codigo se occupar das *causas geraes* que excluem ou attenuam a responsabilidade.

Arts. 14 a 18. Nestes artigos trata o *Projecto* de já tão discutidos institutos do direito criminal — tentativa, auctoria e complicitade — que a commissão não pôde deixar de lamentar profundamente não se haver ainda desta vez attingido a perfeição.

Entretanto, o nosso velho Codigo de 1830 era inultrapassavel neste ponto, salvo, no conceito da tentativa, a falta de enunciação, precisa e clara, dos trez principios scientificos seguintes, que o vigente Codigo consignou nos arts. 14 e 15, mas que só por inducções a jurisprudencia tirava do art. 2.º § 2.º daquelle primeiro Codigo:

a) não ha tentativa punivel no emprego de meios inidoneos á consummação do delicto deliberado,

b) nem quando esta é absolutamente impossivel por falta de objecto; mas,

c) ainda que a tentativa não seja punivel, punir-se-ão os actos preparatorios ⁽¹⁶⁾ que reunirem as condições legaes de delicto.

O *Projecto*, com a sua redacção, deixa de pé a renhida controversia que taes pontos sempre accenderam nas escolas, principalmente na Allemanha, onde as duas doutrinas chamadas *subjectivas* e *objectivas* resolvem de modo diametralmente opposto os pontos a) e b). Os *subjectivistas*, dando predominancia ao elemento intencional, punem a tentativa mesmo naquelles casos; os *objectivistas*, com patente superioridade de motivos, dão as soluções apontadas ⁽¹⁷⁾. Ora, sendo de crêr que o *Projecto* adoptou a melhor doutrina, é fóra de duvida que foi infeliz na redacção, com a qual devia cortar positivamente qualquer polemica.

Nos artigos que estamos analysando sente-se facilmente a pouca segurança do *Projecto* na technica do direito criminal. O emprego dos mesmos vocabulos para a construcção de relações diversas, o uso de locuções radicalmente improprias, a frequente intercalação de gerundios incabiveis, uma certa nebulosidade a pairar sobre a maior parte do trabalho, nuvens a diffundirem alguma cousa que o leitor sente mas não explica, pesando sobre o seu espirito, aliás faminto de leis boas e bem escriptas — eis ahí o *Projecto*.

Si o art. 4.º do velho Codigo de 1830, adiantando-se no tempo aos mais correctos escriptores contemporaneos, dando mesmo a Ihering os materiaes para a sua estupenda theoria da technica — *rapidez, facilidade, segurança e belleza* — comprehendeu, em perfeita synthese,

⁽¹⁶⁾ . . . *que entrarem em sua CONSTITUIÇÃO*, diz pessimamente o Codigo de 1890, sem reflectir que os actos de principio de execução, posto que possam ser classificados crimes especiaes, não serão punidos nesta qualidade, sinão como *constitutivos* da tentativa.

⁽¹⁷⁾ A controversia é vasta, difficil e debatidissima: na impossibilidade material de demonstrar, como conviria, a superioridade da escola objectiva de Geyer, limita-se a commissão a indicar o melhor resumo que conhece a respeito: Puglia, *Del tentativo*, pag. 13 e segs.

todas as figuras da auctoria, co-auctoria e complicitade, porque não o reproduziu o *Projecto*? Pois a redacção do art. 15: *São auctores os executores e cooperadores immediatos do facto punivel, assim como aquelle que tiver determinado outrem a commettel-o* — vale por ventura a do referido art. 4.º? Acaso o cooperador immediato não é tambem executor? aquelle que determina alguém a commetter o delicto não é tambem cooperador? para que pois tanta redundancia sinão para pasto de futuras polemicas, com gaudio da chicana e detrimento da justiça? O art. 63 do Codigo italiano não foi boa fonte.

Art. 16. «*São complices todos os mais que concorrerem para o crime facilitando-o*» Ao que vem esta novidade—*facilitando-o?* e si o concurso de terceiro difficultar, pela natureza dos meios, a execução, não constituirá complicitadé, posto que aquella se tenha consummado? Traduzindo o n. 3.º do art. 64 do Codigo italiano, que teve por fonte o art. 69 do codigo da Austria-Hungria, não ponderou o *Projecto* que ali se definia apenas uma das muitas figuras que a complicitade póde tomar, e não viu nos dous numeros anteriores outras que poderão escapar da formula adoptada.

O art. 17 ou é redundante ou concebe alguma figura que a commissão não consegue descobrir. Para que dizer—que *o culpado por (ou de?) algum facto de codelinquencia (facto de codelinquencia—o que será isto?) será considerado auctor e não complice, si sem o seu concurso o crime não se tivesse podido realizar*—si pelo *Projecto* só é complice aquelle que apenas facilita a perpetração do delicto?

Do art. 18 é perfeito o § 1.º— e porque? porque é copia litteral do art. 6.º § 1.º do Codigo de 1830; entretanto o § 2.º, que talvez tivesse em vista corrigir o defeito notado pela jurisprudencia no § 2.º do citado art. 6.º, ficou muito mais defeituoso, salvo o accrescimo,

bem aconselhado, do adverbio *habitualmente*, vindo do art. 61 do Código francez. Da expressão final daquelle § do velho código—*taes crimes*—veiu a doutrina—que—*assassinos e roubadores*—do principio do mesmo §, estavam ali exemplificativamente; mas o *Projecto*, concluindo este § com as expressões *mortes ou roubos*, cathegoricamente exclue desta especie particular da complicitade os que habitualmente derem azylo a outro genero de delinquentes, que aliás podem ser tão perigosos como aquelles, por exemplo—os conspiradores, como lembrava o nosso respeitavel mestre de direito criminal, o Conselheiro Manoel Dias de Toledo.

No art. 19, estabelecendo o *Projecto* as regras da responsabilidade nos delictos de abuso da liberdade de communicação do pensamento, diz no n. I, que é responsavel como auctor— « *a pessoa que assignou o escripto publicado ou a imagem impressa e na falta de assignatura nesta ultima quem se obrigou pela publicação della, desde que seja conhecido, residente no paiz, etc.* »

Desta redacção tiram-se as seguintes conclusões, de todo inaceitaveis, até mesmo porque não podiam estar na intenção do sabio auctor do *Projecto*:

a) na communicação do pensamento por meio de imagens impressas é permittido o anonymato;

b) as condições subjectivas exigidas nos responsaveis por taes delictos sómente se referem á imagem impressa, mas não ao escripto.

Art. 23. A viciosa redacção deste art., maxime quando comparamol-o com outros do *Projecto*, poderá dar logar a varias duvidas praticas, de importancia maxima.

—*Não são responsáveis os que por alteração morbida das funcções psychicas não tiverem a consciencia ou a liberdade de determinação dos proprios actos.*—

Em primeiro logar —ficam aqui comprehendidos os que nasceram mentecaptos, e os que a estes a medicina judiciaria tem equiparado — como o surdo-mudo? Sem duvida que sim, dirá o illustrado auctor do *Projecto*; não, lhe poderá retorquir a argucia da chicana, esteiada no primeiro dos elementos da interpretação da leis: a observancia da *littera legis*. Não ha alteração sem que a cousa alterada fique outra do que era; mas aquelles que são congenitamente mentecaptos não passaram por alteração alguma, pois são o que sempre foram; logo, são responsáveis.

Em segundo logar —comprehendem-se aqui os hypnotisados? Não, responderá o *Projecto* com o art. 34 § 3.º, no qual se considera circumstancia attenuante o *ter o réo agido (obrado, diz o Projecto) sob a influencia de suggestão hypnotica ou semelhantes*; sim, retrucará com bons fundamentos o inextinguivel direito de defesa, por quanto o hypnotisado, *por alteração morbida das funcções psychicas*, fica privado da liberdade volitiva: é mero instrumento nas mãos do hypnotisador, qualquer que seja aliás a fórma desta especie das nevroses —*catalepsia, lethargia, sonambulismo* ou outra qualquer (Giulio Campili, *Il grande ipnotismo*, Cap. IV pag. 55 e segs.).

Em terceiro logar, si o illustrado auctor do *Projecto*, aliás violentando noções cardinaes da pretenciosamente chamada *A nova escola penal*, da qual parece, pela sua exposição de motivos ⁽¹⁹⁾, ser fervoroso adepto, inclinou-se para os adversarios da denominada escola de Nancy, e contesta que o estado psychico

(19) E assim o affirma o eminente Lombroso na Introd. á traduc. italiana dos *Criminosos natos*, do argentino Luiz Drago, pag. XXXII.

do hypnotizado seja verdadeira alteração morbida, devia ao menos descer ao casuismo da outra escola para, referindo-se a todas as modalidades deprimentes da integridade psychica do homem como *causa voluntaria e intellectiva* dos delictos, na phrase de Pessina ⁽²⁰⁾, não deixar possivel sequer a imputabilidade de algum anormal no quadro da physio-psychologia humana.

Em quarto lugar, que estados se poderão comprehender no adjectivo *semelhantes* do cit. art. 34 § 3.º? Que vasto campo aberto ás vaccillações da jurisprudencia! mas também, que defeito em um codigo, sobretudo criminal, cuja primeira virtude deve consistir, para repetir com a exposição de motivos á pag. 7, *em evitar sempre que fôr possivel o arbitrio do juiz!*

Finalmente, que motivo determinaria o *Projecto* a supprimir do seu art. 23, a oração circumstancial—*no momento em que commetteu o facto*—do art. 46 do Codigo italiano, visivelmente sua fonte proxima? Seria para só comprehender os que soffrem de demencia permanente, excluindo assim os loucos transitorios? o ebrio accidental completo, do art. 48 do mesmo Codigo italiano? Quem poderá responder com segurança?

Art. 26, I. « *Não são puniveis os que commettem o facto (scilicet, punivel ou delictuoso) em virtude de disposição de lei, ou por ordem, na conformidade desta, de auctoridade competente* »

Ora eis aqui até onde póde levar a nua traducção das leis estrangeiras, possam ou não aclimar-se no nosso meio constitucional. E' certo que o art. 49 do Cod. penal italiano prescreve a mesma disposição deste art. do *Projecto*; mas como conceber possivel

⁽²⁰⁾ *Elem. di diritto pen.*, Nap. 1882, v.º 1.º p. 335.--Vide sobre este interessante assumpto, Scipio Sighele, *La folla delinquente*, cap. III

que a lei obrigue alguém a commetter um facto em si mesmo punivel? Nem a Constituição italiana contém disposição semelhante á do art. 72 § 1.º da nossa. De resto, si a lei manda praticar o facto, deixa este de ser delictuoso — não póde ser punivel.

Mas alludirá o *Projecto* a factos praticados no exercicio de funcção legal ou em cumprimento de ordem formal de auctoridade competente, mas que, fóra destas circumstancias, constituiriam delicto — por exemplo: procedendo a uma prisão, o official da diligencia mata o criminoso que, para resistir, emprega a força? Si allude a essa ou hypotheses congeneres, confesse-se que se escreveu outra cousa.

Art. 26, II. «*Não são puniveis os constrangidos pela necessidade de defender-se (scilicet, de se defenderem), repellindo de si ou de outrem* » Necessidade de alguém se defender repellindo de outrem uma violencia. E' quasi esphingico.

Art. 44 § 3.º «*Só a segregação nocturna será obrigatoria durante o cumprimento de todas as penas.* »

Sem duvida o *Projecto* quiz dizer de *qualquer das penas*, mas disse de *todas as penas*: quem não vê logo as duvidas de que está cheio o bojo de tal redacção? Entre *todo* e *qualquer* ha a mesma differença que entre a somma e esta ou aquella das parcellas⁽²¹⁾.

Art. 59, alinea: «*Si a pena fôr a do ergastulo ou de 30 annos de prisão, se imporá esta por 25 e 30 annos.* »
Erit mihi magnus Apollo

(21). Os adjectivos *todo* e *qualquer* são em geral mal empregados no *Projecto*; assim, no art. 48 n. I let. b) lê-se *de todo o cargo* em vez de *todo cargo*, equivalendo a *qualquer cargo*.

Art. 87: « *A prescripção decorre para os factos consummados do dia de sua consummação; para os tentados (scilicet, para a tentativa), do dia em que foi commettido o ultimo acto de execução.* »

Mas o que será o *ultimo acto de execução* que não seja a propria consummação? Ou ha aqui meramente erro typographico ou o *Projecto* não se justifica. O erro é tão grave que bem se lhe pôde applicar o que se lê na pag. 8, 1.^a col., da *Exposição de motivos: Ha enunciados que por sua evidente falsidade dispensam refutação.*

Entrando agora na *Parte Especial do Projecto*, onde se definem os crimes em especie, muito teria a commissão de dizer, em que peze, repete, á elevada consideração que tributa aos meritos scientificos do seu auctor; mas o tempo vai voando, e aquella recommendação da Camara dos Deputados, a que alludimos no começo, nos está incommodamente apertando a penna. Apontaremos os vicios mais salientes.

E logo no primeiro artigo (art. 111) topamos mais uma vez com o tal vocabulo *facto*, que derramado a miudo pelo *Projecto*, apenas denota a já arguida falta de segurança technica. Porque desprezar a boa e velha formula: — *Tentar directamente e por factos* — que até o Codigo de 1890 conservou do de 1830, para trazer esta: *Committer factu tendente a* —? Seria o amor de traduzir a cada passo o codigo italiano: *Chiunque commette un fatto diretto a* ? (22).

(22) Art. 104, 117 e outros.

Já no art. 126 não se diz — *commetter facto* — mas — *acto tendente a*. — Mas então no *Projecto* são synonymos os vocabulos juridicos *acto* e *facto*?

Art. 132. « *Usar de violencia ou ameaças para constringer algum JURADO . . .* ».

A expressão *jurado* deve ser substituida por estoutra — *juiz de facto*. O juramento não é mais exigido nos actos officiaes civis, e pelo menos neste Estado aquella denominação foi banida do Decr. n. 123 de 10 de Novembro de 1892, que regulamentou a nossa *Organisação Fudiciaria*. O relator deste parecer, incumbido de formular aquelle regulamento, pôz nisso aturada attenção ⁽²³⁾.

Art. 137 « *Entrar JURISDICIONALMENTE em paiz estrangeiro SEM AUCTORIDADE LEGITIMA.* »

Como é que se pôde entrar *jurisdiccionalmente sem auctoridade legitima*? A commissão bem sabe o que é que o *Projecto* não disse mas queria dizer; pois bem: nisto mesmo é que está o defeito do *Projecto*.

A rubrica do titulo II cap. III: *Evasão e não cumprimento de pena* — traduzida do codigo italiano: *Della evasione e della inosservanza di pena* — foi outra infelicidade do *Projecto*.

Quereis a prova? Aquelle capitulo abre com o art. 171, assim redigido: *Tirar o que estiver legalmente preso*. Logo, si isto é evasão, poderá o criminoso dizer: *Eu evadi o preso tal*.

O art. 172 diz: « *Accommetter qualquer prisão. si a evasão não se verificar* » Logo, poder-se-á dizer: *X evadiu a prisão tal*.

⁽²³⁾ O mesmo se deve fazer no art. 232 *in f*.

Não cumprimento da pena é mero resultado do delicto de evasão, mas não é o delicto, tanto que o *Projecto* usa no art. 179 da expressão — *violar a execução da sentença*.

Entretanto, ahí estava o código de 1830 a ensinar a verdadeira rubrica, que o vigente acertadamente copiou; ou si havia o proposito de regeitar o que é nosso, ali estava o ultimo código portuguez — Tit. III cap. III. *Da tirada e fugida de presos, e dos que não cumprem as condemnações*.

Os arts. 189 e 190 foram tão obscuramente redigidos que, si não fossem as disposições similares do código de 1830, seriam indecifráveis. Eil-os:

« *Omittir a auctoridade competente, retardar ou recusar proceder ou deixar de reclamar daquella que deve prover, para fazer cessar qualquer detenção illegal, de que tiver noticia.* »

« *Commetter, o que se achar revestido de qualquer poder ou auctoridade, na guarda ou conducção de pessoa presa ou condemnada, ACTOS ARBITRARIOS (?) ou usar de rigores não permittidos nas leis CONTRA ELIA.* »

Art. 202. *Publicar indevidamente o QUE estiver na posse de correspondencia epistolar ou telegraphica, o SEU conteúdo não destinado á publicidade, de modo que do facto resulte damno.* »

Sem duvida aquella locução *o que* refere-se ao possuidor da correspondencia, e aquella *seu conteúdo* á mesma correspondencia; mas não é isso *o que* está escripto.

No art. 206 as restrictivas *não sendo e sem ser* repellem o uso do verbo *abusar*, com que elle se inicia.

« *ABUSAR a auctoridade ou seus agentes das proprias funcções para penetrar na casa alheia á noute NÃO SENDO para acudir a victimas de crimes ou desastres, ou de dia, SEM SER nos casos e pela fórma prescripta na lei* ».

Desta redacção se conclue ou que a auctoridade, quando entra na casa alheia em qualquer daquellas circumstancias, abusa, ou então que, nas mesmas circumstancias, pôde abusar das proprias funcções.

E dir-se-á ainda que as questões de grammatica e de redacção não passam de questões de nonada? E não estamos usando de impertinencia, pois que, si assim fosse, já no artigo seguinte, 207, notaríamos *um abrir e fechar*, em vez de *abrir ou fechar*, que pôde trazer duvidas praticas de vulto.

« *Constranger ou impedir alguém de abrir e fechar os seus estabelecimentos e officinas de trabalho* »
E si o indiciado tiver constrangido o industrial sómente a abrir ou sómente a fechar as officinas? tal facto escapará da lei? Não — dirá o *Projecto*, até porque é insensato suppôr que se constranja alguém a abrir e ao mesmo tempo fechar o seu estabelecimento.

Parece, mas é o que ali está escripto.

Si fôrmos impertinentes, ainda no artigo immediatamente seguinte, 208, apontaríamos verdadeiro enigma, sómente decifrável mediante esta circumstancia: o artigo está erradamente traduzido do art. 166 do Codigo italiano, como já estava o art. 206 do Codigo vigente, sem que o *Projecto* dêsse por isso.

Veja bem a douda Congregação os dous artigos alinhados parallelamente:

PROJECTO.

Causar ou provocar cessação ou suspensão de trabalho por meio de ameaças ou violencias, para impôr aos operarios ou patrões *augmento ou diminuição* de salario ou serviço.

CODIGO. ITALIANO.

Chiunque, con violenza o minaccia, cagiona o fa perdurare una cessazione o sospensione di lavoro, per imporre, sia ad operai, sia a padroni o imprenditori, *una diminuzione od un aumento* di salarii.

Nas palavras sublinhadas está a chave do enyigma. No Codigo italiano pune-se a quem fizer violentamente cessar o funcionamento de qualquer industria para o fim de impôr aos operarios diminuição de salario ou augmento aos patrões; mas o *Projecto*, transpondo aquellas palavras sublinhadas, suppõe um absurdo: impôr aos operarios augmento e aos patrões diminuição de salario!

Si forâmos impertinentes, não passariamos do artigo immediato, 209, para ali censurarmos esta redacção: « *Subtrahir o empregado publico* » como si se tratasse de rapto de empregado publico.

Art. 218. « *Commerciarem os governadores, magistrados em quaesquer effeitos que não sejam produções de seus proprios bens.* »

Mas o que significa, na technica juridica, commerciar em produções de bens proprios?

Art. 234. « *O abuso de poder dos funcionarios publicos constituirá circumstancia aggravante, salvo quando tal qualidade já fôr considerada pela lei.* »

Que qualidade? abuso de poder?

Considerada como?

Nos artigos 235 e 249, com os quaes se abrem os capitulos — *Do fogo posto, inundação e outros* ⁽²⁴⁾ — e *Moeda falsa* — porque, em vez de dizer: *Committer crime contra a incolumidade publica, isto é, etc.: Committer crime de moeda falsa, isto é, etc.:* — não deu logo o *Projecto* a qualificação das diversas figuras ali creadas: *Pôr fogo, etc. — Contrafazer moeda nacional, etc. — ?*

Art. 249 § 2.º: « *Receber, COMO BOA, moeda contrafeita, ou alterada para mais ou menos no respectivo valor e emittil-a SCIENTEMENTE como moeda verdadeira ou de valor integral.* »

O art. 258 do cod. italiano, que visivelmente serviu de fonte áquelle art. do *Projecto*, diz assim: *Chiunque senza concerto con chi abbia eseguito o sia concorso a eseguire la contraffazione o l'alterazione, spende o mette altrimenti in circolazione monete contraffate o alterate è punito etc.. Se il colpevole abbia ricevuto in buona fede le monete, la pena, etc.* Ora, nesta redacção está claro que este criminoso, que recebeu as moedas em boa fé, *scilicet*, como se fossem verdadeiras, é criminoso e punido porque as passou adiante depois de conhecer a falsidade dellas. Mas é isto o que está no *Projecto* ? não: áquelle *scientemente*, sem que a mais leve allusão se faça ao posterior conhecimento da falsidade, só pôde se referir ao estado psychologico

(24) Ah! si fôramos impertinentes o que não diríamos desta redacção: *Fogo posto, inundação e outros* ?

do agente anteriormente referido no mesmo artigo, isto é, *receber como boa a moeda falsa*.

Logo, ou aqui ha erro de redacção ou atroz injustiça: punir a quem passa moeda falsa suppondo-a verdadeira.

A commissão sente que enfastiará a douta Congregação; mas o que fazer? como passar em silencio sobre redacção qual a do art. 259, confusa até a impenetrabilidade? «*Fabricar alguém* (mas para que este pronome, já que sem elle completa ficará a proposição sem o risco do equivoco que ali está latente?), *no todo ou em parte* (não ha necessidade de dizel-o), *um escripto ou papel particular* (não bastaria dizer —*qualquer escripto particular?*) *falso, ou alterar o verdadeiro, e servir-se elle, ou outrem delle*, (francamente: isto será bom portuguez?) *podendo resultar prejuizo publico ou particular.*»

Porque não dizer, com a correcção do art. 167 do codigo de 1830: *Fabricar qualquer escriptura, etc.?* *Fazer em qualquer escriptura verdadeira alguma alteração, etc.?* *Usar de escriptura ou papel falso, etc.?*

No art. 160 n. II, porque, em logar da criação absurda *da expedição em fórma de copias ou traslados de original que não existe*, não traduziu o *Projecto* o art. 277 do cod. italiano, já que este lhe pareceu melhor guia do que o nosso velho Codigo de 1830? Vêde que differença: «*Il pubblico ufficiale, che, supponendo un atto pubblico, ne simula una copia e la rilascia in forma legale* »

O final deste n. II é tambem curioso: «*Pena de prisão por 1 a 5 annos; e si a escriptura ou papel tiver por lei fé publica emquanto não fôr arguido de falso— por 2 a 6 annos* » «*e, se l'atto faccia fede per legge*

sino a querela di falso, la reclusione non può essere inferiore ai tre anni.» Cod. ital. art. 277 *i. f.*

Das duas, uma: ou a incidente *emquanto não fôr arguido de falso* é redundante, ou nos outros casos pune-se a falsidade mesmo sem arguição de falsidade.

Eis outro artigo enigmatico : Art. 275 «*Dar denuncia ou queixa em juizo ou ante outra auctoridade, que a remetta a juizo, por facto imputado falsamente a alguém, ou simular contra elle (elle quem? juizo?) vestigios ou indicios materiaes.*»

Vestigios ou indicios materiaes? é indecifrável.

—«*Si fôr pronunciada condemnação* ⁽²⁵⁾ *a pena superior á prisão* » diz o n. III deste art.

Qual é essa pena? pelo art. 40 parece ser o ergastulo. Logo, porque não dizer *Si a condemnação fôr na pena do ergastulo* Não dizendo assim, quanta duvida não sobrevirá! Si alguém sustentar que a privação perpetua dos officios publicos é pena superior, intensa e quantitativamente considerada, á pena de prisão?

Art. 280 n. I: «*Ficará isento de pena aquelle que, tendo deposto em um processo criminal, retractar-se antes do despacho de pronuncia ou DISPRONUNCIA.* »

Fazendo franca justiça á sabedoria do illustrado auctor do *Projecto*, a commissão inclina-se a vêr que aqui está *despronuncia* em vez de *não pronuncia* simplesmente por erro de redacção, e não por erro de doutrina.

N. II. Está este numero cheio de incorrecções technicas. *Epoca*, em lugar de *termo*, e *verdictum dos*

⁽²⁵⁾ Neste erro de technica—*pronunciar condemnação*—incide o *Projecto* muitas vezes.

jurados, julgamento do juiz, e sentença nos (não seria dos?) outros juizes e tribunaes, como si veredictum, julgamento e sentença não fossem indifferentemente applicaveis ás decisões de qualquer auctoridade judiciaria. (26)

Art. 295. « *Constranger o ascendente consanguineo ou affim.*

Ascendente affim ?

No art. 305 para que aquelle *Fóra dos casos do artigo antecedente?*

Art. 307 *Causar, afim de matar, a morte de alguém.*

Bem sabe a commissão qual é aqui o pensamento do *Projecto*, maxime comparando-se este com o art. 311 : « *Causar, com actos (27) tendentes a commetter uma lesão pessoal, a morte de alguém;* » sabe-o ainda, porque está vendo que os arts. 364 e 368 do Codigo italiano foram as fontes daquelles; mas, que redacção infeliz! Entretanto, com fiel observancia das regras concernentes ás chamadas comcausas do homicidio, bem podia o *Projecto* reproduzir o codigo de 1830: *Matar alguém Quando a morte se verificar, não porque o mal fosse mortal.* dando á ultima destas figuras os desenvolvimentos impostos pelos progressos da medicina judiciaria.

E em lugar da locução *para o fim de matar*, porque não dizer, com apoio no art. 13, segundo o qual só é punivel o acto voluntario e intencional: *Matar voluntaria e intencionalmente alguém?* ou simplesmente, seguindo a Ribot, Poletti e outros psychologistas de nota: *Matar intencionalmente alguém?* ou ainda melhor, como o illustre Feuerbach escreveu

(26) Quereis outro erro de technica? Vêde nos arts. 298 e 336 *remoção* em vez de *perda*.

(27) Aqui já se não diz *factos*—porque ?

no art. 142 do Código da Baviera, de 1813: *Causar intencionalmente a morte de alguém?*

Impertinencia? talvez; mas a não ser o Código italiano, nenhum outro usa daquella redacção (28).

Sob o título—*Das lesões pessoais*—diz o

Art. 316. «*Causar a alguém qualquer offensa no corpo ou na saúde ou uma perturbação mental: Pena de prisão por um mez u um anno*» (29)

Qual será a *lesão pessoal* que offenda a saúde sem offender o corpo? qual será a perturbação mental que não seja offensa na saúde? Aos médicos com assento no Congresso Nacional cabe melhor responder a este ponto.

E aquella perturbação mental basta que seja passageira? O fazer com que alguém se assuste, será facto punível, aqui comprehendido? E já que qualquer susto póde produzir perturbação mental passageira, por um espirro, que póde produzir susto, conforme a vibratibilidade psychico—cerebral do ouvinte, será alguém criminoso, e passível da pena de um anno de prisão?

Mas não ha duvida: ou a rubrica—*Das lesões pessoais*—está errada, porque tal vocabulo em medicina legal é synonymo de *offensa physica* (*læsio, de lædere, ferir*) e significa *qualquer alteração morbida na continuidade dos órgãos, sua situação, suas relações, sua conformação e sua organização intima* (30)—é um mal anatomico—com ou sem ferida, pois,

(28) Vj.: Cod. port. art. 349; franc. 295; de Zurich, § 124; allem. § 211; austro-hungaro, art. 278 e 279; chileno art. 390. etc. etc.

(29) As mesmas expressões se leem no art. 319.

(30) *Littré et Robin, Dict. de médecine, v.º Lésion.* «*Toute lésion, dizem estes autores, est organique, il ne peut pas y avoir de lésions purement vitales, puisque la vie n'est qu'une manifestation de l'état dit d'ORGANISATION.*»

(31) *Ensaio Medico legal*, pag. 175.

como ensina o Dr. Soriano de Souza ⁽³¹⁾, toda ferida é uma offensa physica, mas toda offensa physica não é uma ferida — ou as perturbações mentaes a que se refere este artigo só comprehendem as que provierem das lesões que podem alterar ou aniquillar as funcções do cerebro, como as violentissimas contusões da cabeça, as feridas profundas do cerebro e do cerebello, as feridas da medulla espinhal, as rupturas dos canaes sanguineos dentro da cavidade do craneo com effusão de sangue na base do cerebro, e outras referidas já pelo velho Ferreira Borges ⁽³²⁾; ou quem sabe si ainda uma vez o *Projecto* glosou o mote—*rubrica non facit fidem?*

A commissão bem sabe que este artigo é traducção litteral do art. 372 do codigo italiano; mas que o seja: na Italia, infallivel só o papa.

Art. 317. « .quando o facto fôr commettido com armas insidiosas, ou com qualquer outra arma propriamente dita »

Que jurisprudencia se assentará sobre esta redacção?

De resto, não ha armas insidiosas: a qualidade de ser insidioso é exclusivamente subjectiva, e neste sentido, qualquer arma, a não ser uma peça de artilharia ou a clava de Hercules, póde tornar-se insidiosa.

E arma insidiosa, não é arma propriamente dita?

E si nesta ultima expressão comprehende o *Projecto* qualquer especie de arma, então nas lesões a que se refere o art. antecedente não entram senão as armas que não são insidiosas ou as armas impropriamente ditas, por exemplo: um martello, uma foice,

⁽³²⁾ *Instit. de Medicina forense*, pag. 459.

um espeto, um parallelepipedo de cantaria ou barro etc. etc. Mas então teremos, que um ferimento feito com uma bengala, que não é só objecto de adorno mas arma propriamente dita, é punido com um terço mais da pena cabivel ao que fôr feito com um martello, e assim: uma martellada—maximo (art. 316 n. II): oito annos de prisão; uma bengalada—maximo (art. 317): dez annos e oito mezes.

E donde vem este desproposito, sinão da viciosa redacção destes artigos?

Art. 323. Outro enigma:

«Disparar uma arma AQUELLE que tomar parte em uma rixa para ameaçar a outrem. (33)»

Art. 326. «Fazer abortar, consentindo a mulher.»

Que mulher? Bem sabemos que o *Projecto* se refere áquella de cujo utero se procura fazer sair prematuramente o fêto; mas porque não o disse? Porque não seguiu o nosso Codigo de 1830, art 199: *com consentimento da mulher pejada*—mesmo o italiano, art. 382: *ad una donna, col consenso di lei*—o portuguez, art. 358: *Fazer abortar uma mulher pejada*—o zurighense, § 134: *A mulher gravida*—o francez, art. 317: *une femme enceinte*—o allemão, § 220: quem faz abortar *uma mulher gravida*, consentindo ella—o hungaro, art. 285: *a mulher pejada*—o chileno, art. 344: *La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause*—o argentino, art. 216: *La mujer embarazada*. etc., etc.? Obvias são as razões desta exigencia.

(33) Decididamente o codigo italiano foi fatal ao *Projecto*. ... Lêde o art. 380 do trabalho de Zanardelli, e dareis razão a quem disse que *traduttori, traditori*.

Art. 338 n. II. Haverá aqui meramente erro de redacção, filho de reincidencia na justificação do já lembrado adagio italiano—*traduttore, traditore*— ou o *Projecto* preferiu a sua á doutrina do art. 394 n. 2.º do código de Zanardelli? Seja como fôr, apontemos neste logar o vicio daquella disposição.

No art. 338, traducção litteral do citado art. 394, o *Projecto* firma a regra da não admissibilidade, nos processos por crime de diffamação, da prova da verdade do facto imputado, salvo si o offendido *Pelo facto imputado fôr sujeito a procedimento criminal.*

O emprego daquelle futuro do subjunctivo—*fôr*— é que nos põe em duvida, em vista do código italiano, que ali assim dispõe: «*se per il fatto attribuito alla persona offesa SIA tuttavia APERTO o SI INIZII contro di essa un procedimento penale*».

Si não foi proposital a mudança deste presente do conjunctivo — *sia, inizii* — para aquelle futuro do subjunctivo, será facil de corrigir o erro de traducção; si o foi, porém, parece á commissão que não foi feliz o *Projecto*. Não deve bastar que o diffamado *possa ser* sujeito a processo, para que se admitta a prova da diffamação, que mais não é, como dizia o deputado Torraca, na sessão de 6 de Junho de 1888, ao discutir o projecto Zanardelli, senão a reincidencia no mesmo delicto; deve ser preciso que o processo esteja aberto ou se inicie.

Vai longo este capitulo, e bastante tediada deve estar a douta Congregação; entretanto, ainda muito havia que criticar. Releve-se-nos, pois, que nos limitemos a indicar outros vicios de redacção; do contrario, o nosso trabalho não acabaria.

Art. 345 § unico *UMA das penas*

Art. 348 *ninguem*

Art. 351 *SUA ausencia.*

Art. 359, III. *parte de quota.*

Art. 362. Toda aquella definição de estellionato
é defeituosissima.

Art. 387, II. *de entre.*

Art. 403, III: Este artigo é outro enygma.

Art 412 § 2º (*sic*). *quaes as armas offensi-
vas que será licito usar sem licença aos occupados
em trabalhos para que ellas forem necessarias.*

Art. 417 *nudez impudente* (34).

Art. 420 *um jogo* (35).

Basta. Falta ainda muito para chegarmos ao fim.

(34) *Nudez*, ou melhor, *nueza*, significa o estado de pessoa ou coisa nua; falta de vestido no corpo nú — v.º Moraes, h. v. Exemplos: Adão no Paraiso, a Venus de Murillo. Qual será, pois, a nudez pudente?

(35) E si forem dous: por exemplo — a roleta e o trinta e quarenta, como em Monte Carlo?

E agora a Comissão pergunta: Francamente, houve impertinencia neste estudo da parte grammatical do *Projecto*?

E que houvesse: a relevancia do assumpto justifical-a-ia. Nem jamais será demasiado exigir dos legisladores a fiel, a mais rigorosa observancia do culto á lingua nacional. Não inquiria o grande Ihering: « Devo fazer notar que a correlação a mais exacta possivel entre o direito escripto e a linguagem do direito é precisamente o fim que todo desenvolvimento juridico deve buscar attingir? » E o que respondia elle proprio? Digamol-o, com o seu traductor francez: « *Si l'on veut que le droit soit prononcé comme il est écrit, il faut l'écrire comme il doit être prononcé. Pour le langage, cette corrélation aussi exacte est sans importance pratique, au moins pour l'habitant du pays, mais pour le droit elle est d'une extrême gravité. Si le langage peut être incorrect, le droit ne saurait être assez précis.* » (36).

De mais não precisaríamos para justificação desta parte do nosso trabalho.

CAPITULO II.

Vícios de classificação

Si, quanto ao primeiro dos elementos do bello na esthetica ou architectonica juridica, isto é, quanto á ordem na escolha dos vocabulos, ou á technica, e seu arranjo grammatical e estylistico, foi o *Projecto*, como vimos, de palmar infelicidade, quanto ao outro elemento, isto é, quanto á disposição proporcional de suas diversas partes, ou classificação das materias,

(36) Ihering, *Espr. du Dr. rom.*, trad. de Meulenaere, III, p 39.

mais ainda se sujeita elle á impiedosa critica, que a commissão, só levada pela incommoda coacção de cumprir o seu dever, vai aqui deixando a voar.

Nem se diga, tambem, como aliás pretende Pessina ⁽³⁷⁾, que a classificação dos delictos é no fim de contas questão secundaria—questão de methodo e fórma, mas não de substancia doutrinal. Patente é o equivoco do illustre professor napolitano.

Si o direito penal, dizia aquelle que para Baldassare Paoli ⁽³⁸⁾ era *il maestro dei maestri del giure penale*, o eminente Carrara ⁽³⁹⁾, não é uma sciencia, larguemos então a penna. Mas é; e si qualquer sciencia, *natural* ou *social*, precisa assentar, para sua completa e clara comprehensão, na exacta classificação de todos os seus componentes e phenomenos, porque haveria o direito de furtar-se áquella necessidade? ao contrario, nenhuma outra está mais do que a sciencia juridica, porque é immensa, como pondera Puglia no lugar citado na nota 36, a variedade de suas fórmas e caracteres, dependente, para a perfeição de seu organismo escripto, de correcta classificação. « *A dire il vero, prosegue aquelle afamado criminalista, la classificazione dei reati ci sembra chi abbia non solo una importanza formale, ma anco una importanza dottrinale, perchè per essa si determinano con precisione gli elementi caratteristici dei reati, e si rimuovono non poche delle difficoltà che si incontrano nella risoluzione delle varie quistioni che si presentano nello studio di ciascun reato.* »

O conceito é de tal evidencia, que dispensa detida demonstração.

Nem basta, em um codigo penal, proceder á classificação das diversas figuras delictuosas, segundo

⁽³⁷⁾ Vid. Puglia, *I reati di libidine*, p. 6.

⁽³⁸⁾ *Nozioni elementari di diritto penale*.

⁽³⁹⁾ *Program.* § 1493.

este ou aquelle criterio; é preciso mais, que em sua architectonica, para não abandonar a expressão de Ihering, guarde adequada posição a parte descriptiva ou determinativa dos principios geraes da impunitabilidade e da penalidade, da extensão da lei no tempo e no espaço, das grandes linhas, enfim, dentro das quaes se levanta inteiro o edificio legislativo. Partes todas proporcionaes entre si, distribuição systematica dos componentes consoante a maior ou menor communhão ou semelhança dos caracteres geraes respectivos — aproximação dos institutos ou regras pela identidade dos phenomenos — eis as regras basicas da scientifica construcção de um codigo criminal e penal, ou melhor, como Puglia quer que se diga — do codigo do direito repressivo.

Houvera tempo e azo, e a commissão manifestaria o seu proprio sentimento acerca do systema de classificação que se lhe afigura melhor; mas não só lhe exigem o parecer *no menor prazo possivel*, como aquella não é a sua missão: limitar-se-á, pois, a indagar si o *Projecto* adoptou algum dos systemas mais vulgarizados, e si, no caso affirmativo, foi logico e fiel na respectiva applicação.

Não remontaremos aos principios genericos das classificações em geral — ficará de parte a indagação, que em rigor se nos poderia pedir, sobre si o *Projecto* obedeceu ou não a algum dos grandes systemas de classificação aprêgoados pelos maiores pensadores da humanidade. Si ha vestigios siquer da classificação de Bacon, conservada por d'Alembert na *Encyclopaedia*, ou da de Augusto Comte, ou da de Stuart Mill, ou finalmente da de Herbert Spencer, cuja synthese, aliás, quiçá se prestára, com as suas duas grandes cathogorias do *abstracto* e do *concreto*, a uma boa distribuição das materias proprias de um codigo criminal: a) physio — pathologia do delinquente e

descrição da penalidade, b) definição dos delictos e sua punição?

Não deixaremos o terrapleno das mais vulgares lições sobre o assumpto.

Tão pouco indagará a commissão si o *Projecto*, no modo de encarar o delicto e o delinquente em sua *anthropologico—biologico—estattistico—psychico—physio—pathologia*, na expressão, humoristicamente gryphada, de Vittorio Valetti, o mais cruel dos adversarios de Lombroso (⁴⁰), adoptou ou não a escola (mais uma vez diremos) pretenciosamente denominada *A Nova Escola Penal* (⁴¹), isto é, si viu no delicto apenas uma anomalia anatomo—psychica, ou

(⁴⁰) *Il genio di Nazareth e la psichiatria moderna* — Torino, 1888. — IX. 181.

(⁴¹) Ouvimos, haverá meio mez, cahir da tribuna sagrada, pela eloquente palavra do illustre orador Dr. Julio Maria, esta profunda sentença: *O moderno positivismo não passa de uma fórma nova do velho atheismo*; pois bem: com o maior rigor historico se pôde dizer que o anthropologismo criminal de Lombroso não é mais do que novo aspecto do classicismo de Romagnosi, Ortolan ou Carrara. E' escola tão antiga como o proprio direito criminal. *E' molto vecchia* — disse Mancini a Ferri na sessão da Camara dos Deputados de 7 de Junho de 1888 — *Lavori parlamentari del Nuovo Codice Penale italiano*, pag. 358. Contestal-o equivaleria a pretender que a loucura é criação de Lombroso. Sempre houve loucos, e os loucos nunca foram imputaveis: todos os codigos sempre attenderam ás alterações ou anomalias anatomo-psychicas desses, que os lombrosistas incoherentemente chamam *criminosos natos*. Pois o velho systema das excusas legaes, justificativas e circumstancias attenuantes, a que principio da *sociologia criminal* obedecia senão a esse mesmo de que os *novos* fazem a pedra fundamental da tal escola: a punição do delinquente mas não do delicto? E quando foi que algum dos velhos classicos disse que se pune o delicto? A philosophia do direito penal, que os anthropologistas poderão chrismar com outro nome, mas que não repellem de seus trabalhos, assentou sempre no seguinte conceito, assim formulado por Gage de Martignac: *La justice et l'intérêt social veulent que l'homme coupable soit puni: c'est là l'œuvre de la loi. Mais cett e loi diminue, supprime même tout châtiment, quand il existe une excuse à la faute commise.* (Sarrau de Boynet, *Des excuses légales en droit pénal* — epigraphe). O que é isto, senão a exclusiva apreciação do delinquente? Quando o *sacerdos magnus* do classicismo criminal dizia, da cadeira que Ferry ainda ha pouco illustrava, que o delicto não é um facto, sinão uma relação juridica, e, desdobrando a eterna concepção do sabio Ortolan, o maior dos criminalistas francezes, em que peze á arrogancia com que, na pagina 8 da sua *A Nova Escola*

si, ao contrario, com a chamada escola classica, viu nelle puro movimento do livre arbitrio, essa imponente verdade que hade sempre confundir aquelles mesmos que a negam, pois que, si a negam, é precisa e exclusivamente porque teem a liberdade de a negar, aquelles mesmos em cujo espirito, emquanto

Penal, a elle se refere o intelligente trabalhador Dr. Viveiros de Castro ^(a), creava as quatro forças do delicto, o que fazia elle, aquelle sabio em cujo cerebro a natureza concentrára toda a luz que lhe roubára dos olhos, senão lançar as bases que a *moderna* escola, pelo incontestavel talento impulscionista de Cesare Lombroso, apenas desenvolveu por meio da applicação mais directa do methodo experimental?

De resto, que escola é essa cujos sectarios mais eminentes não convergem nem siquer nos pontos cardinaes da sciencia *criminologica* ou *penalologica*, segundo a incerta terminologia delles mesmos? A resposta tel-a-eis eloquente em Aramburu, *La nueva ciencia penal*, que vê na *nova escola* uma *extraña tendencia de convertir el mundo en un manicomio suelto* (pag. 129); no citado Vittorio Valetti, que, dirigindo-se a Lombroso mesmo, assim se exprime: «*Ed ella professore, ella, che, gira e regira, bisogna pure che venga alla conclusione mia, perchè altra non ce n'è; ella studia tanto, lavora tanto, combatte tanto, suda tante camicie, per arrivare anch'ella al corollario brillante, ma che nessuno ignora, che siamo tutti, proprio tutti, e niente altro tutti, che una massa immensa di barbabetole calzate*» (pag. 52); em Silió y Cortés (*La crisis del Derecho Penal*), que depois de dizer *con franqueza*

(a) Naquelle mesma pagina escreve o sr. Dr. Viveiros de Castro o seguinte: *Os professores (brasileiros) ignoram a revolução que tem modificado tão profundamente o direito penal; são incapazes de fazerem uma exposição razoavel das ideias de um Lombroso, de um Ferri, de um Lacassagne, e muito anchos de si, no atrevimento da ignorancia, repetem em postillas sebetas, como ultima novidade, as lições de um Ortolan ou de um Bertauld.*

Bem se vê que o sr. Dr. Viveiros de Castro nunca passou por esta Academia: é quanto basta para o nosso perdão. Assim a memoria de Ortolan lhe perdõe a zombaria.

E que perversa injustiça! que differença de coração entre nós e elle! Quando em Veneza, já lá vão quasi cinco annos, em succolenta palestra com trez illustres jurisconsultos—Emanuele Martucci, primeiro presidente da cõrte de appellação, e os advogados florentinos, então ali em serviço profissional, Gaetano Ferri e Enrico Brenzini—fazia em cõro com elles na refutação das exagerações lombrosistas, que o sr. Dr. Viveiros de Castro, aliás com habilidade de argumentação rara nos moços de hoje, e, o que é mais raro ainda, com grammatica e stylo, tambem profliga em seu livro, perguntou-me Martucci, bruscamente, assim com o modo espantado de quem pela primeira vez ouve referir a existencia de algum phenomeno extraordinario:—Mas no Brasil os professores conhecem já estas idéas?

Tive impeto de dizer: Sois muito atrevido na vossa ignorancia!—Mas, apenas sentindo que tinha corado (justa reacção do patriotismo offendido), limitei-me a responder: Como não? si os nossos discipulos já as conhecem, não poderiamos ignorar-as nós os professores.

Entretanto o sr. Dr. Viveiros de Castro não sómente escreve aquellas injurias, que estende aos nossos magistrados, advogados e litteratos, como ainda as espalha pela Italia! O que vale é que ali não se sabe o portuguez... Desta vez ainda não serei desmentido... ao menos quanto á affirmação que fiz a Martucci de que os nossos discipulos conhecem bem *um Lombroso, um Ferri, um Lacassagne*, como os chama o joven e estimavel auctor d'*A Nova Escola Penal*.

a palavra está pregando o determinismo, ecoa vibrante o profundo conceito de Cousin « *La question: Sommes-nous libres?* » me parait au dessous de la discussion. Elle est resolue par le témoignage de la conscience, attestant que, dans certains cas, nous pourrions faire le contraire de ce que nous faisons. » ⁽⁴²⁾ Já antes não dissera o poeta: *Vide meliora, deteriora sequor!*

Sob tão interessante ponto de vista nada acharíamos de fixo no *Projecto*. Elle não é positivista, nem classico.

que es hoy cada vez más insostenible la doctrina classica (pag. 13) no capitulo *Materialismo e determinismo* dá-nos do livre arbitrio uma das mais bellas demonstraçoẽs que temos lido; em Lucchini (*Le droit pénal et les nouvelles théories*, trad. de Henri Prudhomme) cujas primeiras linhas são estas: «A certeza do livre arbitrio é o fundamento da justiça criminal. Todos os codigos declaram, no frontespicio de suas disposições, que não ha delicto sem uma causa perversa. A honra das leis modernas está em terem cada vez mais accentuado a affirmação daquelle principio», e que na pagina 19 chega a dizer, que o amalgama scientifico (o substantivo é delle), operado pela chamada anthropologia criminal, leva ao absurdo; em Dorado Montero (*La antropologia criminal en Italia*), que depois de demonstrar, em rigoroso estylo, que a *nova escola* prende-se ao classicismo beccariano assim como todas as escolas philosophicas são ramificações da doutrina kantiana sobre o direito, e de louvar a mesma escola por estar produzindo *vertiginosamente* escriptores e livros (caps. XI e XII), bate-a valentemente no principio cardinal da doutrina de Lombroso, e pergunta: *Pero, sin libre albedrio, como es possibile hacer á nadie responsable de sus actos?* em Brusa (*La morale e il diritto criminale al limbo*), Zuppetta (*Corso completo di diritto Penale*), Pessina, Canonico, e sobre os mais illustres, na expressão do citado Montero (pag. 175), Francisco Carrara e Pedro Ellero.

Não proscrevamos a *nova escola*; ao contrario, tenhamol-a em vista sempre que houvermos de pedir á biologia, á anthropologia, á psychologia, á physiologia, á pathologia, á medicina judiciaria, o decisivo auxilio que só ellas nos poderão prestar na solução de alguns phenomenos que concretamente soem figurar na jurisprudencia criminal. Mas não a tomemos como a formula scientifica de um principio absoluto; não lhe concedamos a honra, que pretende, de ser creadora de recentes novidades, e, sobretudo, façamos guerra aberta, continua, ao seu lemma fundamental. O crime não é producto de anomalias da natureza nem sómente de factores sociologicos: é a resultante do livre arbitrio, essa primeira e mais bella das propriedades humanas.

Si elles mesmos, os solapadores dessa suprema dignidade do homem, não de estar sempre a repetir consigo a phrase de Boswell a Johnson (*Life of Johnson*, pag. 203): *Sir, we know our will is free* — Senhor, nós sabemos que a nossa vontade é livre!...

⁽⁴²⁾ Cousin, *Histoire de la philosophie*, t. 1^o p. 190.

De Lombroso, para quem a criminalidade, tal qual como o genio, é uma simples nevrose; de Drill, para quem as bases da criminalidade são principalmente organicas — um modo de ser da degenerescencia — sendo o criminoso, para aquelle illustre advogado russo, *um ser mal organizado e mal equilibrado, mas não doente no rigoroso sentido da palavra*; de Benedikt, para quem todos os criminosos são criminosos-natos; de Garofalo, que na criminalidade vê uma diathese; de Lacassagne, para quem o criminoso é um microbio, que se desenvolve no meio social, esse *bouillon de culture de la criminalité*; de Ferri, de Tarde, de Bertillon, de Marro, de Bonvecchiato; de qualquer dos mestres, emfim, das diversas *lojas do grande oriente da moderna escola*, nem vestigios, a não ser de Garofalo na inconveniente satisfação do damno *ex-delicto* como parte integrante da acção criminal.

De Romagnosi, Carrara, Ortolan, Pessina, Rossi, Buccellati, Paoli, Lucchini, e tantos outros illustres defensores da outra escola, que ha de ser eterna precisamente porque é classica, pareceria antes sectario o *Projecto* si nos arts. 13 e 312, por exemplo, não confundisse profundamente o *dolo* e a *culpa*, chegando no segundo dos arts. citados a suppôr punivel o *caso fortuito*.

Por este lado, pois, não pôde ser estudado o *Projecto*. Quem pertence amalgamadamente a todas as escolas, não pertence a nenhuma.

Estudemol-o, pois, e unicamente, sob o ponto de vista da divisão e distribuição das materias.

E desde logo merece severa critica, não só a divisão dos ali chamados *factos puniveis* (e o illustre auctor do *Projecto* se diz sectario da moderna escola, dessa mesma que increpa a outra por estudar o *delicto* e não o delinquente!) em *crimes e contravenções*,

como, e principalmente, a classificação que se faz daquellas duas especies do delicto.

Qual a utilidade pratica daquella divisão? qual o seu criterio scientifico?

Si aquella divisão é uma medida de ordem, cujo principal intuito consiste em indicar a competencia ⁽⁴³⁾, não só não descobrimos o motivo por que deva figurar em um codigo penal, sendo tal assumpto da esphera do direito judiciario, como, em nome dos principios fundamentaes da politica federativa, protestamos contra semelhante idéa; cada estado da Republica disporá autonomicamente a respeito como entender; si, porém, tira sua razão scientifica do delicto mesmo, então é falsamente observada no *Projecto*, que não obedeceu a nenhum criterio ou elemento invariavel ou mesmo geral.

Teria o illustrado auctor do *Projecto* tomado como linha divisoria entre o crime e a contravenção, a natureza do direito lesado? Positivamente, não. Exemplo: *Do damno e usurpação*. Art. 375. *Matar, ou tornar imprestaveis, sem necessidade, animaes alheios*—é crime, e punido com detenção até 3 mezes—*Dos mãos tratos dados aos animaes*. Art. 425. *Praticar actos de crueldade para com os animaes, sem necessidade de maltratal-os ou forçal-os a fadigas manifestamente excessivas*—é contravenção, punida com multa até 100\$000.

Teria servido de criterio a quantidade do damno? Menos ainda. Exemplo: *Ajuntamento illicito*. Art. 165. *Ajuntarem-se tres ou mais pessoas com o fim de se ajudarem mutuamente ⁽⁴⁴⁾ a commetter algum crime: ou privar illegalmente a alguém do gozo ou exercicio de algum direito ou dever*—é crime, punido com detenção

⁽⁴³⁾ Vid Faustin Hélie, *Prat. crim. des Cours et des Tribunaux*, II, I.

⁽⁴⁴⁾ Haviam de se ajudar oppostamente...

até 3 mezes — *Contrabando*. Art. 400. *Importar ou exportar mercadorias, cuja entrada ou sahida seja prohibida, não pagar, no todo ou em parte, direitos ou impostos estabelecidos sobre a entrada, sahida ou consumo de mercadorias* — é simples contravenção, punida com a perda das mesmas mercadorias e multa correspondente a 50 % do respectivo valor.

Ou a pravidade do agente do delicto teria sido a bitola discriminativa? Menos ainda. Exemplo: Art. 198. (*sic*) *Abusar ou zombar de qualquer culto estabelecido por meio de papeis impressos, lithographados ou gravados* — ⁽⁴⁵⁾ é crime — mas — Art. 415. *Profanar cadaver, antes ou depois de inhumado, violar ou conspurcar* AS ⁽⁴⁶⁾ *sepulturas* — é contravenção.

Porque, pois, manter aquella divisão, tão falsa e inutil quanto a triplice divisão do Codigo francez, já de ha muito batida por notaveis escriptores, como Taillandier ⁽⁴⁷⁾, Lucas ⁽⁴⁸⁾, Lerminier ⁽⁴⁹⁾, Pacheco ⁽⁵⁰⁾, Rossi ⁽⁵¹⁾, Boitard ⁽⁵²⁾, Carrara ⁽⁵³⁾ e tantos outros?

E tanto mais é defeituoso o *Projecto* na qualificação das contravenções, que parecendo tomar para traço differencial entre ellas e os factos culposos, como se vê da *Exposição de motivos*, o criterio de Baldassare—

⁽⁴⁵⁾ Sem duvida o *Projecto* queria dizer isto: *Abusar ou zombar, por meio de papeis impressos, lithographados ou gravados, de qualquer culto estabelecido no paiz. . .* Entretanto, litteralmente disse cousa diversa.

⁽⁴⁶⁾ *As? quaes?* O *Projecto* não diz.

⁽⁴⁷⁾ *Réflexions sur les lois pénales de France et d'Angleterre*, p. 44.

⁽⁴⁸⁾ *De la réforme des prisons*, t. 1.º p. 32 e 57 e t. 3.º p. 22.

⁽⁴⁹⁾ *Introd. à l'histoire du droit*, cap. 20.

⁽⁵⁰⁾ *El Codigo penal*, vol. 1.º p. 77.

⁽⁵¹⁾ *Droit pénal*, Introd. cap. 2.º § 2.º.

⁽⁵²⁾ *Code pénal*, p. 33.

⁽⁵³⁾ *Program.* § 1080 nt. Veja-se a seguinte passagem de Carrara, em nota á traducção do Codigo criminal de Zurich, de Brusa: « *Ecco un altro Codice che sa fare a meno della insulsa distinzione fra crimini e delitti, che dai Gallomani si pretende necessaria. Ma i fatti e l'esperienza non bastano a vincere lo spirito di parte.* » O mesmo se póde dizer a respeito das contravenções.

segundo o qual ha *crime culposo* quando se verifica um damno causado por imprudencia, e *contravenção* quando a acção, *que por si mesma seria innocente e indifferente*, posto que não cause damno, offerece perigo, que o legislador previne, prohibindo a sua pratica—entretanto enumera entre as contravenções o já citado crime do art. 400—Contrabando!

Por outro lado, si encararmos a classificação dos delictos feita no *Projecto* segundo as rubricas dos seus titulos, capitulos e secções, então veremos a mais grosseira das confusões imaginaveis. ⁽⁵⁴⁾

Exemplos:

Tit. I. Dos crimes politicos. Cap. I. Dos crimes contra a segurança da Republica. Secção I. Dos crimes contra a independencia, integridade e dignidade da patria. Art. 123 § 1.º Commetter no mar qualquer factio de depredação ou de violencia contra brasileiros ou contra estrangeiros com quem a União não esteja em guerra.—

Mesmo titulo e mesmo capitulo. Secção II. Dos crimes contra a Constituição da Republica, fórma de seu governo e os poderes da União e dos estados. Art. 134. Alistar ou armar em territorio brasileiro, sem auctorisação do governo, cidadãos com o fim de militar *no* serviço de um governo estrangeiro.

Tit. II. Dos crimes contra a ORDEM PUBLICA. Cap. I. *Ajuntamento illicito* e sedição, Art. 165. Ajuntarem-se. (já está acima transcripto).

Tit. VIII. Dos crimes contra a pessoa. Capitulo VIII. Do duello.

Titulo IX. Dos crimes contra a propriedade. Art. 360. Sequestrar uma pessoa para obter della ou de

⁽⁵⁴⁾ Tão manifestas são as confusões desta ordem, que a Commissão, até pela intransferivel necessidade de ser breve, não fará comentario algum. Expol-as-á unicamente: o resto fará a sabedoria da Congregação.

outrem, como preço de sua libertação, dinheiro, cousas, etc., ainda que não consiga o intento.

Capitulo V Do roubo. Art. 371. Fabricar gazúas, etc., tel-as ou trazel-as consigo de dia ou de noite.

Livro II. Das contravenções. Tit. III. Das contravenções relativas á moral publica. Art. 414. Inhumar cadaver em contravenção dos regulamentos sanitarios, etc.

Art. 423. Fazer loterias e rifas de qualquer especie, não auctorisadas por lei, ainda que corram annexas a qualquer outra auctorisada.

E não é tudo. Mesmo na parte geral encontram-se vicios de distribuição ou classificação imperdoaveis. Por exemplo: sob a rubrica—Das causas que excluem ou attenuam especialmente a responsabilidade—no art. 25, em que se qualificam os irresponsaveis, é a materia distribuida em dous numeros; no primeiro, incluem-se os menores de 10 annos, e no segundo, depois de se incluirem os maiores de 10 e menores de 14, que não tiverem discernimento, se diz immediatamente depois, sem outra separação além de um ponto, que aos menores de 21 annos não se imporá o ergastulo etc., etc. O resto do artigo só se occupa do modo da applicação da pena!

Outro exemplo. Sob o titulo *Da satisfação do damno*, está o art. 100, assim concebido: Posto que não sejam responsaveis pela pena⁽⁵⁵⁾, serão pela satisfação: I. Os que commetterem crimes casualmente no exercicio de acto licito, praticado com attenção ordinaria.—E assim, porque o *Projecto* se esqueceu de incluir taes irresponsaveis no titulo III.—*Das causas que excluem ou attenuam*, etc.—arrolou-os aqui!

E mais uma vez pede a Comissão que lhe digam, com franqueza, si está sendo impertinente.

⁵⁵⁾ E o que significa: *responsaveis PELA pena?*

CAPITULO III.

Vicios de doutrina

Mais do que escrevemos até aqui teriamos de escrever si fôssemos apontar e criticar todos os pontos de doutrina, que se nos afiguram viciados no *Projecto*. E posto que, em assumptos doutrinaes, possa legitimamente o illustrado auctor do *Projecto* invocar em seu favor a liberdade de opinião, direito que o relator deste parecer já por si fez valer algures ^(55a), apadrinhando-se com o eminente Savigny (*Droit romain*, I, 86)—*L'unanimité des auteurs n'ôte à personne l'indépendance de son jugement*—não se nos contestará a pertinencia da nossa critica. Si é ou não justa e razoavel, a Congregação dirá afinal em sua elevada sabedoria.

Tambem não nos deteremos longamente sobre cada ponto, sinão quanto baste para desvendar o vicio apontado. Não estamos produzindo um livro, mas tão sómente escrevendo rapidas notas de observação ligeira.

Art. 4.º Prescreve-se aqui que a nossa lei penal é applicavel a *quantos se acharem a bordo dos navios brasileiros*.

Isto assim, em absoluto, é contrario a todos os principios geralmente admittidos no direito penal internacional. Em primeiro logar, si o navio em cujo bordo se commetteu o delicto estava sobre agoas territoriaes da Republica, não ha duvida; mas si estava em agoas territoriaes estrangeiras, domina a lei do paiz onde se achava. Em segundo logar, devemos

^(55 a) Dr. João Monteiro. *Proj. do Cod. do Proc. Crim. do Estado de S. Paulo, Expos. de motivos*, p. 20.

sempre distinguir entre navios de guerra e navios mercantes, para conservar sempre os de guerra sob a bandeira nacional e os mercantes sujeitos á lei do logar do delicto (⁵⁶).

Art. 7.º Qual a conveniencia desta regra, derogatoria de todos os principios : sujeitar á nossa lei, quando aqui se achar, o brasileiro, que em paiz estrangeiro, commetter crime contra brasileiro, e principalmente contra estrangeiro? Pois não basta a extradicação, que é instituto logicamente filiado ao brocardo romano; *ubi facinus perpetravit, ibi poena reddita?*

Bastava a disposição do § un. do art. 8.º para tutela dos direitos do brasileiro, nada tendo o paiz com os do estrangeiro.

Art. 13, em que se pretende definir a psychologia dos *factos puxiveis*, e cujos vicios de redacção já ficaram apontados. Considerando-o agora em sua substancia, não póde a commissão deixar de pedir que seja elle riscado deste como de qualquer *Projecto*.

Sempre louvámos os codigos que não definiram o delicto *in genere*. A' sciencia do direito criminal, considerada em seus principios geraes e abstractos, incumbe a tarefa de fixar a noção do *delicto* em sua constituição psychica. Grande é a distancia entre o legislador e o philosopho; e aquelle arrisca-se a graves perigos si define generalidades, que assentando muitas vezes sobre puros conceitos de moral ou de justiça, muitas mais tem de ceder diante das exigencias contingentes da utilidade social. Para o philosopho

(⁵⁶) Azuni, *Dir. Marit.*, t. 1.º c. 5 art. 7.º. Phillimore, *Internacio-
nal law*, t. 1.º p. 406; Fiore, *Dir. Pen. Internaz.*, ns. 12 e 13, etc., etc.

ha a idéa do *absoluto*, para o legislador ha tambem a do *relativo*. Não está ahi mesmo o art. 13 do *Projecto* dizendo que *só é punivel o facto voluntario e intencional*, para logo em seguida accrescentar que *por excepção punem-se factos involuntarios?*

Mas então, antes nada dizer como principio geral, deixando, á determinação organica de cada *delicto involuntario*, a referencia expressa desta condição psychica. Quem diz codigo diz applicação de regras, e segundo Carrara—*l'assoluto nel giure stá nei principii: non nei modi della loro applicazione*.

E a desharmonia não se manifesta unicamente a proposito dos *delictos involuntarios* (e que desharmonia maior do que a que ficou aqui na hybrida junção destas duas palavras *delictos involuntarios!*), mas mesmo com relação aos *culposos*. Si só é punivel o facto voluntario, e si a vontade é a faculdade de querer ou não querer um resultado qualquer, segue-se que, punindo-se os factos praticados por negligencia ou ineptidão, por exemplo, reconhece-se que a vontade não é condição do delicto. Foi sem duvida presentindo -este perigo, que o codigo hespanhol de 1848 viu-se obrigado a dispôr no art. 1.º § 2.º que—*las acciones ú omisiones penadas por la lei se reputan siempre voluntarias*, A' NO SER QUE CONSTE LO CONTRARIO—que o codigo posterior conservou *ipsis verbis*, a despeito das lições do tempo.

Melhor andaram os antigos codigos da Toscana e da Sardenha: — *Qualunque violazione della legge penale è un reato* — dizia este no art. 1.º; *Sono punibili le sole azioni positive, o negative, con le quali è stata violata una legge penale* — dizia aquelle no art. 1.º.

E tanto é certo haver o proprio illustrado auctor do *Projecto* sentido as escabrosissimas difficuldades do assumpto, que suppondo talvez triumphar, procurou

vencel-as em uma das suas faces com o additamento da palavra *intencional*: *Só é punível o facto voluntario* E INTENCIONAL. Não estará aqui manifestado o intuito de corrigir o art. 45 do Cod. italiano, que só insere o elemento da vontade — circumstancia que deu logar a se inquirir, segundo a critica de Ferri, si os actos voluntarios em si, mas casuaes nas consequencias, são puniveis? Critica improcedente, pois a *voluntariedade* do codigo italiano referia-se não sómente á acção ou omissão em si mesmas, como ás suas consequencias criminosas — o que é o proprio facto constitutivo do delicto — e portanto, equivalia á intencionalidade, isto é, ao *dolo* ou á *directão da vontade para a consequencia do acto*, na correcta noção de Carrara. A correcção, pois, não passa de uma redundancia.

Mas si não é assim, si a palavra *voluntaria*, não caracterisando a *intenção*, só se refere ao acto em si, como se explica que no *alinea* 1.º do mesmo art. 13 se diga que por excepção são puniveis factos involuntarios, isto é, *authomaticos*, e portanto, não imputaveis? Ali mesmo se reconhece a necessidade de resalvar o absurdo, limitando-se a involuntariedade ao resultado da acção ou omissão (Cod. ital., art. 45; cod. bras., art. 7º).

Vão ainda mais longe neste ponto as confusões do *Projecto*. Definindo, no *alinea* 2.º, a *contravenção*, exclue o caso fortuito, quando os codigos brasil. art. 8.º, portug., art. 3.º, e ital. art. 45, não fazem tal exclusão.

Na *Exposição de motivos* se diz, que neste assumpto adoptou-se o conceito do codigo hungaro por melhor. Mas então a traducção foi infeliz, pois o art. 28 do *Codigo penal hungaro das contravenções* (que com muito asserto é separado do *Codigo penal dos crimes e delictos*) não diz *por culpa*, como está no

Projecto, mas por negligencia (*par négligence*, na tradução franceza de Martinet e Dareste).

E no art. 398 do *Projecto* não se pune um facto puramente material?

Repitamos: os codigos não são obras didacticas, pois só devem ser a collecção methodica de regras de acção — claras como o sol, penetrantes na intelligencia popular como o raio de luz no mais affastado angulo da masmorra de um condemnado.

Art. 14. Já dissemos alguma cousa sobre este artigo, mas não dissemos tudo.

Si na expressão — *actos exteriores que constituam principio de execução* DO CRIME — tem o *Projecto* em vista a noção mais acceita, que a tentativa suppõe necessariamente o concurso do *dolo determinado*, isto é, a intenção directa e perfeita de querer especialmente o crime cuja execução foi começada mas interrompida por circumstancias fortuitas, muito bem. Applicar ao *dolo indeterminado* a noção da tentativa não é meramente equivoco, sinão erro gravissimo.

« Para *tentar*, ensina Carrara, é preciso *querer* um certo effeito: não basta simplesmente prevel-o como consequencia possível dos meios empregados, e isso mesmo quando se quiz o emprego de taes meios. E' preciso ter querido positivamente aquelle effeito (aquelle e não outro), e ter agido no intuito de obtel-o. » ⁽⁵⁷⁾ E' por isso que não se póde conceber tentativa dos delictos culposos, pois a culpa consiste na *falta de previsão* do resultado do acto praticado, ao passo que esta previsão é da essencia da tentativa ⁽⁵⁸⁾. Mas si naquelle determinativo *do* não se

⁽⁵⁷⁾ *Programma*, § 1094; Haus, n. 400.

⁽⁵⁸⁾ Carrara, *Program.* §§ 366 e 3073; *Opuscoli*, *Opusc.* IX, p. 358.

contem esta idéa, então corrija-se o *Projecto*, para se dizer claramente, como, por exemplo, no Cod. de Zurich, § 34: « Os actos com os quaes se apprehendeu mas não se consummou a execução de um crime ou delitto *deliberado*, são puniveis como tentativa desse crime ou delicto. » *commencement d'execution de CE crime ou de CE délit*— diz o art. 51 do Codigo belga; que *deviam produzir o crime consummado*, diz o art. 11 n. 2 do ultimo Cod. portuguez.

O silencio do *Projecto* sobre os pontos de doutrina, incontestavelmente correcta, que o Codigo vigente consigna no art. 14, auctoris a supposição de que não os aceita: *o emprego errado, ou irreflectido, de meios julgados aptos para a consecução do fim criminoso, ou o máo emprego desses meios, exclue a noção da tentativa*. Faz mal o projecto: aquellas regras são inabalaveis.

Arts. 15 a 18. Como já vimos, são doutrinamente defeituosos estes artigos. Não estão ali todas as figuras juridicamente possiveis da auctoría, singular ou collectiva (auctoría propriamente dita e co-auctoría), nem da complicitade.

Tambem fica viciada esta parte desde que daqui se destaca a materia dos arts. 35 e 36, mal cabidos onde estão, e que nada se dispõe sobre as com causas dos delictos. Si o executor excede da resolução ordenada ou instigada ou efficientemente auxiliada por outrem, será este responsavel pelo excesso? Si um dos complices tambem se excede, respondem os outros pelo resultado que não queriam? Tambem a tal respeito nem uma palavra no *Projecto*, o que denota solução affirmativa, com patente sacrificio da melhor doutrina.

Art. 21. Nesta disposição está latente o sacrificio da liberdade de imprensa. Fazer o dono do jornal, typographia ou lithographia, responsavel pelas penas pecuniarias e indemnisações devidas pelo auctor, edictor ou gerente quando insolvaveis, é travar ferreamente a industria que, dentre todas, de mais liberdade precisa.

O art. 26 n. II, que considera não puniveis os constrangidos pela necessidade de defender seus direitos, é incompativel com o art. 320, que apenas reduz a quantidade da pena no caso em que o homicidio ou as lesões pessoas são feitas no flagrante adulterio. Qual é, pois, a doutrina do *Projecto* em questão tão seria e pratica? é a do *Tue-là*, de Dumas Filho, no art. 26, pois ninguem contestará que não ha direito mais vibratil e nobre do que o do marido ou da mulher que mata o conjuge adultero, e é tambem, no art. 320, a do *Deixa correr o marfim*, do mais valente manejaador da nossa lingua, Camillo Castello Branco, já que a só diminuição de pena muita vez trará condescendencias deshonestas. E' verdade que o *Projecto* não pune o adulterio.

A doutrina do art. 27, pela elasticidade de sua composição, deixa escancaradas as portas ao arbitrio do juiz. Qual é o criterio verificador do excesso da legitima defesa? quaes são esses *limites da lei, da auctoridade, da defesa ou da necessidade?* Haverá o juiz de apreciar a questão pelo lado da physiologia e da psychologia quando tiver de determinar os caracteres legaes do chamado *instincto da propria conservação, o Selbsterhaltungstrieb*, dos allemães, e que Giulio Fioretti tão profundamente estuda na sua bellissima monographia *Su la legittima difesa?* Mas

nesse caso devia o Código traçar algumas das regras mais geraes sobre o assumpto, que não só o citado Fioretti, mas também Poletti, no seu *Il sentimento nel giure penale*, e Augusto Setti, *La forza irresistibile*, apontam com grande sabedoria. Haverá ainda o juiz de considerar propriamente os factos em si, segundo lhe parecerem mais ou menos proximos de certa linha que elle proprio houver arbitrariamente traçado como representativa da normalidade ou da anormalidade conforme o trafego commum da vida? Ainda nesse caso a ausencia de qualquer regra pre-estabelecida no código é um perigo para a jurisprudencia.

Neste ponto, portanto, o vicio de doutrina do *Projecto* consiste em não ter seguido doutrina alguma.

Art. 32 § 1.^o *E' circumstancia aggravante*, diz simplesmente o *Projecto*—*ter o réo committido o facto á noite ou em logar ermo.*

Tão conhecida e batida era a questão de saber si qualquer destas circumstancias aggravava o delicto quando occorria mesmo accidentalmente, ou sómente quando procurada ou aproveitada calculadamente pelo criminoso, que o Código vigente, adoptando a melhor doutrina, cortou-a no art. 39 § 1.^o: *Ter o réo procurado a noite ou o logar ermo para mais facilmente perpetrar o crime.*

O *Projecto*, não reproduzindo esta idéa, parece tel-a abandonado para seguir a outra, o que é um erro, já reiteradamente profligado pela nossa jurisprudencia, como se vê dos accordãos citados na nt. 21 de Filgueiras, *Código Criminal*.

E' também conhecida a controversia acerca da definição legal da noite: porque não a resolveu o

Projecto, adoptando, por exemplo, o conceito do Código de Zurich, § 163, n. 2, que Carrara chama optimo: *o tempo habitual do somno?*

§ 2.º E' difficil comprehender o que pretende o *Projecto* quando qualifica de circumstancia aggravante ter o réo commettido o delicto *por meio de desastres de perigo commum*. Si o réo arma o desastre (deixem passar o paradoxo) já não é desastre.

§ 7.º E' de um socialismo, ou melhor—de um anarchismo palpavel esta disposição. Que utilidade social se consulta com aggravar o delicto quando commettido pelo amo contra o criado, pelo superior contra o inferior? Só concorda com esta disposição o ultimo Codigo portuguez, art. 34 n. 27 Parece-nos uma extravagancia.

De resto, toda enumeração, como toda definição, é perigosa. Assim, dizendo o *Projecto* que se dá aquella aggravação quando o delicto é commettido contra *mestre, discipulo, tutor, pupillo*—não comprehende o *contramestre, aprendiz, o curador e o curatellado*—contra a regra de hermeneutica: *ubi eadem ratio ibi idem jus statuendam*.

Art. 34 § 7.º E' circumstancia attenuante *ter tido o réo procedimento exemplar* O que é procedimento exemplar? qual o criterio? será alguma noção absoluta? terá os mesmos caracteres no Rio de Janeiro como em S. José do Parahytinga? Porque não dizer como no Codigo de Zurich, § 60 let. e) *quanto melhor tiver sido a conducta anterior do réo?*

Titulo X. *Da satisfação do damno*. Todo este titulo denota inconveniente regresso aos codigos criminal e do processo de 1830, que a L. de 3 de Dezembro de 1841 nesse ponto derogára, attendendo aos reclamos da jurisprudencia, de accordo com os principios geraes de direito em materia de competencia, de prova e de cousa julgada, e que o vigente Codigo Penal fez bem deixando como encontrára.

Em que peze a tudo quanto allega o illustrado auctor do *Projecto* em sua *Exposição de motivos* — nem as geniaes inspirações do eminente Bernardo Pereira de Vasconcellos, o nosso primeiro codificador das regras de Bentham sobre a satisfação do damno *ex-delicto* — nem as discussões dos modernos congressos anthropologicos e os recentes escriptos, a que ali se allude — nem a supremacia intellectual de Garofalo, que na sua *Riparazione alle vittime del delitto*, tão proximamente guiou o *Projecto* — nem tudo isso nos modifica o parecer sobre a superioridade do systema do art. 68 da citada L. de 3 de Dezembro.

Em primeiro lugar, porque este systema, mantendo separadas as duas acções *ex-delicto* — a penal, para a imposição da pena, a civil, para a reintegração do patrimonio da victima — ao passo que scientificamente se harmonisa com os principios constitutivos do delicto em suas forças, na phrase de Carrara, ou em seus elementós, na de Ortolan — isto é, emquanto deixa nitidamente distinctas as forças subjectivas do delicto das objectivas, de modo algum desconhece a perfeita correcção do principio juridico, segundo o qual todo delinquente deve reparar o mal que houver causado com o delicto, obrigação que, segundo Herbert Spencer, deve mesmo ser considerada como um succedaneo da pena.

Em segundo lugar, tão variamente dessimilhantes podem ser, nos casos concretos, as condições da prova

a produzir da auctoria do delicto e da intensidade do damno, tão desaparecidos os elementos psychicos da delinquencia e os economicos do damno, em uma palavra, tão independentes podem reciprocamente ser as duas relações: violação do preceito da lei criminal, damno patrimonial da victima do delicto— que a idéa do *Projecto*—dar ao juiz que houver de decretar a condemnação penal competencia para desde logo condemnar igualmente o réo á satisfação do damno— dará muitas vezes occasião a erros judicarios, com grave sacrificio da justiça.

Nem se diga que, a não ser assim, a satisfação do damno será uma illusão: pensamos, ao contrario, que ella será uma realidade completa, e, portanto, justa, só quando pedida e discutida nos apparelhos da acção civil. De resto, era o proprio Fioretti, cujas idéas Garofalo applaudia, Garofalo que dictou o presente titulo do *Projecto*, quem, na sessão de 21 de Novembro de 1885, do Congresso de Anthropologia criminal havido em Roma naquelle anno, assim se exprimia:

«O sentimento de justiça leva-nos necessariamente a desejar que todo damno causado pelo delicto seja larga e promptamente reparado, ou pelo offensor, ou pelo Estado. Pois bem, senhores! esta aspiração não sómente é um ideal, mas constitue tambem uma utopia.» (58).

Finalmente, quantos outros perigos não poderão vir de tal doutrina? Por exemplo:

Pelos principios universaes *rei judicatae*, a absolvição no juizo criminal não obsta a acção civil para a satisfação do damno— tal é o conceito do sabio Merlin, que o abalisado especialista Faustin Helie assim commenta: «Com effeito, diz Merlin, declarar

(58) Garofalo, obr. cit. pag. 86.

que o accusado não é culpado, não é decidir necessariamente que o facto não existe ou que o accusado não é d'elle auctor; é decidir sómente que o accusado não foi, relativamente a esse facto, convencido de culpa sufficiente para attrahir sobre si a pena; e tal decisão póde ser determinada, ou pela prova de que o facto não existe, ou por falta de provas da existencia do facto, ou por falta de provas de que o accusado seja delle auctor, ou pela prova de que o facto existe e de que o accusado seja auctor do facto, mas não o houvesse commettido voluntariamente e com intenção criminosa.» «A Corte de cassação julgou, de accordo com esta doutrina, que se — a declaração do jury exclue o crime da accusação, não decide necessariamente em favor da accusação sobre os factos ou circumstancias, que podem submettel-o a reparações civis.»⁽⁵⁹⁾.

Concorda Dalloz, *Répert.* v.º *Chose jugée*, ns. 556 e 559 ns. 3 e 4.

E a razão é, que a sentença criminal só produz cousa julgada no juizo civil quando o facto, baze desta ultima acção, ficou definitiva e affirmativamente julgado no criminal⁽⁶⁰⁾; o que se não dá quando o juizo criminal absolve, por exemplo, por falta de prova, pois que então não affirma a inexistencia do facto ou sua legitimidade, ou mesmo que o accusado não o houvesse realmente commettido⁽⁶¹⁾. Nem outro póde ser o sentido do art. 68 da L. de 3 de Dezembro, *ibid.*: Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu auctor, *quando estas questões se achem decididas no crime.*

⁽⁵⁹⁾ *Traité de l'Instruc. crimin.* II, 1105.

⁽⁶⁰⁾ Dalloz. *ibid.* n. 531.

⁽⁶¹⁾ Mangin *Tr. de l'act. pub.*, n. 415; Merlin, *Quest. de droit*, v.º *Faux* § 6.º.

Isto posto, pergunta-se: com o systema proposto no *Projecto*, a acção civil subsistirá á absolvição? A negativa parece evidente.

Subsista, pois, o nosso actual systema.

Entrando agora no exame dos delictos em especie, vai a commissão passar em silencio o titulo em que estão enquadrados os *crimes politicos*. Tanto haveria que censurar — tão jacobinamente estão elles ali constituídos — tão disparatadas as classificações — tão cruel a penalidade — tão collada anda toda esta parte do *Projecto* ao exagerado rigor do Código de 1830, feito em epochas de perigosa encandescencia politica, quando a impopularidade do Primeiro Imperador já se segurava contra a borrasca, que se desencadeou poucos mezes depois — que a detalhada analyse deste titulo só por si encheria o breve prazo que nos foi concedido.

De resto, como inquiria o eminente Carrara ⁽⁶²⁾, terá o direito penal principios absolutos a respeito dos chamados delictos politicos? *haverá possibilidade de achar estes principios? e mesmo em achal-os, haverá utilidade permanente? Foi justamente nesta parte do seu monumental *Programma*, que o grande mestre havia escripto: *Io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle.*

E si de facto, como ainda disse o mesmo Carrara, o crime politico se define menos pela verdade philosophica do que pela predominancia dos partidos e da força, e pela sorte das guerras e das revoluções, tanto que Bruto I foi um heróe porque venceu, Bruto II foi proscripto como rebelde porque perdeu — fique o Congresso arbitro supremo para julgar

⁽⁶²⁾ *Program.*, § 3913.

esta parte do *Projecto*. Pois não são do anno passado ainda os decretos que definiram como pirataria os movimentos logicos de uma revolução armada? que muito é, que o art. 123 § 1.º do *Projecto* considere crime politico, sob o titulo de *pirataria*, qualquer depredação ou violencia commettida no mar, sujeito á pena de 25 annos de prisão?! Segundo o art. 125 § 1.º não figura tambem como *pirataria* o facto de fazer parte da equipagem de qualquer navio que navegue armado, sem ter passaporte, matricula da equipagem, ou outros documentos que provem a legitimidade da viagem—sendo neste caso punido o commandante até com 12 annos de prisão, e os tripolantes até 6?! De sorte que, na primeira figura, póde o crime ser politico ainda que nada de politico tenha o movel criminoso, e na segunda, sem que acto algum de execução material da pirataria tenha ainda revelado a intenção do commandante ou dos tripolantes. Decididamente, quando Bynkershoek deu ao direito das gentes a verdadeira noção da pirataria, não previu que tão elastica fosse ella. Sirva de justificação ao *Projecto* a multiplicidade de noções que a palavra pirataria tem recebido entre as diversas nações, como se póde ver em Calvo, *Derecho Internacional*, 1.º vol. § 201.

Mas por isso mesmo achamos preferivel excluir tal crime do Codigo Penal commum, para reprimir-o por meio de leis especiaes, calcadas sobre tratados ou estylos mais geralmente observados pelo direito internacional.

Resistencia — arts. 169 e 170.

Nota-se no *Projecto* a suppressão de uma idéa do Codigo de 1830, conservada no vigente, e que é tambem de varios codigos estrangeiros, isto é, que basta

a ameaça, capaz de aterrar, para constituir a resistência punível. Nem foi apenas lapso; ao contrario, parece que houve proposito, porquanto, reproduzindo litteralmente os arts. 116 e 119 do Codigo de 1830, o *Projecto* saltou o art. 117, onde se continha aquella idéa. Accresce que, do Codigo vigente (art. 124) *ibi*: *Oppôr-se a alguém, com violencias ou ameaças* — só o *Projecto* aproveitou a violencia, que denomina *força*. Qual melhor? sem duvida o codigo antigo.

Pretenderá o illustrado auctor do *Projecto*, que naquella expressão — *Oppôr-se a alguém, de qualquer modo, com força* — comprehende-se tambem a ameaça?

Póde ser; mas mesmo assim, por amor da clareza, nunca demasiada, melhor era o 1.º Codigo. Toda ameaça é violencia, mas nem toda violencia ou força é ameaça, e o que se quer dizer é justamente que basta a ameaça para constituir este crime.

Vejam-se os Codigos: de Zurich, § 77: *resiste com violencia ou ameaça séria* ⁽⁶³⁾; da Allemanha, § 113: *com violencia ou ameaça de violencia*; de Portugal, art. 186: *empregando violencias ou ameaças, etc., etc.*

Pois não valeu ao *Projecto* nem o art. 190 do Codigo italiano, seu constante inspirador: *Chiunque usa violenza o minaccia, etc.?*

Ainda o *Projecto* reproduziu em seu art. 170 os arts. 119 do codigo de 1830 e 126 do de 1890: « Provocar directamente, por escriptos impressos, lithographados ou gravados, *que se distribuirem por mais de quinze pessoas*, aos crimes e bem assim a desobedecer ás leis. »

« Si a provocação fôr por escriptos não impressos, *que se distribuirem por mais de quinze pessoas*, ou por discursos proferidos em publicas reuniões. »

(63) *Ernstliche* — serio, na traducção italiana de Brusa.

Entretanto, supprimiu as palavras sublinhadas — *que se distribuirem por mais de quinze pessoas*; e vistos outros artigos, chega se á conclusão que o *Projecto*, naquella suppressão, seguiu um systema, que se nos afigura máo.

No art. 19, estabelecendo a escala da responsabilidade successiva nos delictos de abuso da liberdade de communicação do pensamento, já o *Projecto* alterára o § 5.º do art. 7.º do Codigo de 1830, conservado no art. 22 § 2.º let. b), isto é, reduziu a duas o minimo das pessoas exigidas para constituição da publicidade punivel, que é de quinze. No art. 144, paralelo aos arts 90 e 99 do Codigo de 1830, que o de 1890 manteve, isto é, provocar os crimes politicos taes e taes por meio de papeis impressos, *que se distribuirem por mais de quinze pessoas*, tambem o *Projecto* supprimiu toda referencia a este elemento da criminalidade. Finalmente, no capitulo equivalente ao da *Calumnia e injurias*, que o *Projecto*, sem necessidade alguma de alterar nossa technica juridica, mudou, para acompanhar o codigo italiano, em *diffamação e injuria*, conservando a palavra *calumnia* para significar a *denuncia falsa*, porque assim tambem faz o codigo italiano, reduziu, nos arts. 337 e 339, de quinze a duas o numero das pessoas exigidas nos antigos arts. 230 e 233.

Ora, da comparação dos citados arts. do *Projecto* se conclue:

a) que o delicto de abuso da liberdade de communicação do pensamento, para se constituir, basta que este seja divulgado por duas pessoas;

b) mas quando aquelle abuso consistir na provocação aos delictos de sedição e resistencia e a desobedecer ás leis, aquella divulgação, isto é, vulgarisação, espalhamento, dispersão, etc., basta que se

dê entre o conceptor e o provocado, isto é, basta que se não vulgarise, espalhe ou disperse.

Será preciso denunciar a serie de absurdos que daqui pôde decorrer? E o maior delles resulta da letra do proprio *Projecto*: «*Si a provocação fôr feita, diz a 2.^a parte do mesmo art. 170, por discursos em reuniões publicas — metade da pena.*» De sorte, que si a resolução criminosa fôr communicada a uma só pessoa, e esta, portanto, a unica provocada, a pena será do dobro da que cabe no caso de serem provocadas muitas pessoas!

Si o *Projecto* insiste na sua doutrina da constituição da publicidade por duas pessoas, mantenha esta exigencia tambem no art. 170.

Da associação de malfeitores (arts. 182 a 184).

A importação que, deste titulo, o *Projecto* fez dos codigos italiano e portuguez, não nos parece justificavel. Punir, só *pelo facto da associação*, A REUNIÃO DE CINCO OU MAIS PESSOAS PARA COMMITTER TAES E TAES ESPECIES DE CRIMES, é idéa contra a qual se levantam varias e valentes objecções. Por exemplo:

a) Porque não será criminosa a reunião de quatro pessoas?

b) Porque só será criminosa a reunião *para* a perpetração daquelles e não de qualquer dos crimes definidos no Codigo?

c) Porque derruir um dos principios ou conceitos fundamentaes da sciencia do direito criminal: que sem principio de execução do crime deliberado não ha nem mesmo tentativa punivel? E o que é, sinão rasgar tal conceito, o punir a simples associação para — vêde bem: *para* se commetter este ou aquelle crime?

d) Porque ainda abrir excepção a outro principio, tão cardinal quanto aquelle — que não ha nem tentativa punivel quando a execução não se effectuou por circumstancias dependentes da vontade do agente? E o que é sinão suffocar a desistencia da consummação punir o simples factio da associação, que póde não chegar a resultado algum criminoso?

E punir como? até com o maximo de nove annos de prisão, como na hypothese do n. I do art. 182!

E no art. 183 então ficou grosseiramente sacrificada a theoria da complicitade, qual a definiu o proprio *Projecto* no art. 17. Pois si, quando sem o concurso do complice o crime não si puder realizar, a complicitade se transmuda em co-auctoría, como, sem quebra da logica, se haverá de considerar meramente complice aquelle que ministrará o logar onde se reuniram os malfeitores, uma vez que o Codigo considera delicto o simples factio da associação?

De resto, não bastava, para determinar augmento da quantidade politica do delicto, producto da associação, e, portanto, augmento da quantidade da pena, a circumstancia aggravante do ajuste — art. 32 § 17?

A commissão está vendo que, sem querer, vai produzindo um volume de critica: não ha remedio, pois, sinão saltar por cima de muitos artigos que, em rigor, mereciam censura. Vejamos sómente os mais importantes.

Ainda a respeito dos *crimes contra a liberdade do trabalho*, que o *Projecto*, como vimos, tão desastradamente traduziu do codigo italiano, muito havia que dizer. Por exemplo:

— Será crime o patrão ameaçar cessação do trabalho si o operario não estiver pela diminuição do salario?

Pelo art. 208, 2.^a parte, parece que sim; mas, que tyrannia! como diz Carrara; e como é aberrante do liberal principio da liberdade do commercio e do trabalho (⁶⁴)!

— Haverá crime quando fôrem os proprios patrões ou os proprios operarios que praticarem os factos previstos no *Projecto*? Da sua lettra parece que não; entretanto, na affirmativa está a melhor doutrina, que tira os elementos constructores deste delicto, não dos preceitos da economia politica, mas do perigo corrido pela ordem publica, desde que concorrerem os extremos de tal figura criminosa: *a)* concerto, *b)* imposição do intento lucrativo, *c)* execução, ao menos começada (⁶⁵). Na organização collectiva das forças industriaes não está sómente em jogo a liberdade individual, mas tambem a propria riqueza publica; e neste, mais do que naquelle interesse, é que está a razão politica das leis industriaes.

Nem se pretenda, com Leroy Beaulieu (⁶⁶), que a prohibição legal, em vez de impedir as colligações e as greves, apenas as tornam mais difficeis, dando-lhes o sabor das revoltas ou insurreições. Bastaria fazel-as mais difficeis para não a desprezarmos.

O art. 233, litteral traducção do art. 208 do Código italiano, tambem nos parece aberrante dos principios geraes, sem vantagens praticas de especie alguma. Como considerar a qualidade de funcionario publico elemento constitutivo ou circumstancia aggravante do delicto, quando o indiciado já não era funcionario publico nem exercia as funcções, que deram logar ao mesmo delicto, no momento em que o praticou?

(⁶⁴) *Programma*, § 1609.

(⁶⁵) *ibid.* §§ 1609, 1615 e 1619.

(⁶⁶) Vid. Paul Cauwés, *Préc. du Cours d'Econ. Pol.*, II, 847.

Compreenderíamos esta extensão no caso em que o funcionario já não o fosse na epoca do julgamento, mas como no *Projecto*, nunca. A qualidade pessoal do réo, no momento consummativo do delicto, é criterio essencial desta figura criminosa ⁽⁶⁷⁾.

Do fogo posto, inundação e outros.

Defeituosissimo nos parece este capitulo, a começar pela inscripção, lembradora do estylo dos velhos romancistas da cavallaria antiga: *De como Fulano armou-se cavalleiro, e com impeto varonil arremessou-se contra a cidade inimiga, e fez muitas outras cousas mais.*

Dos crimes de incendio.—*Incendiar edificios* dizia a nossa L. n. 3311 de 15 Outubro de 1886.

— *Do incendio e outros crimes de perigo commum.* *Incendiar edificio* diz o Codigo Penal vigente.

— *Crimes e delictos de perigo commum. E' punido, com a casa de força, por incendio* diz o codigo allemão.

— *Crimes contra a segurança geral. E' culpado de incendio doloso* diz o codigo de Zurich.

— *Del incendio y otros estragos.*— *Los que incendiarem.* diz o codigo hespanhol.

— *Incendio. Commette o crime de incendio* — diz o codigo da Austria-Hungria.

— *Del incendio y otros estragos. El que incendiarre* — diz o codigo do Chile.

— *De los incendios y otros estragos. El que de proposito incendiare* diz o codigo da Republica Argentina.

Onde foi, pois, o *Projecto* buscar aquella phraseologia *Do fogo posto. Pôr fogo em qualquer cousa.* ? Quanto á rubrica, no Codigo portuguez, mas com uma

⁽⁶⁷⁾ Carrara, § 3366; Blanche, *Etudes sur le Cod. Pen.*, III, n. 346 e segg.

diferença: que este assim inscreve o delicto: *Do incendio e damnos* (cap. IV, tit. V, liv. II). *Secção I.* — *Fogo posto* — deixando assim claro que só é crime o atear fogo que possa produzir incendio; quanto ao *pôr fogo*, do art. 235 n. I, no art. 300 do Código italiano: *Chiunque appicca fuoco* ; mas ainda com uma diferença: que em italiano a phrase *appicare il fuoco* significa produzir incendio ⁽⁶⁸⁾. Decididamente, e ainda uma vez, *traduttori, traditori*.

E o *Projecto*, para afinal consignar os criterios essenciaes do delicto, que segundo todos os escriptores ⁽⁶⁹⁾ são estes: *a)* o excitamento do fogo, *b)* o perigo do ateamento progressivo, ou por outra, para que se não pudesse enquadrar na lettra daquella disposição — *Pôr fogo em qualquer cousa* — o facto do fogueteiro que faz queimarem as suas peças pyrotheonicas ou do fumante que chega fogo ao charuto, deu ao seu artigo a original construcção que ali vemos.

E si até aqui se poderia vêr apenas vicio de redacção, no n. IV do art. 235 consigna-se doutrina que não pôde passar sem reparo. Punindo-se ali com dous a seis annos de prisão o facto de *destruir ou damnificar um edificio ou qualquer construcção, si desse facto puder resultar perigo á propriedade ou bens alheios*, facilmente se poderá ir ter ao extremo de punir a pratica de actos meramente possessorios, alheios absolutamente a qualquer fim criminoso. Então toda a theoria civil do esbulho fica absorvida nesta nova figura criminoso? Desapparece a judiciosa distincção que a L. de 16 de Setembro de 1850 fazia, para a qualificação do damno de immoveis, entre heréos confinantes e terceiros? Deverá logicamente riscar-se,

⁽⁶⁸⁾ *Fare incendio... In casa si era appiccato il fuoco: le feu avait pris chez nous.* Ferrari e Caccia, *Gran Diz. ital. — franc.* v.º *Appicare*.

⁽⁶⁹⁾ Koch, *Inst. juris crim.* § 519; Carrara, § 3054.

da lista das acções civis, o preceito comminatorio ou embargos á primeira, já que a ameaça, de que falla a Ord. L. 3.^o tit. 78 § 5.^o, constituindo principio de execução, se converterá em tentativa deste crime? Teria tudo isto occorrido á douda intelligencia do auctor do *Projecto*?

Todas estas duvidas estão denotando o vicio deste artigo.

O art. 247, traducção do art. 330 do Codigo italiano, adopta doutrina que principio algum scientifico ou politico justifica: punir, posto que com pena menor, o auctor de qualquer dos crimes contra a incolumidade publica quando mesmo elle proprio *tenha impedido suas consequencias, operando efficaamente para isso.*

Mas nunca se deu golpe mais profundo na theoria universal da imputabilidade!

A mesma censura cabe no art. 258 n. I, que pune os que simplesmente detiverem sêllos, estampilhas ou bilhetes de transporte falsos. Não vemos nisto nenhum dos elementos formadores do crime.

Do perjurio.

Eis uma velhissima figura criminosa que actualmente, no Brasil, como está politicamente organizado, já não tem razão de ser. *Jurar falso* não póde mais ser crime: 1.^o) porque o Estado, como pessoa civil, não professa religião alguma; 2.^o) porque o juramento está abolido dos actos officiaes da vida civil. Com que direito, pois, punirá o Estado a quebra da palavra dada a Deus?

Si no perjurio pune-se esta infidelidade, então voltamos aos tempos da tyrannia religiosa, em que,

naquelle atroz delicto, via-se tão sómente o maior dos attentados contra a magestade de Deus — em que Moysés ia pedir á *colera divina* (que impia reunião de palavras incombinaveis!) perenne ameaça de morte sobre a cabeça dos perjuros — em que Homero e Sophocles saciavam a fertil imaginação de sua natureza epica decantando os tormentos da Hellade e de Thebas, nas agruras da fome, por Deus imposta em castigo do perjurio de seus filhos — em que Justiniano, no quarto livro de seu Codigo, reproduziu a lei de Alexandre Severo: *Furisjurandi contempta religio satis Deum ultarem habet* — a esses tenebrosos tempos em que os povos eram governados com a palavra de Mahomet, ao pregar, com a sinistra, o Alcorão, emquanto na dextra sustinha o gladio: « Crê ou morre! » ⁽⁷⁰⁾ Não — o perjurio, mesmo nos paizes em que a existencia politica de uma religião official põe em reciproca dependencia as duas sociedades — a civil e a religiosa — não deve ser punido como delicto religioso, sinão como pertencente á classe dos delictos contra a administração da justiça.

« O criterio dos delictos religiosos, dissemos algures, ⁽⁷¹⁾ deve achar-se na theoria puramente juridica da autonomia propria do direito. Não ha delicto sem lesão de um direito: só póde haver delicto religioso, pois, quando houver um *acto externo* offensivo da religião ou como *crença* ou como *culto*. Mas tambem não ha criminoso sem intenção. Esta, para poder constituir a força psychologica dos delictos religiosos, é preciso que seja directamente dirigida contra a religião objectivamente considerada ⁽⁷²⁾. Com estes principios

⁽⁷⁰⁾ Dr. João Monteiro. *Do Perjurio. Critica do art. 169 do Codigo Criminal*, cap. I. Vid. *O Direito*, XXVIII, 321.

⁽⁷¹⁾ *ibid.* ns. 7 e 8.

⁽⁷²⁾ Io che é ben diverso dal semplice fine di violare il precetto religioso per soddisfare un proprio appetito, quantunque facciasi per miscredenza o scetticismo — Carrara, *Program.* § 3257.

harmonisa-se o nosso Código nos arts. 276, 277 e 279 ⁽⁷³⁾. O perjúrio não é portanto, delicto religioso. A sua força moral subjectiva não está no proposito de offender a religião como *crença ou culto*; a sua força physica objectiva não é a violação do dever religioso. O interesse, moral ou material, ligado á causa *in judicio*, é o movel do perjúrio; o desequilibrio operado pelo depoimento, é o resultado apreciavel. A violação do juramento em si não póde ser tomada em linha de conta para a imputação como acto offensivo do sentimento religioso. » ⁽⁷⁴⁾

Portanto, a disposição do *Projecto* — *Jurar falso em juizo* — posto que enquadrada nos delictos *contra a fé publica*, deve ser riscada. O modo porque está redigida importa em erro de doutrina. Não ha perjúrio — haverá depoimento falso; e já que o juramento está hoje dispensado, melhor é não considerar sinão esta ultima figura daquelles delictos contra a administração da justiça.

Mais censuravel é, porém, o *Projecto* quando considera crime (art. 274) o depoimento falso da propria parte. Nunca. Não ha delicto sem damno apreciavel; ora, o depoimento da parte só póde prejudicar ao proprio confitente, nunca á outra parte; logo, sendo inefficaz para a decisão da causa, e portanto incapaz de produzir damno, não póde constituir delicto. ⁽⁷⁵⁾

Mas quanto ao juramento decisorio? perguntarão talvez. Admittindo, por hypothese, que as nossas futuras leis de processo, em via de reforma geral, consignem ainda aquella especie de prova, impolitica e immoral, responderemos:

« Nem mesmo no juramento decisorio, que uma das partes defere ou refere á outra, pensamos que

⁽⁷³⁾ A estes correspondem os arts. 194 a 198 do *Projecto*.

⁽⁷⁴⁾ Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, II, 258.

⁽⁷⁵⁾ Dr. João Monteiro, *loc. cit.*, n. 27.

haja lugar ao crime de perjúrio; e para assim decidirmos basta a regra — que a força de tal juramento é tamanha que este faz as vezes de transacção ou cousa julgada, e não póde ser retractado por prova em contrario, nem mesmo pelo perjúrio, *ex vi* da Ord. liv 3.º tit. 52 § 3.º.

« E' certo que alguns praticos, como Souza Pinto e Paula Baptista, parecem admittir o perjúrio neste caso, quando dizem, como aquelle — § 1331 — que a parte que requereu o juramento póde pedir dispensa delle *tendo justa razão de temer o perjúrio*, e este — nt. ao § 167 — que tal juramento se converte em uma precaução em favor da mentira, e *termina muitas vezes em um perjúrio*. Mas não só a regra da Ordenação exclue tal doutrina, como fôra altamente impolítico collocar a parte neste cruel dilemma — ou jurar contra si, e perder a causa, ou em seu favor e sujeitar-se á acção de perjúrio. A lei criminal devia ter em vista que, em todo processo civil, ha o auctor que affirma e o réo que nega; si a formalidade do juramento deferido ou referido á parte já é uma violencia exercida sobre o animo do jurando, a possibilidade de um processo pelo perjúrio seria atrocidade impolitica e até immoral. A mentira ou a verdade hade quasi sempre sair de uma transacção da consciencia com o interesse. » (76)

Disse muito bem o eminente Savigny (77): « Observe que o juramento decisorio exprime sempre o contrario das pretensões d'aquelle que o defere. Assim, quando se trata de uma divida reclamada, o juramento deferido pelo auctor recai sobre a não existencia, o deferido pelo réo sobre a existencia da divida. Isto

(76) *ibid.* n. 29.

(77) *Tr. du Dr. Romain*, VII, 63.

se dá porque o juramento é sempre deferido na crença e esperança de que não será prestado.»

E eis o tiro de misericórdia no assumpto.

Art. 284. Já este artigo soffreu severa critica quando encaramol-o em sua redacção. *Constranger uma mulher a ter COMSIGO relação carnal* poderá ser alguma das figuras do lenocínio, mas do estupro, nunca. Agora, o emprego das palavras *relação carnal*, para designarem o *fim* do acto criminoso, suscita serias duvidas no terreno da doutrina.

Dizia o Codigo de 1830 (art. 219): *Deflorar* (art. 222): *Ter copula carnal* ; e diz o de 1890: (art. 267): *Deflorar* (art 268): *Estuprar*

Estuprar copula illicita são os termos usados no Codigo portuguez — arts. 392 e 393.

crime de viol diz o Codigo francez (art. 332).

illegitima fornicação Codigo allemão (§ 176).

Porque, pois, usou o *Projecto* da expressão *relação carnal*? toda copula é uma relação carnal, mas nem toda relação carnal é copula, e esta é que constitue o estupro.

Uma de duas: ou a rubrica — *Dos estupros* — está errada, ou o *Projecto* considera crime qualquer especie de relação carnal obtida por violencia ou ameaça; por exemplo: um beijo. Mas punir um beijo com tres a nove annos de prisão!

No art. 297 ha um lapso interessante, que póde dar logar a revoltante injustiça.

— *Quando de algum dos factos previstos nos arts. 284 (estupro ou relação carnal consigo), 285 (attentado contra o pudor), 289 (rapto de mulher) e 290 (rapto de menor, homem ou mulher) resultar a morte*

ou uma lesão da pessoa offendida, as penas estabelecidas nos referidos artigos serão augmentadas, etc.

Ora, porque razão o *Projecto*, fazendo aquella enumeração dos arts. 284, 285 (o art. 286 não trata de figura nova), 289 e 290, saltou o art. 287, em que se figura o crime de corrupção, mediante actos de libidinagem, de pessoa menor de 16 annos, e deflora-mento de menor de 18 annos? Com certeza não foi porque de taes actos não possa nunca resultar morte ou lesão ⁽⁷⁸⁾; foi simplesmente porque, traduzindo o art. 351 do inseparavel codigo italiano, não ponderou que, si este não se refere áquelle crime, é porque tal crime está ali em titulo diverso!

Bigamia.

Porque motivo o *Projecto*, em lugar da palavra *Polygamia*, usada nos codigos de 1830 e 1890, usou da *Bigamia*?

E' certo que esta é a expressão de varios codigos estrangeiros: de Zurich, § 120; da Austria-Hungria, 2.^a parte, cap. XV; italiano, liv. 2.^o tit. VIII cap. VI.; mas á Commissão parece que uma e outra são expressões infelizes. Nem *Polygamia*, porque, significando este vocabulo o casamento de um com muitos conjuges vivos todos (de *poly*, muitos, e *gamos*, casamentos), poder-se-ia suppôr licita a *bigamia*; mas tambem nem *bigamia*, porque, sendo esta o segundo casamento vivo o primeiro conjuge (de *bis*, duas vezes, e *gamos*, casamentos), com absurdo maior ficaria impune a *polygamia*.

E tanto, segundo a letra do *Projecto*, possivel será esta inaceitavel interpretação, que no art. 301 sómente se figura a coexistencia de dous casamentos,

(78) Vid. Casper, *Méd. lég.*, I, 96; Tardieu, *Etud. méd.-lég. sur les attentats aux mœurs*, pag. 87, etc., etc.

chegando-se, no *alinea*, a se usar da expressão *duplo casamento*.

Melhor, portanto, andaram outros codigos, por exemplo :

portuguez — *Matrimonios illegaes* — art. 337: Todo homem ou mulher que contrahir segundo ou ulterior matrimonio, sem que se ache legitimamente dissolvido o anterior

allemao — *Crimes contra a moralidade* — § 171: O conjuge que contrahe novo casamento sem que o precedente esteja dissolvido

francez — *Attentados contra os costumes* — art. 340: O conjuge que contrahir outro casamento antes da dissolução do precedente

e melhor do que todos, o chileno — *Celebração de casamentos illegaes*. Art. 382. Quem contrahir matrimonio estando casado validamente

E dissemos melhor do que todos, porque a expressão — *dissolvido o anterior, dissolução do precedente* — poderá fazer suppôr que, no caso, por exemplo, de tres casamentos, não haverá crime si o segundo estiver dissolvido e não o primeiro, pois o segundo é que é o *anterior*.

Ha no art. 309 n. 6 doutrina inaceitavel. Aggravando a pena do homicidio, dispõe aquelle artigo que será ella a do ergastulo si o crime fôr commetido sobre a pessoa do pai ou filho natural *quando a filiação natural tenha sido legalmente reconhecida ou declarada*.

A mesma idéa reproduz-se no art. 331, a proposito do crime — *Abandono de menores*.

Ainda desta vez inspirou-se o *Projecto* no Codigo italiano (arts. 366 e 387); mas á Commissão afigura-se tão destituída de fundamento a odiosa discriminação

que ali se faz entre filhos legitimos e illegitimos, sobre relações em que sómente a razão do sangue augmenta a quantidade natural e politica do delicto, que se dispensa de commentarios.

Veja-se si o codigo do Chile, por exemplo, fez taes selecções; ao contrario, tanto cuidado pôz em que não restasse duvida sobre a igualdade que firmava entre quaesquer filhos nesta relação de direito natural, que nos arts. 347, 390, 394 e outros, não usa da expressão *filhos naturaes*, mas sim *filhos illegitimos*, já que, em direito civil, esta é mais comprehensiva do que aquella. *El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legitimos o ilejitimos* Eis o que é o direito proclamado pela voz irresistivel da lei natural; e sómente *sotto lo stimolo continuo ed efficace di questa legge*, na phrase de Giovanni Ronga ⁽⁷⁹⁾, é que o direito criminal se poderá impôr legitima e universalmente, segundo o pensamento do mais valente defensor dos filhos naturaes ⁽⁸⁰⁾.

Art. 312 § unico. *A previsão da morte presumir-se-á quando se houver empregado armas de fogo, facas ou punhaes afiados.*

O *Projecto*, traçando as regras das chamadas *com-causas do homicidio*, observou a melhor doutrina, abandonando assim o codigo vigente, que no art. 295, como brilhantemente demonstrou *Solus* no vol. 55, pag. 548, d' *O Direito*, foi desastradamente infeliz. A lição de Feuerbach, no art. 143 do seu Codigo da Baviera, consoante as mais adiantadas investigações da medicina judiciaria, é a unica que consulta

⁽⁷⁹⁾ *Della condizione giuridica dei figli nati fuori di matrimonio — Principii razionali.*

⁽⁸⁰⁾ Emile Acollas — *Les enfants naturels.*

ás suggestões da justiça: a morte do assassinado deve sempre ser imputada ao auctor da lesão desque, sem esta, aquelle não teria morrido. Como observa Tardieu, em medicina legal não se deve fazer a classificação das feridas sob o ponto de vista de sua natureza ou de sua séde, pois que não ha lesão absolutamente mortal nem por sua natureza, nem por sua séde, dependendo as respectivas consequencias do curso de muitas e varias circumstancias meramente accidentaes ⁽⁸¹⁾.

A regra moderna é esta, que Casper assim expõe:

«Felizmente, agora, já os medicos não teem de se pronunciar sobre o *gráo de mortalidade* d'uma ferida, nem sobre as mudanças accidentaes que se operaram na gravidade de uma lesão, ou porque foram prestados soccorros fóra de proposito, ou por causa de particularidades individuaes desgraçadas. A lei regeitando todas as eventualidades, não considera mais do que os *resultados presentes* da ferida » ⁽⁸²⁾.

Mas si o *Projecto*, conforme o seu art. 310, é digno de louvor neste ponto, não se justifica na enumeração, que dos unicos instrumentos que considera presumptivamente mortiferos, faz no § unico do art. 312: *armas de fogo, facas ou punhaes afiados*. Para que esta enumeração, si tal systema é sempre defeituoso e perigoso? Pois, um espeto, um formão, um martello, cada qual destes ou de outros instrumentos perigosamente perforantes, cortantes ou contundentes, por que escapará daquella regra?

E mesmo a expressão *armas de fogo* não é feliz, principalmente depois que a dynamite póde matar sob variadas fórmãs de manipulação inqualificaveis como armas. E a asphixia pelo fumo? Nada, pois, de enumerações taxativas.

⁽⁸¹⁾ Lacassagne, *Précis de méd. judic.*, p. 257.

⁽⁸²⁾ Casper, obr. cit., 1.º vol. p. 192.

Art. 313. Trata o *Projecto* do infanticidio; mas si o louvamos por não ter feito deste delicto uma figura á parte, não o podemos acompanhar na noção que delle dá.

Não vemos motivo para crear um titulo especial do *infanticidio*, puro membro da familia dos homicidios. Não tinham razão os antigos criminalistas quando, para destacal-o, davam como motivo o odio particular que tal crime inspira: razão falsa, desde que todos os codigos punem o infanticidio com pena menor, e isso justamente porque menor é a sua quantidade politica. Tambem não procedia a escola dos successores daquelles criminalistas: o infante, por ser incapaz de defender-se, deve ser mais energicamente protegido pela lei penal. Razão tambem falsa, porque, como inquire Carrara, si é essa a razão, como se explica que não seja tambem infanticidio a morte da criança de dous mezes? ⁽⁸³⁾

Na *causa occidendi* é que devemos achar a especialidade do delicto, causa que tem como unico effeito diminuir a quantidade da pena pela degradação politica do elemento psychologico. Essa causa é a necessidade de occultar a deshonra.

Ora, sem tempo absolutamente bastante para desenvolver as nossas proposições ou conceitos, diremos cathegoricamente que, segundo nossa opinião, tal degradação achamol-a unicamente nos casos em que é a propria mãe da victima a auctora do infanticidio, que, portanto, só póde recair sobre filho illegitimo.

Como corollario logico, decorre o segundo elemento do infanticidio: que a morte seja dada emquanto é possivel occultar o nascimento da criança.

Infanticidio, pois, é a morte de um recém-nascido, illegitimo, commettida pela propria mãe para occultar

⁽⁸³⁾ *Programma*, § 1208.

a sua deshonra. Tal era a noção de Feuerbach no art. 157 do Código da Baviera, que á palavra *recem-nascido* da nossa definição acrescentava a condicional *viavel*, escusada em vista dos principios geraes; tal era a disposição do código da Toscana de 1856, art. 316 (*na occasião do parto ou pouco depois*); tal era tambem a doutrina do código penal prussiano de 1851, § 181 (*durante o parto ou immediatamente depois*); tal é hoje a doutrina do código de Zurich, § 131 (*durante o parto ou no estado da excitação que acompanha o parto*), do da Austria-Hungria, art. 284 (*durante o parto ou immediatamente depois*), da Allemanha, § 217 (como no da Austria), da Hespanha, art. 424 (que estende o elemento do tempo a tres dias) etc., etc., e em todos elles figura explicitamente a condição da illegitimidade do parto.

Fóra destes elementos, não ha razão para diminuir a pena do homicidio.

O art. 316 é talvez um dos mais defeituosos do *Projecto*; e para demonstral-o basta ponderar que ali se equiparam, para a medida da pena, estas lesões pessoaes, desmedidamente diversas:

I. Enfraquecimento permanente de um sentido ou de um órgão, e

embaraço permanente da palavra, com
uma marca ou cicatriz permanente no rosto.

II. Molestia physica ou mental certa ou provavelmente incuravel,

a perda de um sentido, da falla, da capacidade de gerar, com

a perda de uma mão ou de um pé.

E ainda aqui reincide o *Projecto* no vicio das enumerações taxativas. Pune-se com mais rigor a lesão que faz perder um pé ou mão, com menos,

si a victima perde, por exemplo, uma orelha — porque? e si a victima é, supponha-se, um escriptor, e perde, não a mão, mas os dedos indicador e pollegar, aquelles com que, como o relator deste parecer, pega na penna com que ganha a vida?

No mesmo vicio de perigoso casuismo incide o art. 322, onde se contempla o interessante e difficil problema do homicidio ou lesões pessoas em rixa.

Escusado é dizer que não se deve alludir aqui a crimes perpetrados por uma *multidão*. Esta é relação muito diversa daquella. A psycho-physiologia da multidão, no direito criminal, segundo o eloquente e profundo estudo de Scipio-Sighele, já citado em a nota 20, nada tem de commum com a physionomia da *rixa*, que na definição de Carrara, é *uma lucta imprevista entre duas ou mais pessoas por causa privada* ⁽⁸⁴⁾. A quella referia-se o dito de Napoleão: «*les crimes collectives n'engagent personne*»; é a collectividade que reage contra a acção exagerada de alguma força social — a religião, o despotismo militar, a fome, etc. —; esta, é uma accidentalidade, sem raizes no tempo, brusca como a irrupção violenta de um dique, que se desconcerta, como o irrompimento de uma paixão subita, que extravasa do coração apaixonado. Naquella, ou ninguem, a vingar, conforme as circumstancias politicas, o referido dito de Napoleão, é criminoso, ou todos o são igualmente; nesta, preciso é, que dentre os rixosos, se caracterise o criminoso. Qual o criterio juridico desta caracterisação? O *Projecto* seguiu em parte o de Carmignani, segundo o qual é, não *qui prior convinciis et probris adversarium lacessi, verit, sed qui prior vel cultrum strinxit vel pugnos duxit*. «*Quando em uma*

(84) *Programma*, § 1292.

rixa, lê-se no art. 322, *alguem ficar morto, ou com qualquer lesão pessoal, todos aquelles que na rixa tiverem posto as mãos sobre o corpo da victima serão punidos* Os que tiverem tomado parte na rixa, sem pôr as mãos no corpo do offendido, serão punidos (penas muito menores).

Perigosa é a doutrina adoptada. Si fôr possível, por varias circumstancias, por exemplo, pelo exame da victima, ou de cada uma dellas quando houver duas ou mais, segundo a regra do fr. 17 *ad leg. Corneliam de sicariis* (XLVIII, 8), individualisar o auctor directo da morte ou da lesão, nenhuma será a difficuldade ⁽⁸⁵⁾; mas na incerteza? A regra do *Projecto* é de todo fallivel. E basta inquirir: si ninguem puzer as mãos na victima, morta por um ou dous ou mais tiros ou *projectis* contundentes? e si uma das pessoas que intervierem na rixa puzer a mão sobre a victima enquanto outras fazem-na alvo dos tiros, que a mataram? Como, seguindo a doutrina do *Projecto*, que é traducção litteral do art. 379 do codigo italiano, resolver estas questões sem grave injustiça?

Cada um responde pelo proprio facto—eis o preceito fundamental. Portanto, não sendo possível individualisar o auctor da morte ou lesões em rixa, a ninguem se puna como incurso em taes delictos, sinão como auctor da *rixa*, qual delicto singular, de quantidade politica menor, vista a degradação da força moral subjectiva e objectiva.

Tal se nos afigura a unica doutrina scientifica.

No capitulo *Do Aborto*, não nos parece melhor a doutrina do *Projecto*, não considerando crime o aborto procurado pela propria mulher pejada. Nem nos convence a razão dada na *Exposição de motivos* (pag. 21,

⁽⁸⁵⁾ Vejam-se o cod. argentino, arts. 201 a 204, e o da Toscana, art. 313.

1.^a col.): não haver prejuizo de terceiro. Si esta razão procedesse, não se deveria tambem punir o aborto provocado por terceiro com consentimento della.

O mesmo Balestrini ⁽⁸⁶⁾, com quem o *Projecto* se apadrinha, não só não sustenta em absoluto a these que este lhe attribue, como é illogico em suas conclusões. Por exemplo: com fundamento na lei de Modestino (fr. 4.^o de *extraord. criminib.*, XLVII, 11): *indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*, e assegurando não ser necessario resuscitar theorias para sempre mortas, como a que, sobre Bynkersoek, via no utero da mulher uma propriedade do marido, e assim tambem nos fructos que delle proviessem, quaes accessorios, que pertencem ao dono do principal, diz Balestrini não precisar de muitas palavras para demonstrar o fundamento da punibilidade do aborto procurado pela mulher pejada sem o consentimento e contra a prohibição do marido, *já que tal facto é uma violação do pacto marital, que tem por fim precipuo a procreação da prole.*

Pois bem: si o aborto provocado pela propria mulher em cujo utero está vivendo o fêto só deve ser punido si, como ainda diz Balestrini, nelle se inclue a lesão irreparavel de um direito, nunca tal facto ficará impune porque ha sempre nelle a lesão do primeiro de todos os direitos—o direito á vida. Quando Ulpiano, no fr. 1.^o do Dig., de *inspiciendo ventre*, disse que *partus antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*, tinha em vista relação de direito muito differente. O fêto tem direitos autonomos; no fr. 26, de *statu hominum*, disse Juliano: *qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.* E pois, si a lei civil, como nas Ords. L. 3.^o tit. 18 § 7.^o e liv. 4.^o tit. 82 § 5.^o, glosando o mote romano

⁽⁸⁶⁾ Aborto, infanticidio ed esposizione d'infante, pag. 154.

—*nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur*—reconhece como nascidas as pessoas apenas formadas no ventre materno ⁽⁸⁷⁾, o que é, senão violentar as mais inequívocas noções do direito, desconhecer naquelle facto todos os elementos de um crime?

Reduzamos, pois, ás suas justas proporções quanto Balestrini allega no cap. VII de sua obra, com o intuito de demonstrar, que as ficções do direito civil sobre a capacidade juridica dos simplesmente concebidos, não devemos transportar para o direito penal, como si o direito á vida mesmo intrauterina fosse apenas uma ficção, e reconhecendo que mal andára o nosso codigo de 1830 não punindo o facto de que nos occupamos, façamos votos para que o *Projecto* não vingue nesta parte. ⁽⁸⁸⁾

Mas cada dezena de tiras que se enchem, nos está impondo brevidade maior. O tempo urge, e longo ainda é o caminho a percorrer.

Limitemo-nos, pois, a apontar, como viciosos, por exemplo:

o art. 333, traducção litteral do art. 389 do ainda e sempre Codigo italiano, erigindo á cathegoria de crime o não se dar aviso immediato ás auctoridades da achada de *algum menor de sete annos, abandonado ou extraviado, ou de pessoa incapaz por molestia do corpo ou da mente de prover a si mesma*, e ainda o *não soccorrer a feridos ou inanimados, real ou apparentemente, (sic) sem haver a temer perigo POR si ou POR*

⁽⁸⁷⁾ Teixeira de Freitas, *Consol. das Leis Civis*, art. 1.º.

⁽⁸⁸⁾ Punem o aborto provocado pela propria mulher pejada, os cods: francez, art. 317, portuguez, art. 358 § 2.º, hespanhol, art. 427, allemão, § 218, austro-hungaro, art. 285, zurighense, § 134, chileno, art. 384, argentino, art. 216.

outros, como si cada individuo tivesse a obrigação de ser agente da assistencia publica ⁽⁸⁹⁾;

o art. 335, onde até se pune o uso de máos tratos entre conjuges, a nos fazer lembrar o art. 603 § 3.º do Codigo hespanhol, ridiculo vestigio das tenebrosas epochas do obscurantismo religioso, como demonstrámos algures ⁽⁹⁰⁾:

« *Serán castigadas con la pena de cinco a quince dias de arresto y reprension: Las mujeres desobedientes a sus maridos que les maltrataren de obra ó de palabra;*

no titulo IX—*Dos crimes contra a propriedade*— os capitulos I—*Do furto*—II *Apropriações indevidas*—IV *Estellionato e outras fraudes*—V *Do roubo, da extorsão e do sequestro*—nos quaes se confundem as características das tres grandes figuras dos delictos contra a propriedade: o furto, o roubo e o estellionato; vicio este ali tão grosseiramente accentuado, que á commissão se afigura impossivel emendar este titulo do *Projecto*, que deve ser totalmente substituido; bastando apontar para demonstração deste nosso conceito, dentre outros, o art. 355 § unico—onde se classifica como furto, por parte do socio ou co-herdeiro, a tirada de cousas pertencentes á sociedade ou herança ainda por liquidar e dividir; o art. 357 ns. IV e V, onde a *contractatio*, posto que se opere mediante *destruição, demolição, rompimento ou estrago de objectos de madeira solida, collocados para segurança da pessoa ou da propriedade, abertura de*

⁽⁸⁹⁾ O novo Cod. port. (art. 346), si augmentou a pena do ital., que, como a do *Projecto*, é só a de multa, elevando-a até á prisão de um mez a dois annos, restringiu grandemente a constituição do supposto delicto: *Aquelle que achando exposto um RECEM-NASCIDO, ou que, encontrando em logar ermo um menor de sete annos abandonado, etc.*

Mas nem assim. Os puros deveres de humanidade escapam dos Codigos penaes.

⁽⁹⁰⁾ Dr. João Monteiro, *A Universalisação do Direito*, S. Paulo 1892, pag. 69.

fechaduras por meio de chaves falsas ou outros instrumentos, se considera furto; o mesmo art. 357 n. X, onde se conserva a classificação de furto no caso em que o delinquente *finge-se de empregado publico* para obter a tirada da cousa alheia; o art. 362 n. I, onde, augmentando-se a quantidade da pena do estelionato quando commettido por advogados, procuradores ou administradores, ommittiu-se a restrictiva *no exercicio das suas funcções*, do art. 413, 1.º, do codigo italiano, de onde aquelle foi traduzido; o art. 371, a que já nos referimos, onde se considera roubo o fabrico de gazuas, quando aliás, como acabamos de ver, não passa de furto a tirada de cousa alheia por meio de gazua (*outros instrumentos*, do art. 357 n. V);

no capitulo III deste mesmo titulo — *Fallencia e insolubidade* — se eleva á cathegoria de crime a insolvencia de devedor não commerciante, quando provida da occultação ou alheação *maliciosa* de bens;

o art. 390, tenebrosamente inquisitorial — onde se pune a simples recusa de informações — pasto aberto á revida das *Faneirinhas* e outras amaldiçoadas reminiscencias dos tempos de D. Philippe, d'Aquem e d'Além-mar;

o art. 396 § 1.º, violento attentado contra a liberdade da imprensa e de industria, pois a tanto equivale obrigar, sob pena de multa até 50\$000, aos vendedores de jornaes, nas ruas e logares publicos, a fazerem pregão das opiniões e nomes dos auctores ou redactores;

o art. 425, 2.ª parte — verdadeira extravagancia, traduzida, e mal, do art. 491 do inseparavel Codigo italiano (*ribrezzo*, não significa puramente commoção, mas o arrepio do terror): punir aquelle, que *só para fim scientifico ou didactico*, sujeita animaes a experiencias que despertem terror, posto que fóra dos

logares destinados ao ensino, é ou não é uma extravagância em um Código penal?

E não ha remedio senão parar: do contrario, quando chegaríamos ao fim?

Mas antes de fechar o presente capitulo, notaremos, como vicio de doutrina, o silencio do *Projecto* acerca do adulterio.

Para subtrahil-o da acção penal, não nos convenceram as razões produzidas na *Exposição de motivos* ⁽⁹¹⁾

Pelo que diz respeito aos anthropologistas, declinamos absolutamente da opinião delles em assumpto de qualificação ou constituição de delictos: pois para elles todo o problema penal não se reduz a substituir as penitenciarias por manicomios (na technica delles, mas contradictoriamente, *manicomios penaes*)? O anthropologista estuda o homem zoologicamente: portanto, a sciencia dos delictos não é a delles. Mas mesmo assim, dentre os que foram citados na *Exposição*, e o mais illustre delles, Ferri, não póde de fórma alguma apadrinhar o *Projecto*. Basta ponderar que, si para o emerito ex-professor de Pisa, o divoreio se afigura como sufficiente succedaneo ou substitutivo penal do adulterio, tal doutrina não póde absolutamente ter applicação entre nós, sinão entre aquelles para quem o divoreio rompe o vinculo conjugal.

Com relação aos classicos invocados na *Exposição*, achamol-os até contradictorios. Assim o Dr. Ziino ⁽⁹²⁾, duvidando da punibilidade da transgressão dos deveres conjugaes *principalmente nos paizes em que é lei a indissolubilidade do casamento*, regra que elle applaude, referindo bellissimas palavras de Pisanelli ⁽⁹³⁾,

⁽⁹¹⁾ pag 17, 2.^a col.

⁽⁹²⁾ *La fisio-patologia del delitto*, p. 215.

⁽⁹³⁾ *Discorso alla Camera dé Dep.*, 14 febb. 1865.

commette, não querendo a punição do adulterio, a mais grosseira das inconsequencias. Assim tambem Filangieri⁽⁹⁴⁾, que para fazer propaganda da impunibilidade do adulterio, allega que, apezar da pena, é delicto frequentissimo: então será tambem inutil a pena contra o furto porque este é crime de todos os dias, talvez de todas as horas? Assim ainda Emilio de Girardin⁽⁹⁵⁾, quando chama o adulterio de *delicto de invenção social*, não vê que a injuria tambem o é: e que maior injuria do que essa, que arma o marido com o direito de dizer á mulher adúltera: « Tu não és a mulher, nem mesmo uma mulher; não estás na concepção divina, és puramente animal; és a bugia do paiz de Nod, és a femea de Caim: mato-te? »⁽⁹⁶⁾

Toda lesão de um direito protegido pela lei penal é e deve ser delicto: o direito á intangibilidade da honra é o primeiro dos direitos humanos. Não punir o adulterio será, conseguintemente, deixar incompleta a lei penal.

Tal é o sentimento de um dos mais valentes escriptores contemporaneos, que a *Exposição de motivos* cita contraproducentemente —Ferdinando Puglia⁽⁹⁷⁾:

« L'adulterio, adunque, è un reato secondo noi, e la pena che si infligge contro coloro che si rendono colpevoli giova a reintegrare i diritti vari offesi per esso. Si reintegra il diritto del coniuge innocente, tanto per la punizione della donna quanto per la punizione del complice di essa, che ardì violare il talamo conjugale altrui, si reintegra il diritto di tutti i componenti la famiglia, ed infine si reintegra il diritto sociale perchè i cittadini si rianimano al pensare che la minaccia legislativa può avere molta efficacia a

⁽⁹⁴⁾ *La scienza della legislazione*, t. III p. 353 e segg.

⁽⁹⁵⁾ *L'homme et la femme*, p 28.

⁽⁹⁶⁾ Alex. Dumas fils, *L'homme-femme*.

⁽⁹⁷⁾ *I reati di libidine e contro i buoni costumi*, p. 119-120.

trattenere gli immorali dal commettere un'azione che turba l'ordinamento e la pace delle famiglie, ed al considerare che la pena inflitta è rimedio opportuno per reintegrare i diritti offesi e lavare l'onta patita dal reato. »

Mas aquelle direito que acima attribuístes ao marido da adúltera? — talvez objectem.

A vibratibilidade mais ou menos prompta do marido indicará uma das duas soluções possíveis ao problema do adultério: o uxoricídio, justificavel pela lei, ou o processo. As outras, inclusive as propostas pelo nosso eminente patricio Joaquim Nabuco, incidem neste conceito com que elle mesmo refuta o portentoso auctor de *L'homme-femme*: « *Un des sophismes les plus funestes à notre temps, est celui d'accepter toute utopie indistincte et confuse, sous prétexte que l'avenir est de transformation, et qu'il faut fuir le passé aussi vite qu'il nous fuit.* » ⁽⁹⁸⁾

Não — deixemos que o direito inglez e o de Nova York não punam o adultério. A moralidade delles valerá acaso a nossa e a de todos os demais paizes da Europa e da America?

CAPITULO IV

Vicios de penalidade.

Um dos mais abundantes e violentos capitulos de opposição ao actual Codigo italiano consistiu em que se pretendia haver nelle exagerada brandura penal — *soverchia mitezza*, na phrase do mais illustre dos coryphéus do moderno socialismo penal, o eminente Ferri.

⁽⁹⁸⁾ Joaquim Nabuco. *Le droit au meurtre. Lettre à Mr. Ernest Renan.* Rio de Janeiro. 1872, pag. 57.

Mas, não só o discurso do auctor dos *Novos horisontes* não nos convenceu da necessidade de, só por meio de maior rigor nas penas, se obter de um código precisamente aquillo que elle deve dar, sob pena de, como ainda dizia Ferri, ter viciada a espinha dorsal, isto é, prompta e efficaz defesa dos honestos contra os delinquentes, como nem o illustre Zauardelli trouxe ao nosso espirito, com o seu famoso discurso de 5 de Junho de 1888, a convicção de que o seu código esteja actualmente assignalando a mais adiantada formula da sciencia penologica. Ao contrario, bastaria vêr nelle a consignação de penas perpetuas para lhe negarmos os nossos applausos.

E é precisamente porque o *Projecto*, que vamos rapidamente criticando, copiou ainda nesta parte aquelle código, que não recuámos diante da necessidade de prolongar o enfado que, com este desalinhavado trabalho, estamos impondo á vossa benevola attenção.

Como dissemos, bastaria ter o *Projecto* adoptado penas perpetuas para não merecer os applausos da Faculdade de Direito. E só a este ponto limitaremos as nossas observações.

Lê-se no art. 41:

« *A pena do ergastulo é perpetua e o réo a ella condemnado trabalhará no recinto do estabelecimento — entre parenthesis: até aqui, nem depois, não se diz que estabelecimento é esse — podendo entretanto ser occupado fóra delle em obras e serviços publicos extraordinarios, ainda quando a sua execução seja PERIGOSA OU INSALUBRE!* »

Como se vê, esta pena só não é a mesma do art. 44 do Código de 1830 porque tem de menos a calceta no pé e corrente de ferro dos galés, e tem de mais aquella revoltante execução perigosa ou insalubre.

Uma crueldade de menos, porém uma brutalidade de mais. A tanto não chegou o art. 12 do Código italiano.

E para que duvida alguma pudesse restar sobre o rude positivismo daquelle adjectivo *perpetua* — a pena do ergastulo será PERPETUA — lá está o art. 45 negando ao novo galé o beneficio da liberdade condicional, por mais vehemente que seja a presumpção de emenda, lá está ainda o art. 62 resuscitando, contra elle, a servidão da pena, que mesmo o direito romano já havia abolido, lá está, finalmente, o art. 90 roubando-lhe até o remedio da prescrição, essa companheira da morte, que tudo solve.

Tal criação do *Projecto*, si já não fosse um attentado contra a Constituição da Republica, como demons traremos no capitulo seguinte, só por si valeria a sua inteira repulsa. Seria negra nodoa a manchar o brilho da nossa legislação nova.

Em primeiro lugar, até a denominação de *ergastulo* é de todo ponto infeliz; não tanto porque seja pura imitação do Código italiano, mas principalmente porque não traduz sequer a propria pena creada pelo *Projecto*.

Quem não sabe que a palavra *ergastulo*, do latim *ergastulum*, significa carcere rigoroso? que era a masmorra dos escravos? E' por isso que *ergastulus* significava o escravo preso no tronco, em masmorra. ⁽⁹⁹⁾ Entretanto o *Projecto*, transplantando para nós o nome da pena do art. 11 § 1.º do Código italiano, dá-lhe um modo de execução em que cousa alguma ha que lembre

⁽⁹⁹⁾ « O ergastulo era as mais das vezes um longo subterraneo, que apenas recebia ar e luz por pequenas janellas e tão altas, que a mão do escravo não chegava a tocar-as. *Vinctis quam saluberrimum subterraneum ergastulum plurimis idque augustis illustratum fenestris atque a terra sic editis ne manu contingi possint.* Columella, *Scriptor. rei rust.* v. 1.º pag. 401. » Beltrani — Scalia, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia*, p. 129.

siquer o carcere ou masmorra dos antigos *ergastulos*. Nem notou que, si no mesmo systema penitenciario italiano tal pena não devia em rigor assim ser denominada, ao menos ali, nos sete primeiros annos da condemnação, fica o preso em segregação cellular continua. Ha de facto alguma cousa do ergastulo. Sirva, porém, de justificação ao *Projecto* haverem outros mal traduzido do italiano aquella mesma palavra: assim o Dr. Antoine, na versão franceza do *Diritto penale internazionale* de Pascoal Fiore, traduziu *ergastolo* por *bagne* (pag. 173), quando parece fóra de duvida que o *bagne* dos francezes é pena distincta daquella — é a nossa antiga pena de galés perpetuas, mas com uma superioridade politica sobre o ergastulo do *Projecto* sujeitava o condemnado a trabalhos perigosos, como o da exploração das minas — codigo penal francez de 1791, tit. 1.º art. 6.º — mas não á contracção das molestias que irrompem mortíferas dos logares insalubres. Esta hypocrisia do patibulo, como lhe chamou Panattoni, é que nem aos tyrannos da Inquisição jamais acudiu.

Em segundo lugar, haverá critica bastante severa contra as penas perpetuas? Será preciso á Commissão relembrar aos seus illustrados collegas da Congregação os principios fundamentaes da pena, para mais uma vez firmar a inteireza historica, philosophica, politica e juridica deste conceito universal: que uma das qualidades substanciaes e legitimadoras da pena é ser reparavel, e na frase de Carrara, *quanto possibile* (§ 647)? Pois si uma das originarias definições da pena — a de Platão, é esta: é a medicina da alma — como, com que direito ou logica hade o Estado ministrar um remedio que elle mesmo, pela voz da lei, declara inefficaz? Si, como se disse no Congresso Penitenciario de Londres de 1872, e a sciencia o proclama, toda pena deve ter elementos de efficacia, e estes

são o trabalho, a instrução e a esperança na reconquista da liberdade ⁽¹⁰⁰⁾, as penas perpetuas não podem deixar de ser repudiadas pela sciencia: são absurdas. A barbaridade dellas é a negação de sua propria legitimidade. Como disse Robin ⁽¹⁰¹⁾ — *les peines barbares ne font qu'entretenir la barbarie des mœurs.*

Quererá o *Projecto* mantel-a, vencido por aquelles que pretendem haver criminosos incorrigiveis? Falso prejuizo. Como disse um dos mais eminentes especialistas, o já citado Robin — os incuraveis são a excepção ⁽¹⁰²⁾. Mas pela excepção se haverá de sacrificar a regra?

Será para que o condemnado não possa repetir o seu barbaro crime, como pretende Garofalo? Mas vêde bem que, como pondera Aramburu y Zoloaca, ha crimes que não podem ser repetidos pelo mesmo agente— por exemplo: o mais horroroso de quantos crimes a perversidade humana possa perpetrar: o parricidio ⁽¹⁰³⁾.

Será pela sua maior temibilidade, como ainda supõe Garofalo? ⁽¹⁰⁴⁾ Porém basta, para refutar semelhante explicação, advertir com Polletti, que sendo a temibilidade puro sentimento, não se lhe póde attribuir o valor de um principio ⁽¹⁰⁵⁾. Uma simples idéa não se presta a constituir o principio de doutrina alguma ⁽¹⁰⁶⁾.

E quando manda a lei que a execução de tal pena se faça nos logares insalubres, não será mais honesto matar desde logo? Si muitos dos prophetas da tal *A*

⁽¹⁰⁰⁾ *Transactions of the international penitentiary Congress held in London, July 3 — 13, 1872, pag. 7.*

⁽¹⁰¹⁾ *La question pénitentiaire, pag. 73.*

⁽¹⁰²⁾ *Obr. cit. Introd. pag. II.*

⁽¹⁰³⁾ *La nueva ciencia penal, pag. 236.*

⁽¹⁰⁴⁾ *Di un criterio positivo della penalità, pag. 51 e 52.*

⁽¹⁰⁵⁾ *Il sentimento nella scienza del diritto penale, cap. IX, pag. 96.*

⁽¹⁰⁶⁾ *Dumont, Théorie scientifique de la sensibilité, pag. 254.*

Nova Escola Penal, com a mais grosseira das incoherencias, legitimam a pena de morte; si, como diz G. Tarde ⁽¹⁰⁷⁾, a natureza responde á sociedade, quando esta lhe pede defesa efficaz contra os deshumanizados residuos das prisões, essa lia impura do impuro vinho dos antros do crime: Mata-os! si é certo, como phantasia o auctor da *Criminologia*, aliás calumniando o coração humano, que o *grande criminoso é um nosso dessimilhante, e que um dessimilhante não inspira mais do que repulsão, não desperta alarma nem piedade, não offende os affectos do coração e por isso bem pôde o grande criminoso ser enforcado, guilhotinado, eliminado, enfim, de modo absoluto, sem que ninguém se commova nem se interponha*, ⁽¹⁰⁸⁾, tenha então a lei a coragem da franqueza, e elimine de uma vez esses microbios sociaes, em vez de, com premeditação revoltante, mandal-os lentamente eliminar pelos microbios da malaria ou do typho. O cutello de Deibler é mais honesto do que o bacillo de Eberth ou o *plasmodium* de Laveran.

Por outro lado, porque principio da mechanica social se haverá de negar absolutamente ao novo escravo da penalogia do *Projecto* o beneficio da liberdade preparatoria pela emenda progressiva do condemnado? Lê-se em uma das melhores *Exposições de motivos* que conhecemos sobre codificações criminaes ⁽¹⁰⁹⁾: « No estado actual da sciencia é quasi absurda a questão

⁽¹⁰⁷⁾ *La philosophie pénale*, pag. 533.

Eis uma passagem do eminente criminologista, que faria talvez tremer de horror o proprio sir John Falstaf, do tetrico Shakspeare: « A natureza, sobre uma immensa escala, em suas hecatombes de fracos e de vencidos, por suas intemperies, por suas fomes, pela garra e dente dos seus carniceiros, que lhe servem de carrascos, applica a pena de morte. Quem quer que não pôde se adaptar, ou não se adapta quanto convem, ou não se adapta promptamente, ás condições de sua existencia, é logo sacrificado por ella. »

⁽¹⁰⁸⁾ Vid. Aramburu, loc. cit. p. 238.

⁽¹⁰⁹⁾ *Código Penal Portuguez. Relatorio da Comissão de 20 de Outubro de 1861*, relator Dr. Levy Maria Jordão, 77.

da legitimidade das penas perpetuas. E em verdade, uma vez consagrado o principio de que, melhorado o culpado, deve cessar a pena, principio já sustentado por Marguet-Nasselot (a) e Obermaier (b), e admittido pela commissão, não ha realmente penas *perpetuas*, mas penas cuja maior ou menor duração depende do melhoramento do condemnado, e a que por isso se deu o nome de penas *por tempo indeterminado*; é o mesmo que succede em Genebra, em virtude do art. 41 da lei sobre o regimen penitenciario; e em Zurich, em vista dos arts. 38 e 39 do Codigo penal (o codigo actual, de 1.º de Fevereiro de 1871, nem mais falla de taes penas); e é finalmente o que dizia Mittermaier: *Nous l'avons déjà dit, une condition essentielle de reforme dans l'application de ce genre de peines, c'est que le condamné à perpétuité conserve l'espoir fondé de voir, au moyen d'une bonne conduite, abrèger la durée de sa détention par voie de grace.* (c) » ⁽¹¹⁰⁾

E a estas palavras, que servirão de resposta aos que objectarem com esta depravada logomachia—mas então a pena já não será perpetua—permitta a Congregação que additemos, para fechar a critica contra a perpetuidade da pena, a litteral transcripção de um dos mais eloquentes trechos que lémos sobre o assumpto: ⁽¹¹¹⁾

«Permettetemi, o signori, che nulla io vi asconda dell'animo mio e a voi confessi una utopia. *La mia*

(a) *Examen historique et critique des diverses théories penitenciaires*, tom. III pag. 466.

(b) Inspector da prisão central de *Kaiserslautern* (Baviera rhenana) na sua obra sobre o melhoramento dos criminosos encerrados nas casas de correcção.

(c) *Des peines perpétuelles*, na *Rev. de legisl. et de jurispr.*, tom. IV. pag. 21 e seg.

⁽¹¹⁰⁾ Si acham brandura excessiva na *liberdade condicional*, introduzam a *prisão intermediaria* do systema Irlandez, a qual prepara o preso para reentrar na sociedade—Mary Carpenter, *Crofton System*, pag. 37.

⁽¹¹¹⁾ Discurso do deputado Panattoni, na sessão de 28 de Maio de 1888—*Lavori parlamentari*, etc., pag. 91—92.

mente e il mio cuore rifuggono da ogni foggia di pena perpetua. Quanto la confisca della vita, che la civiltà ha cancellato dai Codici, a me repugna questa confisca perpetua della libertà. I vostri ergastoli per me non siano altro che una ipocrisia del patibolo.

«Ho udito lamentare che le carceri sono troppo costose per lo Stato. Ebbene, onorevole Ferri, voi che parlaste di soverchio benessere dei condannati, voi che ricordaste i modelli di celle, che figuravano nella Esposizione carceraria, voi non avete certo visitato nè l'ergastolo della Foce, nè l'ergastolo della Linguetta, nè la fossa di Favignana. Là, nel buio di quelli antri, voi non studiaste l'uomo, per sempre là abbandonato alla sua coscienza, ai rimorsi: questo sepolto vivo, a cui nella solitudine e nel silenzio, che per lui durerà quanto la vita, mai altra voce non giunge che la voce lamentosa dei marosi che si rompono tra gli scogli.

«Ebbene, o signori, agli ergastoli siffattamente ordinati io preferisco la deportazione; come alla vostra relegazione preferisco le colonie penali. Da quelle plaghe remote, fertilizzate dal suo sudore, il pensiero del deportato correrà attraverso ai mari, alla famiglia lontana. Lo accompagneranno nel suo isolamento i ricordi, che muovono al pianto; e il pianto riconduce al sentimento del bene. Ma i ricordi non battono alle porte di un ergastolo che in forma di rimorsi, che la coscienza dilaniano, e fanno sempre più acre la lotta tra il pervertito e la società. Sono battaglie di istinti, che peggiorano l'uomo; non è dolore che lo redime.

«Se veramente é necessaria questa perpetuità della pena, consacratela pure (non col mio consenso) nei vostri Codici. Ma a latto di essa, almeno si affermi, sia pura per lungo volgere di tempo lontana, la

possibilità che spunti un giorno di redenzione anche per il colpevole; e data prova di sè, gli si offra, sia pure lontana, la possibilità del ritorno in grembo alla società, purificato dalla espiazione.

«Io sento in me che queste non sono utopie, non sono sogni di umanitario. Se fossero veramente utopie, se fossero sogni, io vi direi: ai miei sogni lasciatemi, lasciatemi dormire. Mi conforto pensando che queste che si diranno utopie, ispirarono Mittermayer, ispirarono la Costituente francese del 1791, e la Commissione parlamentare che preparò il Codice del 1801. Affermate la perpetuità della pena, ma l'affermazione non sia assoluta; l'accompagni una disposizione qualsiasi, che a colui che, per la gravità dei suoi falli, resecate dalla società, dia modo, mercè la sua condotta, prima o poi di redimersi!

«Ma si dirà: é inutile augurare al colpevole una possibile redenzione. Vi sono istinti di reato, che nel carcere non si rivelano. L'onorevole Ferri notò che il bancarottiere certamente non ricadrà in bancarotta nel carcere; il falsario nel carcere non userà di strumenti atti a falsificare.

«E io rispondo: venti anni di tempo passati a riflettere; venti anni di lotte di una coscienza lasciata nell'isolamento, con i ricordi del passato (io lo auguro per la dignità umana) basteranno a fare dimenticare le prave abitudine. Lasciate que questo io pensi, io che ho fede nella perfettibilità umana.

«D'altra parte, considerata nella efficacia dei suoi effetti, questa perpetuità della pena a che varrà mai? Si dirà forse che la perpetuità della pena influisce egualmente su i condannati? Ebbene, applicate l'ergastolo a un vegliardo a 70 anni, e applicatela a un giovane, che non ne abbia che vinticinque. La pena opererà forse con uguale effetto sopra li giovane come sopra il vegliardo? Oramai a

settanta anni il calice della vita é vuotato. Oramai la vita nulla ha più di quell'ignoto, che attrae. La pena, che per il giovane sarà tormento, per il vegliardo non varrà che a affrettare il riposo della morte.

«Ma a che tanta prodigalità di pene interminabili? A che tanto indemanamento di delinquenti; chè a questo solo ci condurrete? Ricordatelo con Seneca; questo, non altro, dinanzi alle tendenze al maleficio è l'attributo della società: *pœna non irascitur, sed cavet.*»

Que dizer mais, que melhor descarne toda a brutalidade de semelhante pena? e ainda uma vez notemos, que emquanto o Codigo italiano deixa aquelle paria no carcere, a ouvir apenas a voz lamentosa das ondas a se romperem contra as rochas, o *Projecto* atira-o vivo á estúpida voracidade da morte pela peste.

Não—a aurora do seculo XX amaldiçoaria semelhante *Projecto*.

Nem nesta selvageria se suspendeu a proposta reforma. foi mais longe—sem matar de uma vez o condemnado, lhe inflige cumulativamente mais duas penas: uma, que lhe cae sobre os bens, priva-o da capacidade de testar e até lhe annulla o testamento feito— a outra, fere-o no amor, que na maioria dos casos a Igreja terá sanctificado— dissolve-lhe o vinculo conjugal.

Fallando da morte civil assim se exprime um dos maiores jurisconsultos do seculo (112): « Os jurisconsultos que tomaram parte nos trabalhos preparatorios do codigo estavam todos imbuidos nesta doutrina tradicional—que o morto civilmente estava morto aos olhos da lei civil. Esta horrivel concepção de um

(112) Laurent, *Principes de dr. civ. franç.* 1.º vol. n. 401.

homem cheio de vida que reputamos morto, não os chocava, tão grande é o imperio do habito sobre o espirito dos legistas. Ouçamos Tronchet: « Aos olhos da lei civil, o morto civilmente existe tanto quanto aquelle que ficou privado da vida natural; assim, querer que um homem contra quem foi, em effigie, executada uma pena que importava a morte civil, não seja havido como morto relativamente aos direitos civis, é querer que um morto seja tido como vivo.» Isto parecia soberanamente absurdo aos logicos do Conselho d'Estado; não viam, porém, que a sua terrivel logica era mil vezes mais absurda. Um vivo considerado como morto! »

Pois o *Projecto*, como ainda diria Laurent, *deixou-se cegar por aquella atroz ficção*, e affirma estar morto o mesmo homem, que por estar vivo ainda, elle mesmo envia ás fermentações morbificas dos pantanos.

Não — nós não apoiamos nem mesmo a doutrina dos que querem limitar a incapacidade activa testamentaria do galé ao testamento futuro, por quanto, nos *novos horisontes do direito civil*, aquella incapacidade tem como unico fundamento a ausencia da vontade, e só o louco e o menor não teem vontade livre e certa. Mas romper o testamento feito! porque? e o damno sobre quem cai, senão sobre o herdeiro ou o legatario? então a pena já vai além do condemnado? Pois si mesmo no antigo direito romano, ainda não bafejado pelas doces auras das modernas conquistas sociaes, a incapacidade testamentaria desses desgraçados sómente se produzia, e isso por um simples movimento de logica, quando á pena vinha adjuncto o confisco dos bens ⁽¹¹³⁾, e afinal prevaleceu o costume de se permittir, mesmo aos condemnados

(113) Carpzovio, *Prax. crim.* qucest. 135 n. 12; Jul. Clarus, v.º *Testamentum*, qucest. 21 n. 1.

ao ultimo supplicio, o fazerem testamento ⁽¹¹⁴⁾, que justificação invocará o *Projecto*?

E o que dizer da dissolução do vinculo conjugal? Ouçamos um dos relatores do codigo civil francez ⁽¹¹⁵⁾: « Não farei, dizia Thiessé, a enumeração dos males que resultam da dissolução do casamento o abandono da mulher, a miseria dos filhos, o desespero de todos; são sacrificios esses que é preciso fazer á irrevogavel sentença da natureza. Mas uma dissolução contra a natureza, uma dissolução de dous seres vivos que se uniram até o ultimo suspiro pelo mais sagrado de todos os laços, que poder póde operal-a? onde o seu direito? onde a necessidade? » ⁽¹¹⁶⁾

Não: na França, na Belgica, onde quer que irrompeu o sentimento de justiça e de humanidade, ficou abolida a morte civil. Pois retrogradaremos nós agora?

Dê-se ao conjuge do condemnado á pena perpetua o direito de pedir a dissolução do vinculo conjugal — mas impôr á força o rompimento de affectos que só o coração comprehende, isso já parecia tão barbaro no seculo VI, que Justiniano o aboliu na Nov. 22 cap. VIII: *Maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto læsum, utpote inter personas liberas consistens.*

O Brasil republicano atraz da Roma imperial!
Que horror!

Mais cruel ainda do que o proprio codigo italiano, diz ainda o *Projecto* que a pena do ergastolo não prescreve em tempo algum.

⁽¹¹⁴⁾ Vid. Carmignani, *Elem. di diritto crim.*, § 328, nota 7; Walter, *Histoire du Droit. crim. chez les Romains*, lv. 5.^o.

⁽¹¹⁵⁾ Loqué, t. 1.^o pag. 444 ns. 10 e 11; Laurent. loc. cit. n. 402. Thiessé fallava sobre a seguinte disposição do projecto: La mort dissout le mariage; le mariage sera dissous par la mort civile.

⁽¹¹⁶⁾ Nem tanto quer o art. 33 do codigo italiano, que apenas priva o marido da auctoridade marital.

Porque? qual o principio de justiça que deixará assim a reforma penal em meio do progresso que neste assumpto nos avanta a do código de 1830, que não conhecia a prescrição da pena? Si o titulo da prescrição é, de um lado, como se exprime modernissimo monographista ⁽¹¹⁷⁾, a pena concreta applicavel ao réo de que se trata, modificada segundo as circumstancias do delicto mesmo e as condições particulares do delinquente, e do outro, a inercia do poder publico ⁽¹¹⁸⁾, qual o fundamento desta discriminação entre penas?

Como dizia o deputado Rosano, na sessão da camera italiana de 29 de Maio de 1888: «Não sei porque a condemnação ao ergastulo não possa, para a commissão, jamais preserever, como si o tempo, que tudo sana, que tudo faz esquecer, que estende um véo sobre todas as cousas, não fosse bastante para fazer sanar, fazer esquecer mesmo um crime que pudesse levar á pena do ergastulo. ⁽¹¹⁹⁾» Mas o parecer da commissão cahiu neste ponto e a pena do ergastulo não ficou fóra do beneficio da prescrição, que em materia penal, como todos sabem, é de ordem publica e não póde mesmo ser renunciada. E o *Projecto*, que é quasi uma versão do código italiano, abandonou-o neste ponto, para assim ficar sem justificação alguma ⁽¹²⁰⁾.

Tambem não se justificam os quatro numeros do § un. do art. 45, em que se figuram casos, que não

⁽¹¹⁷⁾ Adolpho Zerboglio, *Della prescrizione penale*, p. 86.

⁽¹¹⁸⁾ Giambattista Cizotti, *La prescrizione oggettiva e il nuovo Cod. pen.*, p. 325 e seg. Villeret,; *De la prescript. em matiére crim.* n.4.

⁽¹¹⁹⁾ *Lavori parlamentari*, pag. 117-118.

⁽¹²⁰⁾ Como nos vieram agora á memoria as seguintes linhas de famoso criminalista: «*E' sina deste Código! quando copia o que é máo, traduz ipsis verbis, quando quer copiar alguma disposição mais razoavel, sempre a transtorna!*» Levy Maria Jordão, ao art. 284 do Código penal portuguez, vol 3.º pag. 132.

aproveitarão da soltura condicional, que é uma das mais bellas conquistas da penalogia moderna.

A *interdicção perpetua dos officios publicos* (art. 48 n. I) é outra barbaridade do *Projecto*, pois barbara e illogica é toda pena perpetua.

Não deixa de ser interessante esta originalidade do *Projecto* no art. 40 enumera as penas comprehendidas no Codigo:

- I. O ergastolo;
- II. A prisão;
- III. A detenção;
- IV. A interdicção dos officios publicos;
- V. A privação do exercicio de profissão ou arte;
- VI. A multa;

e mais nenhuma; e em todo o titulo V, dando as regras da execução daquellas penas, ainda a nenhuma outra se refere. Entretanto, em um ou outro artigo da *Parte Especial*, encontramos outra pena—*correcção em colonia penal* (arts. 402, 409, etc.).

Si das penas, consideradas em si mesmas, passassemos a estudar miudamente o *Projecto* sob o ponto de vista do mais difficil e importante de todos os problemas penaes—a justa proporção entre o delicto e a pena—por muito tempo ainda teriamos de occupar a vossa captivante attenção.

Nos seguintes exemplos tereis sufficiente *panno de amostra*.

Art. 112. Incorporar violentamente, no todo ou em parte, o territorio de um Estado a outro da União. } prisão por 5 a 15 annos.

Art. 113. Tomar armas o cidadão brasileiro contra a Republica debaixo de bandeira inimiga. } prisão por 4 a 10
anos.

Esta confrontação dispensa commentarios. O mais negro dos crimes politicos, aquelle que, como dizia o general Lafayette, faz do homem duas vezes matricida, punido com pena muito menor do que a infligida a um facto, que nunca passará de puro movimento revolucionario, quiçá justificavel por suggestões patrioticas.

Art. 126. Impedir ao Presidente da Republica, ainda que temporariamente, o exercicio das suas funcções, e ao Congresso Nacional, ao Senado ou á Camara dos Deputados, ou ao Supremo Tribunal Federal as suas reuniões ou sessões — prisão até 25 annos!

Art. 127 Entrar tumultuariamente no recinto do Congresso Nacional ou de qualquer das camaras prisão até 12 annos!

Quasi a morte!

Art. 172. Accommetter qual-quer prisão com força e constranger os carcereiros ou guardas a facilitarem a evasão dos presos. } 3 a 10 annos de
prisão.

Art. 173. Fazer arrombamento na prisão por onde se evada ou possa se evadir o preso. } 1 a 3 annos de prisão.

Art. 192. Constranger injustamente alguem usando de violencia ou ameaças, para fazer, deixar de fazer ou tolerar alguma cousa. } 1 mez a 1 anno de
prisão.

Si a violencia ou ameaças
forem commettidas por escripto
anonymo ou de modo symbo-
lico. } 1 a 5 annos de prisão.

De sorte que, si o réo amarrar a victima, um anno de prisão, mas si lhe mandar uma carta anonyma ou lhe fizer uma careta, cinco annos!

Art. 235. .causar uma inun-
dação. }
Si do factio puder resultar } 2 a 6 annos de prisão.
perigo á propriedade ou bens }
alheios. }

Art. 236. Destruir obras des-
tinadas a reter ou a fazer defluir
aguas, de modo que do factio
possa resultar o perigo de uma
inundação. } 1 a 3 annos de prisão.

Sem commentarios.

Vá tambem sem commentario mais esta :

Raptar para fim libidinoso mulher solteira — 1 a 5 annos de prisão (art. 289); sendo casada — 3 a 7 annos (art. 290).

E' que talvez esta seja mais facil de ser illudida

E basta. Não é no numero dos vicios, mas na qualidade delles, que está a imperfeição de qualquer pessoa ou cousa.

Seja qual fôr a razão suprema do direito de punir; tenhamol-a « na tutella do direito, como disse Carrara, ou na conservação do direito, como sustenta Tolomei, ou na reaffirmação do direito, como quer Pessina, ou na reintegração do direito, como affirma

Buccellati » ⁽¹²¹⁾, não haverá pena legitima fóra destas duas condições: não ser cruel na sua intensidade, ou qualidade, e ser justa em sua extensão ou quantidade. As penas do *Projecto* são a negação de taes principios.

E fechemos esta parte do nosso imperfeitissimo trabalho, que já nos vai vencendo as forças, com as seguintes palavras do redemptor do direito criminal, o mais illustre e amado de quantos revolucionarios teem abalado a humanidade — Cesare Beccaria:

« L'impunità stessa nasce dall'atrocità dei supplizii. Gli uomini sono racchiusi fra certi limiti, si nel bene che nel male; ed uno spettacolo troppo atroce per l'umanità non può essere che un passeggero furore, ma non mai un sistema costante, quali debbono essere le leggi; che se veramente sono crudeli, o si cangiano, o l'impunità fatale nasce dalle leggi medesime. » ⁽¹²²⁾.

CAPITULO V

Vicios do inconstitucionalidade

Pullulam no *Projecto* inconstitucionalidades flagrantes.

Enumerando-as, com brevissimas reflexões, teremos concluido a nossa tarefa.

A mais saliente dellas, e reiteradamente espalhada por todo o *Projecto*, tem por victima os arts. 34 n. 23 e 63 da Const. de 24 de Fevereiro, entre si combinados. Dando privativamente ao Congresso Nacional

⁽¹²¹⁾ *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, por C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo. J. Fioretti — pag. 141.

⁽¹²²⁾ *Dei delitti e delle pene* — Milano. 1864, pag. 59.

a competencia de legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal, e a cada Estado a faculdade de se reger pelas leis que adoptar, com a unica limitação de serem respeitadas os principios constitucionaes da União, a nossa lei organica traçou nitidamente, ás duas grandes cathogorias de leis do direito privado, as linhas de sua respectiva extensão no espaço. As chamadas *leis substantivas* ou *materiaes* são promulgadas pelo poder legislativo federal, e dominam em todo o territorio da Republica; as *adjectivas* ou *formaes* são da competencia privativa do poder legislativo dos Estados, e só dominam no territorio do Estado promulgador, salvo as relativas ás relações juridicas, que por interessarem á União, ficaram, pelos arts. 59, 60 e 61, na competencia da justiça federal.

Tal era precisamente o pensamento do Governo Provisorio, como se vê do seguinte trecho do douto e estimavel ministro da Justiça de então, á pag. 15 da sua *Exposição* de Janeiro de 1891:

«Não ha Estado sem uma organização judicial propria e independente, porque, como bem definiu um dos mais illustres philosophos do seculo, o Estado é a justiça constituída.

«Não ha governo federal sem um poder judiciario independente das justiças dos Estados, para manter os direitos da União, guardar a Constituição e as leis federaes.

«Empenhei-me, pois, no estudo de uma organização da justiça federal, que garantisse o direito da União, sem invadir a esphera do direito dos Estados. Nesse trabalho comprehendí o districto federal, que não tem legislatura propria, e as leis respectivas do processo, que devem ajustar-se ás da organização.»

Taes foram as idéas que constituíram a fonte politica e a extensão dos Decs. ns. 848 de 11 de Outubro

e 1030 de 14 de Novembro de 1890, e que posteriormente a Constituição consagrou nos artigos citados.

Taes são, finalmente, as bases da legitimidade das varias leis de direito judiciario já em vigor em alguns estados da União, e no de S. Paulo, consoante o art. 2.º das *Disposições Transitorias* da sua Constituição de 14 de Julho, o fundamento politico dos *Projectos dos Codigos do Processo criminal e do Processo civil e commercial*, que o relator deste parecer teve a honra de elaborar por ordem do governo do Estado.

Mas em que consiste a discriminação entre as *leis materiaes* e as *formaes*? Discriminem-se os tres momentos fundamentaes de qualquer legislação perfeita, e ter-se-á a resposta. O 1.º delles tem por objecto a *determinação das regras do direito abstracto*, ou o direito em these; o 2.º, a *organisação judiciaria*, ou o mechanismo que realisa a força do direito; o 3.º finalmente, o *processo*, ou o complexo das normas segundo as quaes funciona a organização judiciaria para applicar as regras abstractas de direito ás relações de direito concretisadas. ⁽¹²³⁾.

Eis ahi: no 1.º destes momentos temos a lei substantiva ou material, isto é, a substancia ou materia juridica das relações de direito; no 2.º e 3.º, a lei adjectiva ou formal, isto é, as normas do modo segundo o qual as regras de direito passam, do mundo abstracto-legislativo, para o dominio concreto da vontade individual. E pois, no espirito do regimen federativo, e na lettra da nossa Constituição politica, sómente podem ser decretadas pelo Congresso Nacional as leis do 1.º momento, e só essas obrigam em todo o territorio da União.

Ora agora leiam-se, dentre outros, os arts. 7, 25, 70, 83, 88, 98, 106, 194, 204 *in fine*, 205, 288,

(123) Dr. João Monteiro, *Theoria do Processo civil e commercial*, nt. 1.ª ao § 1.º, no 1.º num. da *Revista da Faculdade*, p. 7.

293, 296, 302, 316, 335, 343, 359, 360, 389, 432, 433, e saltará aos olhos a sua inconstitucionalidade.

Em alguns delles o *Projecto* leva tão longe a sua invasão nos dominios do poder legislativo dos Estados que, como no art. 25, chega a fallar em *juiz de direito, fiança, e instancia superior*, no art. 88, em *revelia*, no art. 70, em *effeitos suspensivos de sentenças*, etc., etc.

E' preciso que de uma vez se ponha termo á esta deturpação do nosso regimen politico constitucional, contra cuja pureza ainda ha poucos dias, no Senado federal, se commetteu violento attentado com o projecto regulando os termos da acção que possa competir aos medicos para a cobrança de seus honorarios; quando é certo, que qualquer que venha a ser a resolução dos poderes federaes sobre o assumpto, não privará ella os Estados do direito de legislarem a respeito como entenderem. Pois si no tal projecto chega-se a pretender que em toda a Republica seja summaria aquella acção, si o pedido não exceder de 1.000\$000, ordinaria, si maior !

Nem menos violento é o *Projecto* nos pontos em que pretende dar sómente a acção privada para a punição de certos crimes. Haverá traço mais caracteristico do direito judiciario ou adjectivo do que esse? Si é certo que alguns codigos, do ramo civil como do ramo criminal, conteem regras sobre o direito das acções, é isso um erro, que hoje, não só por amor da sciencia como por obediencia á Constituição promulgada, devemos emendar.

A mão já se recusa nos acompanhar no desejo de melhor corresponder á alta confiança da Congregação.

Vamos ao fim, apontando alguns artigos em que se figuram delictos e penas contra preceitos fundamentaes de nossa organização constitucional.

O art. 218, incriminando os governadores e magistrados que commerciareem, attenta contra o art. 63 da Const., pois semelhante facto não é contrario aos principios constitucionaes da União, e assim podem os Estados permittil-o.

No art. 379 parece á commissão estar latente terrível attentado contra uma das mais apreciaveis das liberdades—a liberdade de discussão dos discursos proferidos nas assembléas publicas. Incriminar a *reprodução por inteiro em livro, collectanea ou publicação avulsa, de orações e discursos proferidos em assembléas publicas, tribunaes judicarios ou reuniões politicas, sem consentimento do autor*, é ultrapassar a disposição do art. 72 § 26 da Const., com sacrificio daquella liberdade, por cuja inviolabilidade o grande espirito do principe da imprensa, Emilio de Girardin, empenhou toda a sua vida, todos os incomparaveis thesouros do seu inexgottavel talento. Não—o discurso proferido em publico já não é propriedade do orador: é do publico, como poderá ser, pelo maravilhoso invento de Edison, guardado no phonographo, para mil vezes ser repetido. O phonographo é um livro fallando. Este artigo do *Projecto* é uma compressão intoleravel, que por honra da Republica deve ser renegada.

Como dizia Girardin: «Sob a Republica, quereis o regresso da monarchia? promulgai leis contra o direito de discussão.» ⁽¹²⁴⁾

Outra inconstitucionalidade palmar está no art. 401, que contra a disposição do art. 72 § 8.º da Const., incrimina as *associações ou reuniões de mais*

(124) *Les droits de la pensée*, pag. 286.

de dez pessoas, em dias certos e logar determinado, para fim de que se exija segredo dos associados, não se communicando á autoridade.

E além da inconstitucionalidade, quanta extravagancia: a reunião de dez pessoas perigosas, anarchistas, por exemplo, será licita, de onze pessoas caritativas, que só guardam segredo da caridade que espalham para mais se approximarem da palavra do Evangelho christão, será criminosa! innocentes as reuniões em dias incertos e logares indeterminados, criminosas quando se façam em logares certos e dias determinados, isto é, a criminalidade neste caso cresce na razão inversa do perigo!

Quanto a penas, que maior inconstitucionalidade do que a do ergastulo? Quem sabe si não foi para não incorrer na censura do § 20 do citado art. 72 da Const., o qual explicitamente aboliu a pena de galés, que o *Projecto* chrisinou com aquelle nome a pena do § 1.º do seu art. 40? Mas que tem o nome, quando, como já vimos, o rotulo ali indica cousa differente do conteúdo?

De resto, a perpetuidade de tal pena, como a do art. 49 n. I—interdicção perpetua dos officios publicos—fala inconstitucional, em que peze á justificação que o illustrado auctor do *Projecto* lhe procurou dar na *Exposição de motivos* (pag. 5, 2.^a col.). Os termos do art. 71 § 1.º let. b da Const.—*emquanto durarem os seus effeitos*—incompatibilisam-na com qualquer pena perpetua.

Chegámos ao termo do nosso trabalho. Escripito em poucos dias e ao correr da pena, bem merece que a douta Congregação lhe releve os erros.

Quanto ao illustrado autor do *Projecto*, só lhe pedimos que veja, na contrariedade com que batemos o

seu trabalho, a expressão do apreço em que temos tão respeitavel collega.

E já que começámos nos apadrinhando com Guardia, a elle mesmo peçamos a nossa ultima palavra:
Ce que nous ne voulons pas est qu'on puisse dire qu'il n'y a au fond du débat qu'une misérable rivalité de boutique.

S. Paulo, 2—15 de Agosto de 1894.

Dr. João Pereira Monteiro,
relator.

Dr. J. A. Leite Moraes,
Com restricções.

Brazilio dos Santos.
