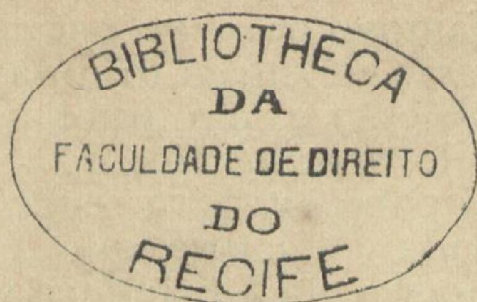




O Projecto do código penal e a Faculdade de S. Paulo

I

Acabo de lêr o parecer approved pela douda congregação.

Com a data de 2 — 15 de Agosto, só agora foi publicado, firmando-o os Drs. João Pereira Monteiro, *relator*, J. A. Leite Moraes, *com restricções* e Brásilio dos Santos (1).

De modo algum corresponde a sabia congregação aos intuitos da camara dos deputados, mandando ouvir as Faculdades de direito e os presidentes dos Tribunaes superiores da União e dos Estados.

Tal é o... humoristico parecer, para não dizer outra cousa.

Artigo ligeiro de jornal, sem ordem, nem methodo, repisando os assumptos, sem conseguir des-cobrir-lhes novos aspectos, pretencioso e banal, disvelando a insciencia e a malicia do seu illustre autor, mesmo nos pontos os mais incontroversos e claros da materia, eis o parecer offerecido ao Congresso Nacional como subsídio para a elaboração do futuro código penal por parte de uma das duas Faculdades de Direito officiaes da União.

Naturalmente eu não contradictarei todas as vulgaridades que se contão pelas paginas e às vezes

~~~~~

(1) *Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, vol. II, pgs. — 71 — 18 — 1894.



pelas linhas do famoso parecer, estando muitas das *arrogantes e asperas* censuras diluidas na *Exposição de motivos* do Projecto e em publicações recentes feitas no *Jornal do Commercio*.

O peregrino parecer, para cuja leitura sou o primeiro a convidar o leitor, que fruirá horas de deliciosa diversão, revela á primeira vista que o seu illustre autor, ou não conhecia os antecedentes da reforma legislativa, ou, o que seria peor, mostrou-se insciente delles, como depois assim em tudo mais.

E' geralmente sabido que o que a camara dos deputados commetteu-nos foi a *revisão* do codigo actual, aproveitando quanto possivel as disposições deste e as do codigo anterior (2).

Os trabalhos preliminares impressos para estudo no seio da commissão têm por titulo *Projecto de Revisão*, supprimido depois. porque a lei não poderia ficar com semelhante titulo.

Nunca no Congresso se cogitou de organizar uma reforma radical que exigiria adequados trabalhos preparatorios apparelhados com muito tempo (3).

Já no occaso da monarchia eu defendia a ideia de uma simples nova edicção official do codigo anterior contra a de uma revisão radical, sustentada pelo autor do codigo vigente, por occasião do exame do meu «*Ante-Projecto*» de nova edicção do codigo criminal etc.

O parecer da commissão que procedeu a esse exame e a minha resposta forão publicadas no *Diario Official* e neste Estado e colleccionados na mais importante Revista juridica brasileira (4).

~~~~~  
(2) *Annaes da Camara dos Deputados* de 1891, vol. 1.º, pags. 101, 192, 224 e 243.

(3) *Annaes cit.* vol. 4.º, pag. 751; Discurso do autor no *Diario do Congresso Nacional*, n. 94 de 28 de Agosto de 1893, pagina 1511; *Exposição de motivos*, pag. 1, 1.ª columna, pr.

(4) *O Direito* vol. 50, de 1889. pag. 471 e vol. 51 de 1890 pag. 5.

Tudo quanto allego foi recentemente dito pelo nosso mais extenso órgão de publicidade (5).

Ao cerebrino parecer passou isso despercebido.

Porque a *censura mater* é a copia, ora litteral, ora para peor, do código italiano, assim não admira que não visse que se fez uma revisão do código actual, cuja fonte quasi exclusiva foi o código italiano que a *Exposição de motivos* confessa ter largamente aproveitado, assim como o redactor do projecto, nas condições e proporções em que o fez, no seu discurso de 21 de Agosto do anno passado na camara dos deputados (6).

Ao illustre autor do parecer foi facil descobrir as difficuldades apontadas.

Tratando-se de uma materia de extrema complexidade e fertil em problemas tão variados quão diversas são as respectivas soluções, é impossivel deixar de concentrar a attenção somente sobre os pontos mais salientes dos assumptos especiaes, envolvidos na nebulosa da metaphysica e das tiradas da rhetorica propria e alheia.

Attenderemos ao *sorites* e aos *syllogismos*... (pag. 11), que falhão do principio ao fim, começando pela impropria significação das palavras e acabando pelo absurdo das soluções scientificas: um novo Fr. Thomaz, bem o diz e mal o faz.

A introduccão *ab ovo*, qual *nariz de cêra*, como se diz na *giria* (e é um capitulo interessante de anthropologia) da estudantáda, não corresponde á prova critica do projecto.

Notava Tobias Barreto que entre nós nas mais interessantes polemicas a inopia espiritual de alguns contendores as fazia descambar para apurar-se questão de grammatica ou de *branquidade*.

Mas a observação dos factos a que alludia Tobias Barreto induz ainda agora autores do estalão de Nina Rodrigues a pôr-se em guarda contra os

~~~~~  
(5) *Jornal do Commercio* n. 248 de 7 de Setembro 1894: *O projecto do código penal*, V.

(6) *Discurso cit.*, *ibid.*



zoilos que os ha tambem nos pseudo-puritanos *soi-disants* artistas da palavra:

« Por outro lado posso confessar. Se muito me preocupou o fundo, pouco ou nada me mereceu a forma. Mesmo sem previa audiencia dos mestres, aportuguezei termos e locuções que em rigor poderiam ser expressos em mais puro vernaculo.

« Que fazer? Peccador impenitente, continuo a ser nota dissonante no concerto geral de cultura á forma que tanto preocupa... mesmo áquelles que, *sem o saber*, me fazem boa e honrosa companhia, Diga-se a verdade. os Franciscos de Castro são ainda excepção entre nós » (7).

Si é invejavel e desejavel exprimir com a correção da phrase, o vigor da fôrma e a elegancia e opulencia do estylo as verdades profundas da sciencia, como faz um Clovis Bevilaqua, a quem se pode chamar de joven sabio; nunca, em collisão, ninguém sacrificará o principal ao accessorio, o fundo á forma, a sciencia á arte ..

E disputar, citando autores de grammaticas, para provar que um projecto de constituição não é bom, ou de revisão de um codigo penal não serve, nem para base de discussão, são cousas que devem ter occorrido a bem poucos.

Faz lembrar a disputa sobre o *et* entre os frades da idade medieval.

E quando se considere que como uma chapa n. 9999 se faça questão a cada passo de grammatica, de logica, de tecnologia, se divida esses assumptos por capitulos para fazel-os *sylogisticos*, afim de terminar tudo por um *sorites* e no fim de contas os *sylogismos* não se destacão, mas se atravancão em todas as divisões, misturando-se alhos com bogalhos e o *sorites* não surge, nem nada, é para a gente louvar... a coragem, dos outros (pag. 9 — 16).

~~~~~

(7) Nina Rodrigues, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*, Bahia, 1894, VIII.

II

E' preciso approximar-me ao menos da ordem em que foi feita a critica do projecto.

Apezar das leis grammaticaes e estylisticas, e que mais sei, figurão como erros ou *vícios de forma*, subdivididos em *construcção grammatical* e *redacção ou estylo* (pg. 12 — 45) as formulas do projecto, isto é, as figuras, os conceitos, os typos, os symbolos, as syntheses ou disposições que comprehendem ou presuppõem o facto praticado e as condições de sua responsabilidade até as mais altas questões de penologia que o mais importante codigo de um povo culto pode suscitar.

Antes, porém, de demonstrar isso á evidencia, não para pedir misericordia, a quem se mostra tão destituído de toda competencia, mesmo grammatical, ao menos quanto ao objecto da grammatica occorre registrar o seguinte :

O projecto foi publicado no *Diario do Congresso* com innumerous erros typographicos, até de paginação. A sua impressão em avulso só teve lugar este anno, quando eu já não era deputado. A sua apresentação mesmo já foi *un tour de force*..

Antes da impressão avulsa duas Revistas o publicaram, valendo-se da edição do *Diario* (8).

Não me é possivel cotejar essas edições cujos erros correm agora por minha conta e risco, podem ser corrigidos na redacção final das leis, surgem nas copias e nas impressões e para os quaes as legislações tem estabelecido regras, occupando-se delles a jurisprudencia, quando mesmo subsistem.

Na secção da *construcção grammatical* os erros suppostos ou são typographicos ou simples lapsos de copia, de redacção mesmo, outros porém não são erros, constituem modos de construcção opinativos e finalmente outros são expressões correctas.

~~~~~  
(8) *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, tomos 14 e 15 de 1893; *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, 1893.



Si o illustre autor chama erro de grammatica com o criterio com que chama erros de doutrina o que no direito criminal não segue !

Mas para provar o methodo da critica, notaremos apenas que como erro grammatical meu, figura a pag. 16 e 17 not. 7 uma errada interpretação sua que depende menos da simples grammatica, do que da logica e da sciencia, isto é das theorias que presidiram á confecção do art. 19 do projecto.

O conceito do art. 284 (pg. 19 e not. 11) que no dizer do censor abrange a ideia de ser crime ou não uma certa acção, é citado como exemplo de erro grammatical :

« Violar uma mulher, constrangendo-a alguem, com violencia ou ameaça, a ter *comsigo* relação carnal. »

Si o *comsigo* não se refere a *alguem* o illustre censor tem razão.

E para se criticar um codigo, cujo exame naturalmente suscita as mais serias duvidas na solução de problemas juridico-sociaes se deve discutir a grammatica, no caso o censor grammatical está errado e por isso longe de poder dar lições no assumpto.

Para exemplo basta o citado art. 284 do *Projecto* que o Pareeer censura com insistencia (pag. 19 pr. e 81), dizendo na nota 11 :

« Constranger uma mulher a ter relação carnal *comsigo*... Mas então a relação carnal reflexiva já é crime ?

Tal pergunta está unicamente quanto é necessario a correcção grammatical. » (pag. 19 not 11).

Não vale a pena perder espaço, basta transcrever o que diz autoridade notavel, dando exemplo dos classicos :

« O pronome si, sempre e necessariamente regime de uma proposição expressa, encontra em ELLE um competidor com o qual não deve ser confundido na contextura das orações.

« Usa-se de si em referencia ao sujeito da mes-



ma proposição, e de ELLE em referencia a um termo de outra proposição anterior.

« Ex. O infante D. Henrique mostrou ao mundo — o que o MESMO MUNDO não conhecia de si. (P. A. Vieira).

« ESTE MUNDO ri-se de todos — os que se não riem d'elle (P. M. Bernardes) » (9).

O illustre censor diz que o comsigo se refere á mulher e achou que eu devia ter traduzido o codigo italiano, por cujo subsidio sou increpado a cada passo no incongruente parecer, ora por copiar litteralmente, ora por não copiar litteralmente.

O illustre censor havia lido que eu disse isso do codigo vigente e as rasões que tive para dizê-lo.

O *Projecto* sendo *revisão* do actual copiou-o em muitos pontos e portanto a sua fonte com, ou sem alteração.

E o illustre censor labora em uma illusão.

O *Projecto*, do mesmo modo que os codigos modernos de primeira ordem, teve fonte commum a muitos delles.

O italiano que é o mais recente e de grande valor hauriu naquellas fontes, do mesmo modo que nestas se confundiram os projectos do mesmo codigo italiano.

Hoje é difficil discriminar em muitos pontos onde o cod. italiano imitou ou foi imitado.

E a legislação penal que tende a se unificar determina fatalmente os empréstimos legislativos.

O cod. francez não é o velho modelo de todos os outros? Não são chamados seus satellites o sardo e o belga?

Ha o que elogiar em algumas leis criminaes modernas da monarchia?

O *Projecto* nas partes mais importantes aponta sem reboço as fontes do direito que adoptou e ás vezes o codigo estrangeiro, já como fonte de direito, já como forma da disposição.

~~~~~

(9) A Grivet, *Nova Grammatica analytica da Língua Portuguesa*, Rio 1881, pag. 468 n. 563 pr.

Não sei si o illustre censor meditou, porque nunca experimentou, a difficuldade de revêr dous codigos de epochas diversas para refundil-os em moldes velhos, enxertando o novo no velho para não atacar o *misoneismo* dos interessados e ser manuseiado por juizes e advogados rotineiros que têm horror ao novo, embora o velho seja mais difficil e complicado.

Si eu não houvesse renovado o direito criminal com a revisão o illustre censor não me atacaria nas innovações; si eu houvesse copiado o codigo italiano simplesmente, o parecer teria mettido em duas columnas paralellas o original e a traducção.

III

Na secção da *redacção ou estylo* do mesmo modo que na da *grammatica*, o titulo simplesmente é que allude aos vicios de *forma*; trata-se de questões de fundo, de direito, muitas já resolvidas, quér na *Exposição de motivos*, quér no *Jornal do Commercio* em respostas ás duvidas levantadas na camara dos deputados.

Na introducção do artistico Parecer á esta secção figurão por conta e risco muitos sujeitos (no plural) com o verbo e attributo no singular.

E' isto de admirar em tão insigne grammatico e artista da palavra e da sciencia.

A' parte a grammatica, põe-se á par de litteratos e poetas, cujos vicios não podem prejudicar, Epitacio Pessoa, mestre, jurista e ex-legislador, Pereira da Silva, historiador, e Silva Lisboa jurista, como se fosse litterato. E' este ou João Lisboa? Estes lapsos são imperdoaveis ante a grammatica e a *technica*) pgs. 19 a 21).

Antes de tudo, o parecer que a cada passo confessa que é critico, não lembra, nem propõe correcção ou substituição em nenhum ponto das suas objurgações (vid. pag. 47).

O Congresso ficará assim privado das suas emendas ou terá de formulal-as todas.

A forma do art. 1.º foi censurada por pleonastica e anti-technica (pag. 22).

O código vigente talvez fosse preferível.

A do anterior foi elogiada.

O illustre censor inconscientemente ou é injusto na censura ou no elogio, porque si ha pleonasma no art. 1.º do *Projecto*, havia-o nos arts. 1 e 33 do cod. anterior que elle cita, vio e não leu.

Eº preciso referir a lei ao crime e á pena como fazem todos os codigos : *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Essa questão de *pleonasma* levantada na camara pelo Sr. Paranhos Montenegro foi resolvida pelo Sr. Milton e por mim e não merece a honra da repetição, porque o conceito do illustre censor é apenas um erro crasso (10).

A expressão « pena decretada na lei » nada tem de antitecnica.

Não se declina a razão, é o *magister dixit*.

Infligida será mais technica?

A' parte a consideração de que a nossa lingua é pobre de termos scientificos, si se alambicar muito o technismo as leis serão inintelligiveis.

No caso o illustre censor não descobrio o termo melhor, é verdade que *comme toujours...*

A critica ao art. 2.º (pgs. 22 e 23) não tem razão de ser.

A disposição se refere á successão e não á co-existencia de duas ou mais leis; mas eu devia ter traduzido antes o cod. hungaro que agradou mais ao illustre censor, embora se refira a *usos e regras de direito*, como fontes do direito criminal, o que é absolutamente inadmissivel entre nós.

E o illustre censor é professor notavel de *processo criminal* e autor do projecto de todos os codigos de S. Paulo, o que reputa uma honra (pg. 114)

(10) *Jornal do Commercio* n. 242 de 1 de Setembro 1894, artigos cit. I.

e eu tambem uma fortuna que põe em prova o seu patriotismo.

O art. 3.º § 3.º foi censurado por dizer — *Este codigo* — expressão usada communmente nas leis — e tambem por empregar a exemplificação em caso impossivel de figurar por disposição taxativa. Os outros regulamentos a que ahí se allude e não poudes descobrir o illustre censor podem versar sobre pesos e medidas, policia dos portos, vias ferreas, maritimas, fluviaes etc...

Attento o plano e methodo do parecer, aqui sou forçado a saltar para o capitulo dos vicios de doutrina (pg. 57) onde se acha uma censura vaga ao art. 4.º mediante a mutilação que delle se faz, supprimindo-se os consequentes que explicão os antecedentes.

Os principios que invoca o illustre censor neste ponto não forão sacrificados, mas não são tambem os que elle estabelece apezar das citações que faz.

Aliás qualquer Manual de direito penal os resume.

A critica á questionada disposição formulada do modo mais extenso e complexo na camara dos deputados pelo Sr. Galdino Loreto está respondida ha mezes (11).

Não repetirei a resposta que prevenio de sobra a magra censura, mas a vista della e contra o illustre censor, não é *absoluto* o principio de que no navio brasileiro em aguas estrangeiras domine a lei estrangeira, sendo um *truismo*, que o projecto não contém, a efficacia da lei nacional no navio brasileiro em suas aguas territoriaes.

Nem por consequencia é exacto o principio repetido por outras palavras do censor de que os navios mercantes estejam sujeitos á lei do lugar do delicto, sendo outro *truismo* que o projecto não podia conter o de dominar o navio de guerra a lei nacional.

A' outra censura não posso eu responder, por-

~~~~~  
(11) *Jornal do Commercio* n. 245 de 4 Setembro 1894, artigos cit. IV.



que não é exacto que o art. 7.<sup>o</sup> autorise punir o brasileiro que *principalmente* commetter crime contra estrangeiro.

A disposição contém diversas hypotheses da chamada justiça *suppletoria*.

Quér na *Exposição de motivos*, quér em outro outro lugar por ocasião da discussão na camara dos deputados expliquei-a (12).

O illustre censor, porém, confunde a qualidade de ser da lei, isto é, a *ultraterritorialidade* com a *extradição*, que é o meio de fazer valer aquella forma ou aspecto de sua efficacia, o que é apenas imperdoavel em quem tanto amor tem á *technica grammatical* e logica e á arte nos productos estheticos das supremas pinturas do direito de um povo...

#### IV

Graças á boa ordem da exposição da materia no interessante Parecer fui da pagina 23 á 57 e agora volto áquella, sahindo do capitulo dos « vicios de doutrina » para o « dos vicios de forma ».

Vai-se vêr o que tem com a construcção grammatical e a redacção ou estylo este outro ponto da interminavel serie das censuras.

A mesma materia é tratada nos capitulos dos « vicios de classificação » e dos vicios de doutrina » (pgs. 51 e 57).

Mas examinemos as censuras.

Infeliz foi ella á rubrica do titulo II da parte geral.

Como pareceu que *responsabilidade e codelinquencia* se relacionão, como todas as partes do direito criminal, achou que a rubrica estava errada.

O projecto discrimina esses objectos nos arts. 13 — 14 e 15 a 22.

~~~~~

(12) *Jornal do Commercio* n. 248 de 7 Setembro 1894, V, pr.

E' o gosto de descobrir defeitos onde os não ha fóra do espirito de quem faz a censura.

E' curioso o que segue (pg. 24), censurando-se o *Projecto*, porque separou as noções da responsabilidade, da codelinquencia e das causas que excluem ou attenuam *especialmente* a responsabilidade e não fez de tudo isto uma mistura de grêlos, porque estas materias se relacionão.

Aqui devia eu ter seguido o codigo italiano, que, ao contrario, do que parece á censura, trata da materia em dous titulos diversos e distanciados.

O cod. actual as separa tambem em dous titulos diversos.

E constituem divisões naturaes dos livros elementares.

O que o illustre censor não vê ou não interpreta devidamente lança a meu credito na partida das censuras.

Assim, as causas que *especialmente* attenuão a responsabilidade ficáram separadas das causas *geraes* de attenuação, isto è, das circumstancias *attenuantes* (entendêo?), meu caro mestre, que o cod. italiano não contém, e os nossos enumerão em titulo separado, na parte *geral*, como fez o *Projecto*.

Diante disso eu ponho simplesmente a nota critica:

« E 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.» (pg. 24).

Depois de dizer a pg. 28 e 51 que pareço e não pareço pertencer á *nova escola* com attestado que é inapreciavel honra para mim, o de um Lombroso, diz que — » confundo nos arts. 13 e 312 e profundamente o *dolo* e a *culpa*, « chegando no segundo dos arts. citados a suppôr punivel o *caso fortuito* » (pg. 51).

Antes de tudo convém accentuar que só poderá dizer que o *Projecto* suppõe punivel o *caso fortuito* no art. 312 quem não tiver lido este ou não souber o

valor ou antes o significado daquelles dous vocabulos.

Diz-se ahi: « art. 312. As diminuições de pena estabelecidas no artigo antecedente não terão lugar, quando o culpado tiver podido *prevêr* as consequências da sua acção. Paragrapho unico. A *previsão* do evento presumir-se-ha quando se houver empregado armás de fogo, facas ou punhaes afiados ».

O artigo anterior conceitua o homicidio preterintencional.

« A disposição (do art. 311) sobre o homicidio preterintencional, diz a *Exposição de motivos*, não terá lugar quando as consequências da lesão forem *previzíveis*, caso em que o homicidio não pode ser rigorosamente *tal*. » (art. 312).

Bastava esta explicação para nunca mais se falar aqui do *casus*.

Mas o que vem a ser o *caso*? E' um complexo de causas estranhas, diz Tolomei, ao livre querer do homem, do qual deriva um mal que, ou não póde *prevêr-se*, ou ainda que *previsto*, é inevitavel. »

Diz Alimena: « *Culpa esse quod cum a provideri poterit non esse provisum*, isto é, a culpa é constituída pelo não *prevêr* o que é *previsível*: ella se destaca do *caso*, em que o que se não tem *previsto* ou é absolutamente *imprevisível*, ou relativamente não se podia *prevêr*; e se destaca do *dolo* em que o effeito é *previsto* como certo, ou simplesmente como *prova-vel* ou como *possível*. »

E particularizando: « o chamado homicidio *praeter intentionem* não é um homicidio attenuado, mas é ao contrario um ferimento aggravado, porque segundo a experiencia quotidiana, a morte é consequencia *previsível* da lesão. » (13).

Basta para pôr a nú o absurdo sem nome da censura que vio o *caso* no art. 312.

E aproveitando a occasião rendo a mais reverente homenagem ao sabio criminalista pelas suas

~~~~~

(13) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894, vol. 1.º pgs. 451 e 482.



referencias honrosas a mim e ao nosso paiz, tão desconhecido de nós mesmos, embora conte em seu seio um Clovis Bevilaqua no juizo dos Alimenas, dos Tardes etc...

Resta tornar mais saliente a falsidade da censura quanto ao paragrapho do art. 312.

Ahi se presume a *previsibilidade* do evento lethal quando se tiver usado de armas de fogo etc..., o que induz a certeza ao menos da *culpa* que versando sobre cousa illicita, o homicidio, constitue pelo menos o mixto de dolo e culpa, *culpa informata dolo*.

Pois bem. Leião e pasmem diante do notavel professor de *processo criminal* a explicação do conceito da especie de dolo contida no art. 312, paragrapho unico, do projecto e classificada por Tolomei em outras especies de dolo que pertencem ao *processo penal*.

« Dolo real é aquelle que apparece manifestamente na mesma natureza do acto, assim que para excluil-o é mister dar a prova do contrario: está encarnado no acto. Quem com um tiro de pistola (creio ser *armã de fogo*) mata um homem, tem necessidade de dar a prova, que o mata sem *intenção* de matal-o, entretanto é este um facto de natureza tal que por si mesmo surge como producto de uma vontade deliberada. *Res ipsa in se dolum habet* (14).

E' pois dolo e não caso, meu caro Professor de direito *judiciario*.

E a justificação da disposição a faz o insigne conselheiro da cõrte de appellação de Napoles (15).

## V

Ainda não querendo prejudicar a belleza architectonica do Parecer sou forçado a passar da pag. 51 a 57 tendo deixado á 23 a epigraphé da pertinente á

~~~~~  
(14) Tolomei, *Diritto e Procedura Penale*, Padova, 1874, vol. 1.º, pgs. 220 e 224. ns. 955 o 975.

(15) Garofalo, *Appunti al nuovo codice penale*, 2.ª ed. Torino, 1889, pg. 160.

materia do art. 13, desde que assim o impõem as leis grammaticaes, classificativas e doutrinaes.

« Art. 13, em que se pretende definir a psychologia dos factos *puxiveis* (deve ser *puniveis*) e cujos vícios de redacção já ficaram apontados. »

E' um falso testemunho, quando não se apontou vicio algum de redacção, salvo si é tal a distincção entre dolo, culpa e caso.

A critica se abre com uma observação muito diffusa sobre o *absoluto* e o relativo, cuja conclusão logica é que o legislador não deve fazer philosophia, mas confundindo-se esta com o absoluto (isto, francamente : será scientifico?) e si « para o legislador ha *tambem* a (ideia) do relativo », o legislador deve philosophar e não deixar de fazê-lo, como asserta o illustre censor (pg. 57).

O conceito casa-se com a ideia de que a outra escola, a delle, « ha de ser *eterna* precisamente porque é classica » (pg. 51),

A minha orientação philosophico-juridica, mesmo geral, é muito diversa (16).

Entretanto eu deveria ter feito anthropologia no *Projecto* (pg. 51), questão, porém que apuraremos depois.

As digressões são inevitaveis para desembaraçar o caminho dos obstaculos que o Parecer lançou á cada passo da sua construcção architectonica.

A censura ao art. 13 já foi longamente respondida na ligeira polemica sustentada com o meu illustre ex-collega da camara e commissão o Sr. Milton.

Não repitirei o que então disse (17).

Observarei somente que a norma geral do art. 13 era indispensavel para não repetir em todos os artigos da parte especial o elemento ou condição moral ou psychico do crime.

~~~~~  
(16) *Jornal do Commercio* n. 55 de 24 Fevereiro 1894, artigo do autor ; *O Direito*, vol. 65, 1894, pg. 5.

(17) *Jornal do Commercio* n. 302 de 31 de Outubro 1894, carta do autor na *Gazetilha*.



Era ainda necessario, porque os chamados crimes involuntarios ou culposos são considerados como taes na causa e não no effeito.

A *intencionalidade* além de ter no crime *doloso* a funcção geral e propria de caracterisal-o, tem a especifica de destinguil-o do *culposo* que é tambem *voluntario* no sobredito aspecto.

O que o illustre censor chama absurdo que é necessario resalvar é a opinião pura e simples do nosso pranteiado Carrara (18).

O illustre censor diz que o *Projecto* « definindo, no *alinea* 2.º, a *contravenção*, exclue o caso fortuito, quando os codigos brasil. art. 8.º, port. 3.º e ital. art. 45, não fazem tal exclusão. »

E' indecifrável e esphingetica esta observação.

Não sei porque especie de *chymica* definindo a *contravenção* se exclúa ou não o caso fortuito.

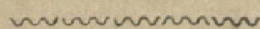
Aquelles codigos nos arts. citados não o incluem, nem o excluem.

O que o *Projecto* fez foi supprimir propositalmente a disposição do art. 27 § 6.º que não figura por inutil em codigo algum por obvias rasões (19).

E' verdade que sou increpado de ter arrolado o caso fortuito no titulo X por me haver esquecido de arrolal-o no titulo II.

O simples bom senso dos leitores verá que era inutil a menção do caso como exclusiva de criminalidade, mas indispensavel tratando-se dos responsaveis pela satisfação, (art. 100) diante de controvérsia que reina na especie no estrangeiro e no paiz entre autores nossos, por exemplo, Lafayette e Silva Costa (20).

Passando á *contravenção*, sou censurado, porque tendo dito que segui o cod. hungaro, devia tê-lo traduzido litteralmente, no que teria sido censurado do mesmo modo.



(18) Carrara. *Programma*, vol. 1.º § 80, nota, da Part. General.

(19) Meu *Commentario*, pg. 254 n. 82; *O Direito*, vol. 40, pg. 529; Meu *Ensaio*, pg. 130 n. 39.

(20) Meu *Commentario*, pg. 427, n. 145.



Seguir a forma, mas não a lettra, é ser traductor infeliz.

E como a contravenção pode ser intencional ou culposa, suppõe-se que a definição não comprehende só o definido e pergunta-se triumphante (pg. 60)— « no art. 398 do Projecto não se pune um facto puramente material? »

Quer saber o curioso leitor qual é o facto tão material como pode ser o incendio doloso, por exemplo?

Basta lêr : « Art. 398 Arrancar, dilacerar ou inutilisar por qualquer modo os editaes e avisos, impressos ou manuscriptos, affixados pelas autoridades etc... »

Para o illustre censor esta contravenção nunca poderá ser commettida com dolo ou culpa.

E basta,

Ouvio cantar o gallo, como se diz vulgarmente...

Desconfio que toda essa poeira levantada foi para dizer talvez, mas não se disse, que a *contravenção* em sua pura materialidade pode ser punida.

O sentido desse conceito tem sido muito restringido nos codigos que o adoptão e na Italia Stoppato compendia a controversia (21).

O *Projecto* não dá lugar á duvida neste ponto.

Voltemos agora ao capitulo dos vicios de classificação onde se aprecia ainda a materia que vai nos occupando (pg. 51).

E antes de tudo notemos uma das muitas incongruencias da critica.

Diz-se (pg. 59) que o « codigo penal hungaro das *contravenções*, que com muito *asserto* (isto, francamente : é portuguez?) isto é, *acerto*, é separado do cod. pen. dos *crimes e delictos* etc...

Estava dito antes (pg. 51 — 52), procurando-se demonstrar — « qual a utilidade pratica daquella divisão? qual o seu criterio scientifico? »

Si os crimes e contravenções devem ser confundidos, basta uma só lei, si devem ser separados, a

~~~~~


não ser por fim especial, podem sê-lo em dous codigos ou em um só.

A'parte taes contradições em quem pisa em terreno falso ou desconhecido, si a utilidade á que se allude é a *judiciaria* ou processual, ella até certo ponto existe porque o processo e julgamento das *contravenções* podem constituir objecto de competencia de tribunaes especiaes, como por exemplo, tem lugar no Districto Federal, onde as *juntas correccionaes* dellas conhecem conforme o Decreto n. 1030 de 14 de Novembro de 1890.

Eis que sem infracção do regimen federativo a separação é simplesmente util.

O criterio scientifico está implicitamente incluído no conceito e plenamente justificada a inclusão das *contravenções* no codigo com autoridades e precedentes valiosos, segundo a *Exposição de motivos* (pg. 25).

A supposta classificação defeituosa é imaginaria e nada tem de commum com a tripartição do direito francez conforme a *Exposição* (pg. 1).

VI

O Parecer, pegando a esmo seis artigos, abandona o criterio capital distinctivo, porque é scientifico, que o *Projecto* adoptou e figurando outros criterios, não demonstra que, mesmo aferidos por estes, naquelles artigos não se note nitida distincção entre o crime e a *contravenção*.

Limita-se a admirar o que revela sempre falta de rasão quando esta não é manifesta.

Eu poderia dizer que isso é uma questão de *lana caprina*, porque é apenas impossivel que a separação entre crime e *contravenção* em qualquer caso nas figuras especiaes seja *irreprochable* e porque os casos apontados não são todos do *Projecto*.

Mas é facil mostrar que o illustre censor nesta materia anda sempre *ad Ephesios*. Vejamos.

Como vio tratar-se de *animas* em dous artigos,

achou que ambos devião constituir, materia ou de *crime* ou de *contravenção*.

Acceitando eu os criterios da critica para mostrar quanto ella é infundada direi, a vista da *differente natureza* do direito lesado, si o damno em animaes *alheios* (art. 375) deve ser um crime, os máos tratos que podem ser feitos aos proprios deve ser *contravenção* (art. 425).

Tambem o maior damno do ajuntamento illicito aconselha collocar-o entre os crimes, não assim o contrabando que ficou entre as *contravenções*.

Do mesmo modo «abusar ou zombar de um culto» é mais *grave* do que conspurcar sepulturas.

Para que insistir, si eu segui os modelos, inspirei-me na sciencia da legislação e não podia phantasiar, como sôe fazer a critica quando é insipiente?

A questão de classificação nos codigos é momentosa.

Considere-se ella sob o aspecto porque acabamos de responder á censura e ver-se-ha que esta foi bem pobre.

Considere-se sob o outro aspecto da divisão e distribuição das materias e a critica se limita a notar e sem rasão a má collocação de alguns artigos e de um capitulo.

A *Exposição de motivos* abre-se (pg. 2) justificando a classificação que seguiu e o que resalta tambem de outros pontos da *Exposição*.

Tendo seguido a classificação *analytico-synthetic*, não podia entretanto adoptar servilmente o cod. ital., por exemplo, onde não ha crimes *politicos* no sentido do nosso regimen e quando os codigos revistos differem muito daquelle, quanto a taes crimes em geral e aos que se lhe assemelhão.

O *Projecto* catalogou, justificando-se, os crimes *politicos* da suprema competencia da justiça federal: Constituição, art. 60: Dec. n. 848 — de 11 Outubro 1890, art. 15 e Lei n. 221 de 25 de Novembro ultimo, art. 20 ns. I e XII.

A critica é impertinente, porque o illustre censor vio a *Exposição de motivos* (pg. 10).

O assumpto tangencia o direito *judiciario* criminal em que é tão notavel o illustre professor e só por isso me admiro.

A *pirataria* e os *arrolamentos* militares illegaes estavam neste lugar nos codigos anteriores e são crimes *politicos*.

O *ajuntamento illicito* é crime contra a ordem publica e conserva no *Projecto* a posição das leis revistas.

O *duello* está no titulo « contra a pessoa » simplesmente porque não temos no *Projecto* o titulo do cod. ital. » contra a administração da justiça, » mas outro parecido que existe naquelle, mas não é o proprio — administração publica — como talvez parecesse ao illustre censor.

O *sequestro* com o *fim de lucro*, o roubo e como consequente o fabrico de *gazúas*, dos codigos revis-tos só podião caber nos « crimes contra a propriedade »

Justifiquei isso plenamente na *Exposição* citando os codigos modernos (pg. 24).

O illustre censor está lendo ainda pela cartilha *velha* que dá noção differente do roubo.

O titulo predominante, *pessoa* ou *propriedade* determina a classificação.

Finalmente quanto a este ponto.

As *contravenções* em pequeno numero só têm 4 titulos para corresponder a 9 dos *crimes*.

Pois bem. Cita-se como exemplo de má classificação, collocar entre as relativas á moral publica as profanações das sepulturas e os jogos de azar! Haverá nada mais moral?...

E mais não disse.

Como si fosse questão de classificação se allude a das escolas. Apuraremos isto depois, mesmo porque é só o que falta do 2.º capitulo sobre os pretensos « vicios de classificação. »

VII

Sobre a materia da *codelinquencia e tentativa* a censura considera *inultrapassavel* o codigo anterior, melhor na *tentativa* o actual, que censura na nota, revelando completa insciencia das theorias vulgares na materia.

O *Projecto*, art. 14, preferio definir a tentativa quasi como fez o cod. de 1830.

E' uma formula admittida por muitos outros codigos e elogiada por Garofalo.

A censura mais adiante faz-me uma justica de phariseu, duvidando que eu tenha empregado sciente ou conscientemente um determinativo (pg. 60).

Aqui a censura examina a doutrina e faz grammatica, ali (pg. 24 — 27) examina a grammatica e faz doutrina.

Attribue-me o illustre censor uma honra de que não sou digno, seguil-o na theoria *objectivista* da tentativa que constitue uma *contradictio in adjecto*, sendo preferivel a *subjectista*, seguida até na jurisprudencia alleman e ingleza (22).

A minha opinião é conhecida (23).

A divergencia no seio da nossa commissão não foi o movel do silencio do art. 14.

Preferimos deixar á doutrina e á jurisprudencia a solução da questão a resolvê-la.

Dos tres *principios* do illustre censor sobre a tentativa, dous não são taes, sinão no seu entender, e o outro não é proprio de materia legislativa.

O codigo actual, cujas sympathias pelo portu-guez é manifesta, refere-se em repetidos artigos á tentativa.

O illustre censor queria reproduzir isso; são gostos.

Sobre a outra materia do titulo, a censura não

~~~~~  
(22) Puglia, *Del tentativo*, Messina 1884, pg. 64; Benevolo, *Il tentativo*, Torino 1887, ns. 45, 52, 64 e 65.

(23) Meu *Commentario*, pg. 61.



colhe, porque a definição dos autores dada pelo art. 15 é tão simples como a do art. 4.º do anterior, mais clara e mais comprehensiva.

Que questões suscitava o *mandato*? Esquece-se pela ancia de censurar a critica ao cod. anterior e o que observa a *Exposição de motivos* (pg. 3).

Não é de modo algum exacto, como se pretende, que o cooperador immediato seja executor; pode deixar de sê-lo.

Tambem não é exacto que aquelle que determina outrem a commetter o crime seja *cooperador* e muito menos que este seja aquelle.

Aqui a *technica* falhou na censura, desconhecendo a distincção de rigor entre autor *moral*, *material* e *cooperador*, figura esta de complicitade necessaria, na phrase dos italianos, equiparada á autoria e que aquellas outras expressões não abrangem.

Este conceito se harmonisa com o do art. 17 que evita a duvida na linha divisoria entre *autor* e *complice*, conforme a *Exposição de motivos* e de accordo com a mais *pura* doutrina classica.

E' outro postulado da decantada doutrina o complemento censurado do art. 16 ao art. 5.º do codigo anterior, definindo a complicitade.

A definição deste ultimo continha um *directamente* que era o martyrio dos interpretes, além de ser incompleta a ponto de precisar completal-a com a disposição do art. 4.º sobre a autoria para tornal-a intelligivel, na opinião de alguns, mas o que eu contesto que a podesse melhorar.

Definindo, porém, com o codigo anterior a complicitade, supprimindo o tal *directamente* e accrescentando a *novidade* censurada do — *facilitando-o* —, as duvidas desaparecem, porque os complices são justamente « todos os mais (além dos autores) que concorrem para o crime *facilitando-o*. »

Eu não vi que no codigo italiano, fonte do hungaro, havião outras figuras de complicitade.

O illustre censor não descobriu (entendêo?) que eu defino a complicitade com uma palavra de menos e outra de mais do art. 5.º do codigo anterior e não



com o código italiano que na supposta fonte (art. 64 n. 3) supõe a facilidade da *execução* pelas formas especiaes que prevê da assistencia ou auxilio antes ou depois do facto!

Aliás a *Exposição de motivos* satisfaz neste ponto a quem não tiver a gloria do *parti pris*.

O illustre censor allude aqui vagamente ao uso dos mesmos vocabulos para exprimir relações diversas, sem declinal-as, mas não propõe melhores e não usa para exprimir as suas ideias, de outras technicas, mas de expressões communs, taes como *autoria* simples e collectiva, *autoria* propriamente dita...

Para quem é tão amante da technica, quanta pobreza de linguagem!

O *Projecto* usa do vocabulo *codelinquencia* para comprehender a *autoria* e *complicidade*, não temos outro, delle usava Tobias Barreto, usão Didimo Junior e outros e neste ponto a technologia mesmo no francez e no italiano está longe de satisfazer.

Quando se põe em duvida noções elementares limito-me a citar um manual e a bibliographia a que elle se refere (24).

## VIII

O art. 18 § 1.º é perfeito porque copiei, o § 2.º defeituoso, porque corrigi-o contra a jurisprudencia.

Qual jurisprudencia, nem nada. A redacção má deste ultimo é visivel no código de 1830, art. 6.º § 2.º, alterada para melhor no vigente, art. 21 § 4.º

Refere-se a *taes crimes* sem haver fallado de crime no artigo e o illustre censor diz que isto quer dizer que o § fallava exemplificativamente!

Isto quanto á forma; agora quanto ao fundo, a *receptação* só se pode referir a crimes communs e graves, como são a morte e o roubo.

A que vem applical-a a crimes *politicos*?

~~~~~


Admira isto no illustre censor que referindo-se a estes é quasi *anarchista* e ainda mais admira acceitar a theoria que o *Projecto* manteve sobre a recepção por seu parentesco legitimo com a associação de malfeitoses que tanto combate.

A defeza do *pro* e do *contra* vê-se bem (pgs. 26—27, 68 e 78).

Em uma opereta, cujo titulo me passa, um dos comediantes diz aos outros que se lembrem acharem-se a cavallo, porque realmente todos fingem na scena pelos gestos e posição cavalgarem qualquer alimaria.

O illustre censor tambem precisaria lembrar aos leitores que as censuras a que estou respondendo se referem a suppostos «vícios de construcção grammatical, redacção e estylo.» (pgs. 24 — 27).

E' verdade que para responder ao resto das censuras sobre os mesmos artigos 15 a 18 eu tenho de saltar para diante (pg. 61) entre «os vícios de doutrina.»

E aqui não era o lugar proprio da materia, attendendo-se a que o cap. 2.º se occupa «dos vícios de classificação.»

Os arts 35 e 36, e ajunto eu o art. 37 do *Projecto*, devião estar collocados no titulo da «responsabilidade e codelinquencia»!

O cod. ital., fonte delles os distribúe pelo titulo da «imputabilidade e das causas que a excluem ou a diminuem» e pelo «concurso de pessoas em um crime (arts. 52, 65 e 66).

O *Projecto*, porém, que tem titulo, que falta naquelle codigo, sobre circumstancias aggravantes e attenuantes collocou bem aqui as disposições.

Finalmente as disposições são censuradas por não resolverem a questão relativa ao excesso na execução do crime e se me attribúe a opinião que se julga peor; que eu não sigo, sendo porém a que parece adoptar o illustre censor inadmissivel por absoluta.

São questões melindrosas que a lei não pode resolver por todas as faces e é melhor deixal-as ao juiz.

Codigos de primeira ordem têm sido silenciosos sobre o caso.

Neste titulo ainda ha (pgs. 16 e 17 nota 7) uma critica curiosa sobre supposto vicio grammatical, que presuppõe todos os elementos que se podem empregar na interpretação, logica, sciencia, historia etc... conforme os primeiros principios de *hermeneutica* juridica que o eximio professor deve ensinar a seus discipulos.

E' o caso do *Projecto*, art. 19, ter adoptado a responsabilidade *successiva* nos delictos do abuso da palavra escripta e ter arrolado como responsaveis. 1.º o autor, 2.º o editor (do livro) ou gerente (do jornal).

Aqui sendo a relação de *successão*, não ha possibilidade de coexistencia e por conseguinte só ha duas entidades, ns. 1 e 2.

O *Projecto* diz: « na falta de *ambos* o dono do jornal etc... »

Pretende o illustre censor que *ambos* não se pode usar a respeito de cousas entre si oppostas e como o seu systema é dar como provado tudo quanto lhe apraz, por mais absurdo que seja, leia este pedacinho do Constancio :

« Moraes diz que *ambos* significa *dous juntamente*. Isto é *incorrecto* e dá a entender que os dous se suppõem *juntos em lugar ou em tempo*, quando só o estão na mente de quem falla, podendo estar separados de facto. » (25).

Admittindo mesmo a absurda opinião contraria, a consequencia do illustre censor, tão syllogistico, é illogica, porque aqui não se trata de cousas entre si oppostas; muito ao contrario, do genero *coautores*, excluindo até os complices, se distribue e enumera as respectivas entidades na relação de *successão*.

Trata-se de cousas tão oppostas entre si que cada entidade pode ser em vez de singular, collecti-

~~~~~



va, pela coexistencia de dous ou mais autores, editores, donos de jornal etc... e todos responsaveis legalmente.

E esta era a jurisprudencia firmada sobre o codigo anterior que seguio o mesmo systema (26).

Não via nada disto e porque censura?

No *Portuguez* o illustre censor não foi mais feliz do que no *Direito* inclusive o *judiciario*, da sua cadeia.

Os outros vicios grammaticaes são tão reaes como esse, não fallando de erros typographicos ou de copia ou mesmo que sejam lapsos impossiveis de considerar erros da lingua a não ser commettidos por matutos, tabaréos, caipiras, analphabetos.

Tambem nas pgs. 17 e 18 está griphada apenas sem nenhuma indicação em alguns artigos do *Projecto* linguagem como esta:

« Art. Commetter facto tendente a tomar armas os habitantes da Republica contra etc... »

Chega-se a discutir a opinião do illustre censor que conjecturo pelos simples griphos.

Cito-lhe porém simplesmente uma autoridade com os exemplos dos classicos (27).

E' gosto em ser pedagogo. O illustre censor terá sido *mestre regio*?

Ainda neste titulo o art. 19 n. I do *Projecto* deu lugar a illações illogicas.

A disposição não permite o *anonymato*, mas previne-o e elle é a regra e o costume no paiz.

A differença que causou estranheza consiste em que o escripto deve ser assignado, não ha mais obrigação pela publicação, conforme o direito anterior, ao passo que a imagem impressa pode não ser assignada e aqui a obrigação deve ser admittida.

Deste erro de *grammatica* (pg. 27) passo ao de doutrina (pg. 62).

O art. 21 não sacrifica a liberdade de imprensa.

~~~~~

(26) Acc. da Rel. do Rio 13 Outubro 1873.

(27) A. Grivel, *Grammatica analytica*, Rio, 1881, pgs. 338 e 362, ns. 422 e 447.

Disposição semelhante figura no art. 312 do Código do Processo Criminal e quasi identica no vigente art. 32 § 1.º. Porque não punir pecuniariamente o dono do *jornal*?

A' par da inteira liberdade de imprensa deve ser organisada a repressão real e efficaz dos abusos; em uma democracia não deve haver privilegios para ninguém.

Aliás a *Exposição de motivos* allude até a providencias complementares processuaes para reprimir o anonymato.

Em summa, ao contrario da censura, manteve-se o direito anterior desde 1830 que não pode ser mais brando, excluindo a *complicidade* nos crimes de imprensa e adoptando o systema da responsabilidade *successiva*.

O illustre censor talvez por causa da immensa autoridade de que goza nestes assumptos e não por uma *miserable rivalité de boutique* fulmina do alto da sua *cathedra* ainda aquillo que parecia estar mais ao abrigo dos raios do novo Jupiter tonante.

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

Vai vêr-se que só o compara com *outro* (art. 34 § 3.º) no singular, o que para um grammatico nada abona e que as duvidas *praticas* são tambem *theoricas*, o que dito por quem faz tanta questão de *logica e technica* é um pouco differente.

Diz o *Projecto* :

« Art. 23. Não são responsaveis os que por alteração morbida das funcções psychicas não tiverem a consciencia ou a liberdade de determinação dos proprios actos. »

A formula está explicada na *Exposição de motivos*, ella foi redigida sob a inspiração da ideia que levou Lombroso a completar a do ultimo projecto italiano e realmente modificada no código respectivo.

Lombroso aqui, não philosopho, mas psychiatra, indicou ao *classicismo* a deficiencia que foi supprida.

O *Projecto* é mais comprehensivo em relação aos factos ou actos de amentalidade, porque se refere á alteração morbida da *psyché*, em vez de *enfermidade* (mais restricto) da *mente* que não comprehende a intelligencia, a affectividade e volição ao mesmo tempo.

Lombroso com os postulados da *psychiatria* demonstra isso mesmo para os profanos (28).

A formula é ainda preferivel ás do código italiano por empregar o requisito da liberdade de determinação dos proprios actos « em vez de « liberdade dos proprios actos. »

Quaes são as duvidas do illustre censor (paginas 27 — 29) ?

« Em 1.º lugar ficão aqui comprehendidos os que *nasceram* mentecaptos e os que a estes a medicina tem equiparado, como o surdo-mudo? »

E' curioso que neste *fin de siècle* XIX, um professor celebre de *materia criminal* queira objectar contra as generalisações da *psychiatria* com a possivel rabulice dos advogados leguleios para alterar em consequencia o código,

Pois é o que faz o eminente professor.

Elle pretende que a alteração morbida pode não comprehender a amentalidade congenita e os desta classe não serem considerados irresponsaveis (pagina 18) !

Rospondo-lhe e aos chicanistas do fóro, que tanto pesão no seu vasto espirito, sómente assim :

Krafft-Ebing abre uma de suas obras classicas sobre a materia com esta epigraphe na introduccão :

« responsabilidade criminal das pessoas affectadas de ALTERAÇÕES *intellectuaes*. »

E sob tal epigraphe trata de todas as classes de amentalidade *congeni'a* ou *adquirida* (29).

Tambem nunca vi equiparar o simples surdo-mudo, só pela surdo-mudez, como tal, ao *mentecapto*.

~~~~~

( 28 ) Lombroso, *Appunti cit.* pgs. 59 e 61.

( 29 ) Krafft — Ebing, *La responsabilitá criminale*, Napoli, 1886, pg. 1.



Nestas condições os autores equiparão-n'o aos *menores*, deixando muitos codigos a solução das questões ao direito commun. Assim Berner, Garraud e outros (30).

A proposito do mesmo art. 23 vem a questão do *hypnotismo* que nenhum codigo, que eu conheça, contempla taxativamente e que só figura no *Projecto*, porque manteve a circumstancia attenuante da influencia da suggestão hypnotica e semelhantes, que podem ser a do *etherismo*, *morphinismo* etc., que tanta estranheza causou ao meu illustre censor.

E a que vem o receio da chicana, ideia apadrihada com a autoridade de Giulio Campili, cujas opiniões nunca segui, sem reservas, preferindo em alguns pontos do assumpto as de Alimena e Inamorati apesar de ser contrario este á nova escola? (31).

A que vem a allusão ás escolas de Nancy e da Salpêtrière sobre crimes *reaes* ou de *laboratorio*, quando é cedo para os codigos resolverem em preceitos legislativos esses problemas que a pratica resolverá no facto occorrente com a sciencia e as pericias?

O gosto de ostentar erudição facil e inoportuna, deixando as difficuldades instantes (32).

A exclusão do requisito — no momento em que commetteu o facto — tem sua resposta na *Exposição de motivos*.

Pareceu-me uma reminiscencia dos intervallos lucidos, dos *intervalla sensu saniora*, dos romanos, cuja inclusão na formula combati mais de uma vez.

Vi depois que o meu modo de pensar era brilhantemente fundamentado por Augusto Setti, de accordo com o direito, a psychiatria e os codigos

~~~~~  
(30) Vid. Tamassia. nos *Appunti cit.* pg. 282 ; Meu *Commentario*, n. 80, pgs. 245 — 249.

(31) Meu *Commentario*, n. 79, pgs. 239 -- 245.

(32) Vid. *Liégeois, De la suggestion, etc...*, Paris, 1886.

toscano, de S. Marino, dinamarquez, sueco, holandez e hungaro (33).

Entretanto o illustre censor põe de parte outras questoes que o assumpto pode suggerir e si a ellas allude hesitante e vagamente quasi sempre evita emittir juizo proprio.

IX

A censura ao art. 26, I, 1.^o alinea, revela insciencia da critica ao projecto italiano, cahe diante da necessidade e correcção da disposição, sem a qual talvez não pudesse nem ter uma attenuante aquelle que commette um facto em virtude de disposição de lei, ou por ordem, na conformidade desta, da autoridade competente.

Tanto era indispensavel que lá figurão, embora de modo parcial no código anterior, art. 118, no vigente, art. 125 e no art. 182 do processo criminal, de que o illustre censor é afamado professor.

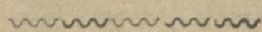
A que vem contra o *Projecto* o principio do art. 72 § 1.^o da Constituição que não tem semelhante na italiana?

E basta com a nota do que eu devia dizer não são *puniveis* os que commettem o facto *punivel* ou *delictuoso*, avista do gracioso *scilicet* entre parenthesis (pg. 29).

O art. 26, II, define a legitima defeza, quasi como o código italiano, que é mais breve e poderia suscitar duvidas na applicação.

O art. 27 que constitúe o seu complemento só é censurado porque não se attendeo á *Exposição de motivos* e muito menos ás theorias alludidas de Fiorretti e Setti (pgs. 30, 62 — 63).

A analyse descobrirá no art. 26 os elementos indispensaveis da dirimente da punibilidade, eu não poderia metter na disposição legislativa as explicações dos tratados.



(33) Meu *Commentario*, pgs. 226 — 230, n. 76; Meu *Ensaio*, pg. 90; Setti, *Dell'imputabilità*, Torino 1892, pg. 204.

Estarão feitos por este ultimo systema os codigos de S. Paulo?

O chim pode ser bom para a cultura do café, mas o seu direito casuistico não é fonte a preferir na confecção dos codigos (34).

Não ha contradicção entre o art. 26, II e o art. 320.

Antes de tudo nenhum codigo inscreverá a dirimente taxativa do homicidio por motivo de flagrante adulterio, facto que pode ser uma attenuante, como prevê o cod. italiano fonte do projecto.

Si o jury que julga ladrões e assassinos e absolve os maiores scelerados terá muita facilidade para livrar da prisão todo aquelle que commetter um crime por moveis honrosos, quaesquer que sejam!

A suppressão da figura do crime de adulterio é outra questão.

Emquanto escrevo estas linhas acabo de passar a vista sobre o « Parecer do Tribunal Superior de Justiça do Pará » relatado pelo seu douto presidente sobre o *Projecto* e onde o illustrado magistrado, criticando-o com elevado criterio juridico e pratico, já na forma já no fundo do direito mesmo, consagra opiniões diametralmente oppostas ao do illustre censor, precedendo as suas sabias observações a este mesmo titulo com estas palavras: « Em geral, salvo uma ou outra emenda necessaria para tornar mais claro e expressivo o texto, ou lacunas que devão ser preenchidas, pensa o Tribunal, que o tit. 3.º do liv. 1.º comprehendendo aquelles artigos (arts. 23 a 29), substanciou com vantagem e precisão as disposições parallelas do cod. de 1830 e do vigente, subsidiando esse apreciavel cabedal com a adopção de disposições bem inspiradas em codigos recentes e especialmente no italiano. (35)

Algumas das muitas circumstancias aggravantes e attenuantes forão objecto de censura.

~~~~~

(34) Vid. Philastre, *Le code annamite etc.* .. Paris, 1876. 1.º vol. pg. 3.

(35) Estado do Pará—Tribunal Superior de Justiça—Parecer e elaborado pelo Desembargador Vasconcellos Chaves, 1894, pg. 14.



Mas não é exacto que o código vigente houvesse cortado toda a questão sobre a circumstancia da *noite*.

Desconhece-se a critica de Eduardo Durão que mostrou a restricção feita ao cod. anterior.

As *novidades* não são sobre o assumpto só as que declina o illustre censor?

Si o « tempo habitual do somno » constitue o conceito da noite, quem dorme habitualmente á sesta está incluído no conceito?

Já ventilei ha muito as questões que a materia suscita, apreciando especialmente os nossos autores. (36)

O *Projecto* não podia definir a noite, nem resolver casuisticamente as duvidas; e sendo a intenção um elemento indispensavel era superfluo incluí-lo. Um eminente magistrado nosso tratou bem do assumpto. (37)

A censura á redacção do art. 32 § 2.º não tem importancia.

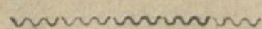
A do § 7.º dispõe exemplificativamente; quanto ao fundo da disposição não ha a minima ideia de socialismo e menos anarchismo em aggravar o crime do superior contra o inferior.

Isto está até em projectos de código militar e é sabido que a hierarchia é condição existencial da milicia.

O *procedimento* exemplar (art. 34 § 7.º) é menos vago do que a melhor *conducta* anterior.

## X

Não ha remedio sinão saltar agora para o capitulo dos chamados « vicios da penalidade » (pg. 96), onde se combate a pena do *ergastulo*.



(36) Meu *Commentario*, pgs. 317 — 322.

(37) Macedo Soares, *Estudos Forenses*, Rio 1887, pg. 7.



A opposição a este ponto, um dos capitaes do *Projecto*, em que o illustre censor derrama muita tinta no papel, pondo a rhetorica ao serviço da hypermetaphysica, não é radical, como parece, e mostraremos.

E nem se illuda alguém com as phantasias no exame e solução de tão momentosos problemas.

A poesia lamurienta e os romances sentimentaes aqui nada têm a fazer.

O egregio Tribunal do Pará, pelo órgão do seu illustrado presidente, acceita e justifica, melhor do que o fiz o *esgastulo*.

As fontes citadas na *Exposição de motivos* mostram que a flôr do classicismo italiano empenhada na elaboração do código acceitou aquella pena.

As declamações puras não convencem.

Não se pode legislar phantasiando.

Nós não temos tido em tempo algum e em nenhuma parte do Brazil systema penitenciario, mesmo rudimentar, e, menos estatisticas, que nos autorisem com a verificação de dados seguros destruir osapparelhos penaes, sem risco para a defeza social e a segurança dos honestos e pacificos.

Os criterios que nos restam para não darmos saltos nas trevas, na reforma de nosso systema penitenciario, são as nossas condições historicas, o exemplo dos outros paizes e essa mesma sciencia da legislação sem *parti pris* de escola ou systema.

O primeiro criterio nos ensina que mantendo a morte e a galé até 1890, é imprudente adoptar ás cegas a abolição das penas perpetuas que o legislador Constituinte (art. 72 §§ 20 e 21) manteve abolindo aquellas com a do banimento (pg. 117).

A opinião contraria é uma sophisticaria, falsamente apadrinhada com o art. 71 § 1.º letra — b — da Constituição, e por isso, não ganhará fóros de cidade.

Quanto á legislação comparada, a abolição das penas perpetuas é uma utopia; que nação se cita a favor da abolição? Portugal? As outras grandes e



pequenas a mantém, inclusive a Hollanda, com o seu novo e excellente código de penas moderadas.

O illustre censor cita na doutrina, além de algum philanthropo phantasista, Carrara que está muito longe da sua confusa ideia de *irreparabilidade* da pena *perpetua* (sempre pensei que fosse a de morte a unica *irreparavel*), porque se refere elle á de morte (38).

O chefe actual do classicismo francez, o *primus inter pares* da sciencia criminal em França nos dará a ultima palavra, respondendo cathegoricamente aos pallidos e superficiaes ataques contra taes penas :

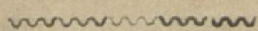
« A perpetuidade da pena deve ser conservada em um systema repressivo racional ? Não é destructiva de toda probabilidade de emenda ? Não é desigual conforme a idade do condemnado ?

De certo, penas perpetuas, que fossem, ao mesmo tempo, *irremissiveis*, deveriam ser riscadas de qualquer código penal ; e nós não podemos si não approvar a Assembléa constituinte, que não tinha admittido o direito de graça, de as haver supprimido do [cod. penal de 1791. »

A Assembléa constituinte tinha proscripto as penas perpetuas que ella considerava como mais terribes que a morte mesmo, pois que ella conservava esta ultima pena : — A pena dos *ferros*, dizia o art. 8.<sup>o</sup> (1.<sup>a</sup> part. t. 1.<sup>o</sup>) do cod. pen. de 1791, não poderá *em caso algum ser perpetua*.

« Mas, por um emprego prudente e ponderado do direito de graça, que deixa sempre a esperanza da liberdade aos condemnados e que corrige a desigualdade que lhes é inherente, creio na utilidade das penas perpetuas. »

O illustre censor cita Mittermaier, cuja opinião lhe é tão contraproducente como a de Carrara (39).



(38) Carrara, *Programma*, part. gen. § 651, not. 1,

(39) Mittermaier, *Des peines perpétuelles*, (Rev. de leg., t. 4, pg. 21 e 96).



Eis as conclusões de Garraud :

« Em uma legislação que *exclue* a pena de morte, as penas *perpetuas* são *necessarias* para substituil-a : em uma legislação que a mantém, ellas servem de transicção util entre a pena de morte e as penas temporarias : quantos crimes, realmente, para os quaes a pena de morte é muito severa e as penas temporarias muito indulgentes ! Emfim diante dos criminosos *incorregiveis*, as penas *perpetuas* são as *unicas* capazes de dar satisfação ao direito social de *defeza* por seu effeito *eliminativo* » (40).

Uma consideração geral. Trata-se de uma pena tão raramente empregada como era a de morte de que é succedanea. O *Projecto* só a commina no ultimo caso do art. 111 que bem pode ser equiparado ao do filho que mata sua propria mãe e nas especies de homicidio com as gravissimas qualificativas coordenadas no art. 309, sem attenuante alguma.

Os argumentos *ad terrorem* só alarmão os timotos e com o bello jury que temos para julgar assassinos e salteadores não passará ella de espantallo, em todo caso salutar.

O ergastulo só é uma hypocrisia do patibulo para uma parodia do sentimento.

Ao lyrismo do deputado Panattoni não escapou que a abolição das penas perpetuas era uma utopia, elle o diz e repete nas paginas que o illustre censor transcreve.

A justa severidade do *Projecto* é tachada como uma brutalidade (pg 98), mas porque permite no cumprimento do ergastulo obras e serviços publicos, ainda quando a sua execução seja *perigosa ou insalubre*, mas vós (pg. 99) não citais os trabalhos *perigosos* da exploração das minas comminada no codigo francez de 1791 ? E' differente ?

E porque o *Projecto* não exclue outra condição menos rigorosa, qual é a insalubridade do local ou

~~~~~


do mister, fazeis rhetorica, confundindo penas severas com brutaes, perpetuas com barbaras?

Os nossos pobres operarios e miseros lavradores honestos não succumbem muita vez naquellas mesmissimas condições da sua lucta normal pela vida?

E' subvertor as regras da conducta tornar a pena desejavel e muito concorrerá para isto o facto dos bandidos e malfeitores terem uma vida melhor do que as condições sociaes permitem aos honestos e pacificos em quasi sua totalidade.

E que paiz civilisado já escrupulisou mandar para climas inhospitos a lia da sua criminalidade?

A França não a relega? Portugal, com as suas penas temporarias hesita em mandar os condemnados para a malaria Africana?

A *Exposição de motivos* justifica a exclusão da soltura condicional em casos menos graves dos que nos punidos pelo ergastulo.

A não prescripção da pena, qualquer que fosse, subsistia em nosso direito até 1890 e como não mantê-la na pena hoje capital?

O illustre censor, porém, é illogico e sem querer adhire á *nova escola* defendendo as penas *indeterminadas*, ideia puramente positivista e que eu confesso, com um systema de repressão séria e efficaz, são as verdadeiras penas.

A sciencia tem tanto illuminado os *novos horizontes do direito civil* que Laurent é um *fossil* especialmente nas attinencias daquelle direito com o penal (41).

A *Exposição de motivos* justifica a solução juridica que deo o *Projecto* á nullidade do testamento do condemnado fulminada em codigos recentes.

Esta justa correcção ao codigo italiano, porque opinavão Pessina e o proprio Zanardelli fez o *Projecto*.

~~~~~

(41) Vid. *Cimbali, La nuova fase del diritto civile*, Torino, 1885, pg. 13.



A critica ao divorcio forçado destôa da transacção do illustre censor que concorda no divorcio a requerimento do conjuge innocente (pgs. 105 — 107).

Seria realmente forçar muito a mão, porque os proprios sectarios de Augusto Comte que não admittem o divorcio em geral, o admittem em casos menos graves do que o de que tratamos.

Em resumo, as incongruencias da critica são palpaveis e para terminar este ponto basta consignar que o illustre censor labora no mais deploravel equivoco, pretendendo que as incapacidades e perda de certos direitos, constituindo a *morte civil*, fossem adoptadas pelo *Projecto* como ideias antiquadas, quando ao contrario ellas figurão nas leis recentes dos povos cultos (42).

Estranha-se com os mesmos criterios a interdicção *perpetua* dos officios publicos (pg. 109).

E' apenas um pouco mais do que dispunha o codigo anterior, arts. 59 e 166 e o vigente artigos 55 e 238.

A *correccão* em colonia penal, como a *detenção*, são uma e a mesma cõsa; já respondi á primeira edição desta censura (43).

A proporção das penas é um problema insolúvel e ponto cardeal de dissidencia entre a velha e a nova escola, mas pondo isto de parte que é um calmante para o enthusiasmo pelas illusões do grande Beccaria e *comitante caterva*, os exemplos dados pelo illustre censor não cõlhem.

Em gravidade a incorporação violenta do territorio de um Estado a outro — não se compara com o facto isolado de alguém tomar armas contra a patria sob bandeira inimiga.

A supposta disproporcionalidade entre as figuras do art. 192 é imaginaria; si o réo amarrar a victima ha no caso um *concursum delictorum* com a

~~~~~  
(42) Garraud, *Obr. cit.* 1.º vol. pg. 552; Humbert, *Des condamnations penales etc.* Paris, 1855, pg. 443.

(43) *Jornal do Commercio* n. 302 de 31 Outubro 1894, carta do autor na gazetilha.

ameaça, além de que a carta anonyma pode ser até de uma associação de malfeteiros.

As outras especies figuradas na censura, sem uma palavra, consagrão penas correspondentes á gravidade das infracções.

A censura ultima entre duas figuras de rapto (pag. 111) é feita resumindo-se os arts. 289 e 290 de tal arte, que este figura com duas palavras!

Esta *lealdade* é plenamente dismentida pela letra daquelles artigos que, conforme sua fonte (o cod. ital.), punem mais gravemente o rapto da mulher casada do que o da solteira ou viuva maior de 21 annos.

E mais não disse em todo este capitulo (96—112) que aliás compõe-se principalmente de transcripções.

Alguns artigos da parte *geral* ainda (pag. 30) foram objecto de notas que são verdadeiras nugas, por defeitos, por exemplo, como o do emprego de todo por qualquer, onde estes vocabulos erão indifferentes — etc. (art. 44 § 3.º)

O illustre censor não comprehende tambem que a tentativa sendo um acto de execução, o ultimo acto della tentativa não seja a consummação do crime (art. 87).

O cod. ital., art. 92, dissipará as duvidas.

Muitas dessas censuras são verdadeiras charadas indecifráveis para quem não tiver a pachorra de estudar o *Projecto*, conhecendo o assumpto.

Talvez valesse a pena não pôr os pontos nos *ii*, porque ellas se revelão o que não são.

Attento o sabio plano adoptado, passo do capitulo da grammatica (pg. 31) para o da doutrina (pg. 65 a 68) onde finda o exame da parte *geral*.

Do capitulo da classificação só resta um ponto que com o da inconstitucionalidade fica para o final, quando tivermos de verificar si o *sorites* surge dos *syllogismos*, estando esgotado o capitulo da penali-
dade.

XI

A censura abrange o titulo X da parte geral do *Projecto* que preferio seguir o cod. anterior, e o do processo de 1832 (e não de 1830, isto é imperdoavel em um notavel Professor de *processo criminal* e autor de projectos *idem*) revogado nesta parte pela lei n.º 261 de 3 de Dezembro de 1841, art. 68.

Os argumentos em contrario contra a adopção do instituto verdadeiramente brasileiro rolão todos sobre uma petição de principio (pgs. 65 a 68).

Resumindo a minha replica direi simplesmente contra o triplice argumento :

1.º que o delicto não tem forças subjectivas criminaes e objectivas civis, os effeitos nessa dupla direcção resultantes do crime correspondem a ambas as forças e portanto o argumento prova demais e envolve contradição, porque o illustre censor invoca o conceito de Spencer que considera a *satis-facção* como um *succedaneo* da pena e este é um outro ponto cardeal da doutrina positiva que o codigo de 1830 antecedeo de meio seculo.

2.º que a diversidade de criterios fornecidos pelo direito criminal e pelo direito civil é que deve desaparecer dos codigos, porque, ao contrario da confusão em que incide o illustre censor, pretendendo aferir a actividade *anormal* do criminoso pelas normas do direito privado, o argumento desconhece que nisto mesmo está a falsidade do systema.

3.º finalmente, si se trata de constituir direito novo, a que vem invocar como argumento o direito constituido ?

A citação de Fioretti, eminente propugnador da reforma é contraproducente, porque tendo explicado porque a classifica de utopia, a defendeu brilhantemente, apresentando sua proposta no Congresso de Roma de 1885 o que se lê na obra citada mesmo na parte isolada pelo illustre censor (pag. 71—89).

Não repetirei nada do que tenho dito sobre o

assumpto, referindo-me á *Exposição de motivos* (pg. 9) quanto ás fontes e á bibliographia.

No meu *Ante-Projecto* de 1889 ventilei esses pontos nas notas aos artigos 21 a 32 e disto fiz menção em outro trabalho. (44)

Em Revistas estrangeiras tornei saliente a originalidade do instituto, entre nós, agora particularmente defendido na sciencia criminal moderna. (45)

E agora figura no codigo italiano, art. 38, um instituto semelhante, embora de alcance mais restricto, importado e ampliado ali por motivos que autorisariam a reforma mais completa neste ponto conforme o *Projecto* brasileiro.

Justificando aquella disposição, dizia Zanardelli :

« No direito romano, no direito germanico e em muitos Estatutos da idade media os crimes de *injuria*, em sentido lato, não eram puniveis sinão por acção privada. O direito hodierno os investe, como convém, de acção publica. Mas não se pode desconhecer o seu carácter particular, interessando mais á rasão privada do que á publica. E por isto foi acolhido no *Projecto* aquelle previdente instituto, tradicional e popularissimo na Allemanha e em geral entre os povos do norte, não desconhecido na historia juridica italiana, e que figura embora imperfeitamente, tambem nos codigos vigentes.

« O cod. pen. *allemao* concede tal reparação sob o titulo de multa privada (*Busse*) pelas injurias, pela calumnia (§§ 186—188) e pelas lesões pessoaes (§ 231) e neste ultimo caso mais manifestamente do que nos outros, parece nella haver a transfusão do antigo *dinheiro da dor*. E' diversamente considerada, ora como pena privada, ora como mixto de pena

~~~~~  
(44) Meu *Commentario*, pg. 418—444.

(45) *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, artigo do autor : *la riforma dei codici criminali*, vol. 10, 1889, pg. 52 ; *La Scuola Positiva*, Anno I, 1891, pg. 337, art. do autor : *le scienze criminali al Brasile* *idem*, An. III, 1893, pg. 1050, *Il nuovo progetto di codice penale brasiliano*.



privada e de *satisfação*, ou como simples, mas especial forma de SATISFAÇÃO (Berner, *Lehrbuche etc.* § 134).

« Ao conceito da sanção *satisfactoria* parece ter adherido a Cassação Franceza (9 Abril 1853) admittindo, em caso de adulterio, a validade de uma obrigação destinada á *reparação do ultrage*.

« É implicitamente pode considerar-se acolhida, pela pratica *anglo-americana* no infligir avultadas multas (*ammendes*) para *satisfação* particular, assim como por certas disposições legislativas, as quaes além da pena, sancionam uma *triplice satisfação* de *damnos* (*treble damages*) a favor do offendido, por exemplo, nos arts. 148 e 654 n. 3 do cod. pen. de New-York de 1881. » (46)

Não se comprehende pois a byzantina differença entre *reparação e satisfação* do novo cod. italiano, só explicavel pelo *jogo de empurra* a que alludio o deputado Ferri entre os civilistas e penalistas quando tem de se occupar desta materia, não tratada por estes e mal tratadas por aquelles.

Berner que Luchini chama o Nestor dos criminalistas allemães e cujo *manual*, verdadeiramente classico, ha quasi dez annos contava treze edicções, mostra como em seu paiz as leis especiaes têm alargado o instituto penal da *satisfação*, não havendo no caso necessidade de prova estricta do damno, nem a tal *constituição de parte civil* que nós a *fortiori* queremos imitar por *francezismo* e funcionando o instituto (*Busse*), a requerimento da parte ou por adhesão ao procedimento movido pelo ministerio publico, conforme o traductor Bertola (47).

Todos estes autores são *classicos*, e por isso insuspeitos.

O projecto brasileiro de 1893 foi mais logico, restabelecendo o direito anterior que si é mais completo, está muito longe ainda da reforma radical positiva.

~~~~~  
(46) Zanardelli, *Relazione etc...* Torino 1888, I, pg. 213 e not.

(47) *Trattato di diritto penale*, Milano, 1887, pg. 212 § 134.

O sabio professor de Lyon, chefe da escola classica franceza, demonstra os inconvenientes da separação da *pena* da *indemnisação* que não existia no direito romano primitivo quando as *restituições*, que á esta se assemelham, não são separadas.

Sua obra monumental, *theorica* e *pratica*, não está vulgarisada entre nós e por isto não nos furta-mos a traduzir pagina e meia em defeza do *Projecto*.

« A questão de saber quaes são os melhores meios de obter a *satisfação* á qual tem direito a victima de uma infracção é uma daquellas que tem mais preocupado a escola criminal moderna. Um primeiro meio não é acceito por todas as legislações, é a differença a estabelecer entre uma divida, cuja origem é um *contracto*, no qual as partes poderam prever a inexecução da obrigação e acertar garantias correspondentes, e uma divida proveniente de um *facto* que não tem somente violado as convenções estipuladas entre duas pessoas, mas uma lei de interesse geral. Si pertence ao direito *civil* regulamentar a primeira, é ao direito *criminal* que deveria pertencer o regulamento da segunda. Mas entretanto que, no systema do direito romano primitivo, a pena e a reparação não representavão duas instituições *differentes*, erão as duas faces da *mesma ideia*, o direito moderno tem completamente separado a pena da indemnisação, applicando á uma os principios do direito criminal, a outra os principios do direito privado.

Esta distincção que se tem ido alargando cada vez mais deu nascimento a duas regras bem *contesteis*.

A *primeira* consiste em não fazer distincção alguma, sob o ponto de vista *civil*, entre o *damno intencional* e o *damno não intencional*. Conforme as leis modernas, o *criminoso* que tem causado o *damno* querendo-o, e o homem *honesto*, que o não tem causado sinão por ligeireza, imprudencia, ou desatenção, são obrigados á mesma reparação e devem ser constrangidos pelos mesmos meios. A differença de tratamento a adoptar entre o autor de

um damno simplesmente civil e o autor de um crime ou de um delicto é uma primeira *reforma* que reclama, tanto a *equidade*, como o *interesse social*.

A *segunda* regra consiste em não reconhecer a influencia, sob o ponto de vista *penal*, do facto da *reparação* do damno, antes ou depois da *condenação*.

Ora, nos *delictos* contra a propriedade, quando o culpado tem reparado o damno que tem causado, poder-se-hia quasi dizer que sob o ponto de vista social, não ha damno. E nos *delictos* contra as pessoas, si o damno social subsiste, a despeito da *reparação*, é incontestavelmente attenuado. O restabelecimento para o culpado do estado de cousas anterior ao delicto deveria sempre ser considerado como um elemento legal de *attenuação* da responsabilidade mesma. »

Esta ideia fecunda e mais logicamente adoptada do que no cod. italiano figura no *Projecto*, art. 388. « Na pratica, na execução, a *reparação* se choca quasi sempre de facto com a *insolvabilidade* do delinquente. Muitos processos de cobrança de perdas e danos tem sido propostos e ensaiados. As *tres* instituições seguintes *mereciam* passar do dominio da *sciencia* para o da *legislação* positiva.

« Em primeiro lugar seria natural que o interesse dos particulares, tão bem como o do Estado, devesse ceder o passo ao do *offendido*, quando não fosse sinão porque, o Estado não soube impedir o crime que foi commettido e o particular teve a imprudencia de contractar com uma pessoa na qual não devia confiar. Tambem a pessoa lesada deveria ter, sobre todos os bens do condemnado, um privilegio geral, cuja classe restaria a determinar em relação aos outros creditos privilegiados.

« Igualmente no caso de *insolvabilidade* do criminoso, seria natural fazer servir seu trabalho á *reparação* do damno que elle tem causado. O delinquente deveria pois ser condemnado a prestar *em natureza*, a indemnisação que elle não tem podido prestar *em dinheiro*.

« Emfim, si o trabalho é insufficiente ou si o delinquente não pode trabalhar, uma reparação subsidiaria seria fornecida á victima sobre os fundos provenientes das multas infligidas aos condemnados.

« E' com effeito soberanamente immoral ver o Estado enriquecer-se em consequencia dos delictos mesmos que elle tem por missão prevenir e recolher as multas aos seus cofres empregando-as nas suas proprias necessidades. E' que não seria mais justo obrigar a sociedade *criminosa* a fornecer uma reparação collectiva á sociedade honesta, creando uma caixa publica, formada do producto das multas infligidas aos condemnados e da qual se tiraria para indemnisar as victimas dos delictos cujos autores fossem insolvaveis ? (48)

Foi essa a tarefa modesta do *Projecto*, restabelecendo o cod. de 1830, elogiado como fonte do cod. portuguez, por seu sabio commentador, Silva Ferrão, que lembra tambem o exemplo do cod. *hespanhol*, arts. 120 e 121, do mesmo modo que Garraud aponta o cod. Leopoldo da Toscana de 1846, art. 56.

Sendo impossivel transcrever o commentario consignaremos resumidos trechos com as respectivas citações com os griphos do autor :

« A pena seria *radicalmente* insufficiente *si ella não fosse acompanhada da reparação civil* ; ou antes *a reparação civil deve fazer parte integrante da pena* : sua reunião só é que pode constituir esta *satisfação* plena e inteira, que deve assegurar o repouso da sociedade (Bonneville).

« A sociedade cumpre um dever, derivado do direito de punir, mandando satisfazer o damno, quer o offendido queira, quer não.

« A penalidade não deve separar-se do seu *accessorio* — *surcroit de peine* (Sulpici) — *Poenae est delictorum satisfactio* (Aso). »

E mais adiante :

~~~~~

[48) Garraud, *Obr. cit.* vol. 2, pgs. 17 e segs.



« O cod. da Prussia § 6.<sup>o</sup> declarou expressamente que o direito do offendido á reparação do damno é independente da imposição da pena. »

Mais rasoavel e mais justa nos parece, porem, a disposição do Cod. d'Austria, Part. 1.<sup>a</sup> art. 514 —o tribunal *criminal* é obrigado, *por dever de seu cargo*, pronunciar.... e no art. 522 —o tribunal *dece decidir* de officio... » (49)

E' preferivel o novo cod. portuguez que condemnando o direito passado e a sciencia presente dispõe que — a imputação e graduação da responsabilidade civil connexa com os factos criminosos são regidas pelo codigo civil? — art. 127.

Ao contrario, entre nós a falta de codigo civil aconselha a adopção das normas do *Projecto* neste ponto, como succedeo por motivo identico na Hungria (50).

Os exemplos das reformas do nosso tempo nos são favoraveis. O recente projecto de codigo penal suiso para unificar a lei em toda confederação e de que dá uma esplendida rescensão Ferri, estabelece nos arts. 26 e 29 regras relativas á *satisfação* (51).

Vê-se que ha precedentes sinão do instituto completo, de disposições cuja evolução se transformarão nelle.

Esses precedentes são inferiores aos do nosso direito de 1830 e por isso diante d'elle é que a *Exposição de motivos* nota que nada pode haurir nos codigos estrangeiros.

Não se trata de executar a reforma propugnada de modo radical pela escola positiva, mas o supposto regresso ao systema do codigo anterior seria um passo seguro e adiantado na legislação criminal.

Releva ponderar que em taes condições a *satisfação* do damno tem sido preconisada como um sub-

~~~~~  
(49) Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal etc...* Lisboa 1856--
57, vol. 3, pgs. 202—238.

(50) Martinet & Dareste, *Code pénal hongrois*, art. 292 not. 1.

(51) *La Scuola Positiva*, Ann. III, 1893, pg. 754.

stitutivo incomparavel, por sua efficacia e moralidade, das penas inefficazes e desmoralisadoras de breve duração.

Para alcançar esse desideratum se empenhão não os positivistas, mas os mais genuinos classicos.

Uma observação é indispensavel aqui para dissipar certas prevenções, sinão preconceitos do mundo official e dos espiritos praticos contra as chamadas utopias dos innovadores.

A nova escola não pode em geral actuar-se sem uma revolução nos codigos, nas prisões, na organização dos tribunaes e na pratica criminal toda ; isto reconhecem os seus principaes chefes, Lombroso, Ferri e Garofalo.

Mas muitas ideias da nova escola podem ser realisadas para melhorar parcialmente a legislação criminal e isto se tem demonstrado á evidencia com relação mesmo a ideias classicas mal realisadas.

Sendo impossivel insistir mais sobre este ponto, chamamos a attenção para as fontes dessa reforma cada dia enriquecida por novos trabalhos nos livros, nos congressos especiaes e mesmo na legislação.

E' um dos assumptos tratados nas monographias ou nas obras primas dos chefes da nova escola.

Só a discussão da questão nas sessões da União Internacional de Direito Penal vale a pena consultar pois que apesar de não sympathisar com a nova escola adherio á reforma (52).

~~~~~  
(52) Benthan, *législation civile et penale*, Paris, 1830, 2.<sup>o</sup> vol. ; H. Spencer, *Essais de politique*, Paris, 1879, VIII ; Garofalo, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887, Appendice. Ferri e Fioretti ; *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Penal*, Berlin, 1.<sup>o</sup> vol. pg. 218 ; 3.<sup>o</sup> pgs. 121 e 306 ; Ferri, *Sociologia Criminale*, Torino 1892, pg. 696.



## XII

Inicia-se a censura na parte *especial* pelos crimes *politicos*, mas scindida pelas bellezas da eurythmia do Parecer no capitulo da *forma* e no da *doutrina* (pgs. 31 e 68).

A critica á forma do art. 111 não tem rasão de ser como quasi sempre acontece.

Em falta de termo que o illustre censor nunca lembra para colmar a pobreza da nossa tecnologia juridica, não ha no caso falta de *segurança technica*, porque a figura do crime no caso é formulada sem o *nomen juris*, e por isso mesmo empregar *facto* ou *acto* é indifferente, ainda quando o *vicio* fosse lapso de redacção.

A formula é preferivel á dos codigos revistos que usão das expressões *tentar directamente* que oferecem varios inconvenientes sob o ponto de vista do rigor tecnico. cuja falta se me censura.

A critica sobre o fundo das disposições concernentes aos crimes *politicos* não é menos improcedente.

Allude-se ao rigor da penalidade que se reconhece inspirada no codigo de 1830, mas se desconhece que elle é classico nas leis dos povos cultos quanto se trata de crimes gravissimos contra a forma de governo no interior ou a patria no exterior.

Nenhuma dependencia necessaria tem a *pirataria* com os crimes *politicos* no sentido restricto e aqui equivoco, em que o empregou o illustre censor, confiando assim nas armas que maneja.

A *Exposição de motivos* explicou o sentido em que empregou as expressões — crimes *politicos* — comprehendendo desde aquelles até os factos electoraes, de acordo com o novo direito republicano.

A *pirataria* estava incluída nelles e o *Projecto* não fez mais do que adoptar as disposições dos codigos anteriores.

A diversidade de noções dada á palavra e a sua connexão ou não com os crimes *politicos* nada tem que vêr com o *Projecto* que não podia supprimir as



disposições relativas á *pirataria* sem uma lei especial que a reprimisse.

Seguem-se censuras de forma que são verdadeiras *maravilhas* e deram extensão ao Parecer que não corresponde á importancia do seu objecto, tratado aliás deficientemente.

*Dè minimis non curat praetor.*

Realmente censurar o emprego da palavra *jurado* quando em muitos Estados é facultado que elle *jure* ou *prometta*, só para não desarranjar a architectonica dos codigos do illustre censor, do que elle nos instrue, e ao mesmo tempo usar de duas ou mais palavras em vez da palavra unica, é sustentar o *pro* e o *contra* em materia de technica.

O art. 137 é copia litteral do codigo anterior e da lei vigente (pg. 32).

A *resistencia* foi assumpto de censura que relaciona o respectivo artigo com outros (pgs. 69 — 72).

A redação do *Projecto*, art. 160, é a do codigo anterior, art. 116; o art. 118 continha um conceito theorico, improprio e incabivel aqui.

A *força* comprehende a violencia e a ameaça, empregadas por outros codigos. Nem ha uniformidade nessas expressões, o codigo francez e o de Monaco empregão tambem os termos *vias de facto*.

E' um outro caso em que não *traduzi* e isto desmente a censura geral... *Inde irae.*

Ainda aqui vem como uma descoberta propria o que expliquei sobre a condicção objectiva da publicidade do abuso da imprensa para ser punivel. (*Exposição de motivos* pg. 23).

Si o art. 19 letra — *b* — da parte *geral* a contempla, era inutil a referencia na parte *especial* onde só foi feita quando podia induzir á duvida.

As consequencias illogicas que dahi deduz o illustre censor nada abona o seu systema critico syllogistico.

Entretanto o assumpto se prestava á controversia em tantas outras direcções quanto o ponto minimo da censura contrasta com os estudos novos fei



tos sem alludir ao menos áquella condição de publicidade subentendida sempre (53).

O titulo «da evasão e não cumprimento de pena», remodelado como foi<sup>6</sup> e com as variantes que nelle figurão, não podia absolutamente ser outro (pgs. 32 — 33).

A censura quando lembra a correccão é sempre infelicissima.

As epigraphes semelhantes dos nossos codigos não comprehendião as figuras do — não cumprimento de pena — expressões mais precisas do que as do codigo portuguez — dos que não cumprem as condemnações. —

Isto equivalerá à tirada e fugida de presos?

Sim, pela cartilha velha, não pela nova.

Isto não é *mero resultado* do delicto de evasão.

O não cumprimento da pena é que pode ser resultado de tudo, fallando em geral, mas a evasão comprehende todas as outras figuras que a censura sem senso critico, nem pratico, quér caracterisar pelos meios diversissimos que a evasão presuppõe.

Uma das lacunas sensiveis nos nossos codigos era a de não preverem o facto da associação *para delinquir*, e por isso surprende a malicia ou insciencia da censura e com as rasões de que se serve, isto é, insipiencia de qualquer noção neste ponto da materia (pgs. 72 — 73).

O *Projecto*, conforme a *Exposição de motivos*, seguiu neste ponto os codigos portuguez e italiano, diminuindo a respectiva penalidade, mas a importação da ideia é de direito europeu geral.

Quanto á legislação comparada, a especie figura desde o codigo francez, art. 265 até os que nos serviram de fontes proximas, inclusive o belga, art. 322 e hollandez, art. 140.

Quanto á doutrina, ella é acceita implicita e contradictoriamente pelo illustre censor, porque

~~~~~

(53) Florian, *La teoria psicologica della diffamazione*, Torino, 1893.

tendo acceitado a *receptação* sob a forma do *asylo* (pgs. 26 e 27) e a *aggravação* da *pluralidade* de delinquentes (pg. 73) não vio que a genese de todos os institutos é identica e a figura criticada é complemento indispensavel e si se pune o *asylo* que é o *menos*, deve ser punida a *associação* que é o *mais*.

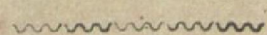
A duvida neste ponto não é hoje mais permitida depois da tão adiantada encyclopedia de Scipio Sighele sobre a *pluralidade* de delinquentes, desde o *par criminoso* até á *multidão criminosa*, passando pelas associações para delinquir, inclusive os terribes organismos da *maífia* e *camorra* italianas, a *Mão negra hespanhola*, os *bandos parisienses* (*soute-neurs et rodeurs*) etc... (54).

O nucleo da disposição estava na *aggravante* do *ajuste* que era uma das originalidades do *codigo* de 1830, tão mal intrepreatada na nossa *jurisprudencia* por falta de *senso juridico* mais desenvolvido.

Scipio Sighele accusava ha pouco a falta de lei e de *theoria* sobre a especie *psychologica*, quando desde 1884 encareciamos nós o merito do *codigo* anterior brasileiro neste ponto. Tentamos essa justa reivindicação, apesar de lhe attribuirmos toda gloria da *construcção* quasi completa da *theoria* respectiva.

Mas as velleidades de criticas phantasistas e superficiaes devem nos reduzir a um bando de *carneiros de Panurgio* para só adoptar dos outros as velharias proprias dos museus de archeologia juridica.

O que o illustre censor não apprehendeu é que para evitar duvidas na pratica é que a *epigraphe* dos artigos sobre o fecundo instituto si deve affastar do *codigo francez* para generalisal-a mais, como fizeram os *codigos belga, hollandez e italiano*: *associação para delinquir*.



(54) Scipio Sighele, *La foule criminelle*, Paris 1892; *La coppia criminale*, Torino. 1893; *La teorica positiva della complicità* (code-linguencia) Torino 1894.

Não vale a pena contestar os contraproducentes argumentos do illustre critico neste ponto, porque constituem um circulo vicioso, isto é, negão os extremos das especies respectivas, o que equivale a não se fazer fogo por 99 rasões, sendo a primeira a de não ter polvora.

XIII

Segue uma tirada de artigos transcriptos, como de costume, em que as censuras cerebrinas consistem apenas em *griphos* e si na critica argumentada ha tanto atrazo e descabidas e muita vez só não se torna inintelligivel é porque conheço o assumpto e redigi o projecto, o que dizer de taes transcripções? pgs 33 — 36, e 73 — 74).

Entre esses especimens figura como erro de traducção do italiano no codigo vigente e reproduzido no *Projecto* a posposição de *uma palavra* (pg. 35) que só pode fazer duvidar a quem absolutamente não tiver senso commum para suppôr que uma *grève* ou parede pode ter por origem a imposição, aos operarios de *augmento* de salario, e, aos patrões de *diminuição*!!

A linguagem dos arts. 209, 218 e 234 é a dos nossos codigos elogiados *sempre* quando o *Projecto* não os segue.

E' technica juridica ou economica fallar em commercio dos effeitos — produções dos proprios bens?

A censura não comprehendeu o sentido evidente do art. 233 do *Projecto*, attribuindo a este o absurdo da propria intelligencia, citando Carrara e Blanche sobre caso differente.

Trata-se de elemento ou circumstancia de especie em que o funcionario é *paciente* e não *agente*, é uma disposição tutellar e não nociva (55).

A censura gasta muita tinta com o titulo dos

~~~~~

(55) Majno, *Commento al codice penale* etc... Verona, 1893 — 1894, art. 208.



crimes contra a *incolumidade* publica (pgs. 37 e 75—77).

Bastaria a *Exposição de motivos* (pgs. 12 — 13) para respondê-la.

Antes de tudo, porém, si a epigraphe do titulo é o rotulo do *genero*, como havia o *Projecto* de marcar as *especies* com o mesmo rotulo, sem precisão, nem propriedade de termos e sacrificando monotonamente a tão decantada eurythmia do futuro codigo?

E' deploravel a critica neste ponto.

O *Projecto* como falsamente se diz aqui não traduzio codigo algum: as fontes do fundo das disposições estão indicadas na *Exposição de motivos*.

Seguindo a lei de 1886, quanto á penalidade, mais ou menos, mas não a casuistica á franceza, rejeitou *in limine* a phraseologia polyforme da mesma lei.

Mas é simplesmente irrisorio que chame a cada passo insolitamente *traduttori traditori* quem diz que em italiano *applicare il fuoco* não significa *por fogo*!

Si se trata de alambicar termos, a que vem traduzir a phrase por *produzir incendio* (pg. 76)?

O illustre censor cita o vulgarizado Diccionario de Ferrari & Caccia para provar o contrario do que estes dizem no trecho incompletamente transcripto (pg. 76 nota 68), já em um sentido mais complexo e não simples como o daquela phrase.

O illustre censor nunca acha difficuldades...

Vejamos o trecho citado pelo illustre censor: « fare incendio: (e não reticencia, o que é differente) in casa si era *applicato il fuoco*, *le feu* avait pris chez nous. »

A estas phrases antecedem no Diccionario as seguintes: « *applicarsi il fuoco*, comunicarsi dal camino alla casa, fare incendio etc... »

Eu traduzo tudo assim, litteralmente: « *pegar fogo*, communicar-se do caminho á casa, haver incendio: em casa tinha pegado fogo, o fogo tinha pegado em nossa casa. »

Psychologicamente aqui o fogo é o agente e não



o meio manejado pelo crime, o que confundio o illustre censor traduzindo errado o italiano com sacrificio da grammatica geral (56).

Quando a gente falla muitas linguas, embaraca-se a ponto de traduzir *fare incendio*, por « produzir (alguem) incendio. »

« *Appicare il fuoco*, dar fuoco, *mettre le feu* » — é só o que dizem, com applicação, Ferrari & Caccia, isto é, pôr fogo, applicar fogo, tocar ou pôr fogo.

Não faremos a injuria ao senado italiano e á commissão de revisão do codigo unico de não saber a propria lingua, preferindo o *appicare il fuoco*, ao *appicare l'incendio*, ao *chiunque incendia etc*.

O illustre censor cita a nossa lei de 1886, mas occulta que nos arts. 4 a 6 emprega ella as expressões *fogo posto* e *pôr fogo* repetidas vezes, começando o art. 5.º por estas ultimas expressões!

E não cita elle o codigo portuguez em subtitulo ou secção, justamente como fez o *Projecto* em *capitulo*?

E é a linguagem juridica portugueza de lei das suas instituições (57).

Aliás as expressões resolvem questões momentosas sobre os crimes de que se trata, o que não vio o illustre censor (58).

A observação sobre a punibilidade de actos possessorios só pode ter lugar no *capitulo* « de damno e usurpação » comprehendido no titulo relativo « aos crimes contra a propriedade. »

Demais, releva acrescentar que só o *misoneismo*

~~~~~  
(56) Revendo as provas, vejo no estudo magistral de Said Ali a brilhante solução dos verbos sem sujeito — a que estão subordinadas as theses dos verbos impessoaes, da forma existencial do verbo *haver* e do emprego do *se* nos verbos reflexivos. Esse estudo esglendido responde á critica dos pontos principaes do *Projecto* quanto á grammatica.

O illustre censor verá quem neste ponto está com as leis da linguistica. *Revista Brasileira*, tom. 1, 1895, pg. 39.

(57) Pereira e Souza, *Classes de crimes etc...* Lisboa, 1816, pg. 363.

(58) Majno, Ob. cit. art. 300.

tolera impunemente certos actos que inclúem o facto de fazer o cidadão justiça pelas suas próprias mãos, o que em um paiz policiado constitúe até crime especial

O art. 247 consagra uma attenuante para estimular o arrependimento e que não pode ser uma dirimente, attenta a gravidade dos crimes de que se trata.

A censura á redacção do art. 249 § 2.º, porque não copiou o código italiano não tem sentido, desde que a emissão *scientemente* da moeda falsa, mas recebida como verdadeira, revela o dolo do agente.

A detenção dolosa de sellos e objectos semelhantes é que se pune no art. 258, I.

A *Exposição de motivos* (pgs. 13 — 15) previnio todas as duvidas agora levantadas a proposito de redacção de artigos dos crimes em geral contra a fé publica, muito defeituosamente conceituados nos nossos codigos.

O *Projecto* apontou como fonte o código italiano mas foi mal, ora porque copiou, ora porque não copiou.

O illustre censor tão amante da *technica* não vio que ao contrario da lingua italiana não temos termos para exprimir a escriptura publica e o escripto particular e lembra o código anterior que emprega até a expressão *papel*.

No art. 260, II, eu devia traduzir o código italiano que emprega termos rigorosamente technicos sem correspondentes em portuguez.

O que o illustre censor acha curioso nesta disposição é uma redundancia que não aponta, isto é, a penalidade, e uma aggravante no caso em que figura.

O illustre censor deve publicar um dictionario de termos technicos, uma vez que tanto nota o uso de expressões (que aliás não corrige!) indifferentes no caso!

Porque não *pronunciar* sentença ou condemnação?

Porque não *dispronuncia*?

A supposta confusão de termo com epoca no art. 280, II nota-se tambem na fonte do *Projecto* que falla de tempo referindo-se a prazos fixados antes. Os limites dentro dos quaes se comprehendem taes termos ou prazos pelos actos figurados ficão constituindo uma epoca ou espaço de tempo para os effeitos que se lhe attribuem. Haverá critica mais banal?

Para notar o emprego *improprio* de veredictum, julgamento e sentença, do jurado, juiz ou tribunal se eleva o primeiro á autoridade judiciaria e cujo voto só se actua pela decisão que o homologa dependente de recursos, revisão, graça e o que mais sei?

Daqui (pg. 39) passa a censura adiante (páginas 77 — 81).

Fecha os olhos á *Exposição de motivos* (pgs. 13 — 15) para não ver prevenidas verdadeiras objecções de algibeira que só illudem aos que não a lêrem.

O illustre censor levanta moinhos de vento para ter a satisfação de derrubal-os.

A tirada sobre a face religiosa do *perjurio* não vem ao caso.

O illustre censor, apesar da grande connexão desta materia com a do *processo*, sua cadeira, tem ideias sobre que vacilla: ora repelle o *perjurio* do modo porque está redigido o *Projecto*, ora acha melhor eliminall-o (pg. 79, 2.º paragrapho).

O *Projecto* não diz, sómente, *jurar*, como para justificar a censura, se transcreve *griphando-o*, mas omittindo elementos alternativos do conceito.

O *Projecto* diz:

« Art. 274. Jurar falso, ou *fazer afirmação de falsidade em juizo*, como parte, em causa civil: Pena etc... »

Antes de tudo, em Pernambuco se *jura*, assim como em outros Estados.

Em segundo lugar, eliminar aquelle artigo seria abrir uma lacuna para tornar impune um crime grave.

Em terceiro, labora o illustre censor em equivo-co, apesar da *Exposição de motivos* (pg. 15, 2.ª col, pr.), pretendendo fazer uma figura distincta do de-

poimento falso da propria parte que outra cousa não é mais do que o mesmissimo *perjurio*, em causa civil, bem entendido.

Nada justifica a suppressão do artigo.

XIV

O illustre censor tem tanta rasão na critica do art. 284 quanto ao fundo, como quanto á forma, isto é, nenhuma.

Havia o *Projecto* usar até de palavras obscenas sem necessidade copiando, por exemplo, o codigo allemão!

E' um dos pontos onde a sua *technica* (delle) falha inteiramente.

Si o art. começa — *violar* uma mulher — é visto que technicamente inclúe a ideia do estupro violento, como acontece, por exemplo, no codigo portuguez art. 393, cuja epigraphie correspondente á figura é simplesmente a palavra — violação. —

As expressões — relação carnal —, sem pleonasmo, não podião ser substituidas por outras apropriadas e de sentido mais extenso.

O *Projecto* adoptou uma formula muito sua e correcta. *Inde irae*?

Mas si já se apontou o codigo portuguez para justificar as primeiras expressões e dar o seu sentido; as segundas estão no codigo hollandez que nos arts. 242 a 245 emprega as expressões: ter uma illegitima, ou pôr-se em — illegitima, relação carnal etc... (59).

A rubrica do cap. I do tit. VII está perfeitamente justificada na *Exposição de motivos*.

No art. 297 o lapso não é do *Projecto*, mas da critica que foi leviana ou inepta.

Imputa-se-me a imperdoavel falta de não fazer bem a referencia material a disposições que podem

~~~~~



dar lugar a injustiças na pratica, porque não ponde-rei que a falta de referencia do codigo italiano é porque um certo artigo está em titulo diverso ! paginas 81 — 82).

O motivo principiaria por condemnar o legislador italiano.

Depois não é exacto que no codigo italiano o tal artigo esteja em titulo diverso.

A chave do enygma que tão difficil pareceu ao illustre censor é outra.

Nem o *Projecto*, art. 297, nem o codigo italiano art. 351, se poderia referir na aggravação aos artigos 287 e 335 porque a morte ou a lesão supõem a violencia e neste caso os factos não caberiam nestes ultimos artigos e sim em outros comprehendidos naquelles.

Si a corrupção com actos de libidinagem, e offensas ao pudor equiparaveis (art. 287) dão lugar a lesões ou á morte, já se não trataria de taes figuras, mas de estupro e attentados ao pudor (arts. 284 e 285).

A que vem Casper e Tardieu que se referem a *attentados* aos costumes?

Neste capitulo a censura tem descahidas curiosas.

Porque não dizer ascendente affim? (pg. 39); ella não o diz e as expressões são rigorosamente juridicas (60).

Sobre o ultimo capitulo do tit. VII é o caso de dizer: chama, antes que te chamem, isto é, infelizes as expressões *polygamia* e *bigamia* usadas pelos codigos que a censura, enumera destruindo-se a si mesma.

Eu deixo ao simples bom senso de qualquer leguleio decidir: si é preferivel usar de expressões genericas tiradas de epigraphes geraes até de titulos de codigos que seguem systema diverso de

~~~~~


classificação, isto é, o *analytico*, como é o allemão; quando o *Projecto* segue o *eccletico*;

Ou designar a *bigamia* por esta propria expressão, o *casamento contra a lei* tambem por estas outras expressões, que caracterisão outras figuras e assim por diante nas respectivas secções comprehendidas no capitulo «dos crimes contra a segurança do estado civil ou domestico.»

A logica do illustre censor foi aqui posta á prova, porque sustenta que si *bigamia* é crime, a *polygamia* não é, si esta é, aquella não.

Como é tudo isto incrivel transcrevo:

«Nem *polygamia*, porque significando este vocabulo o casamento de um com muitos conjuges vivos todos,... poder-se-hia suppôr licita a *bigamia*, mas tambem nem *bigamia*, porque sendo esta o segundo casamento vivo o primeiro conjuge (isto é que é portuguez de lei),... com absurdo maior ficaria impune a *polygamia*.» Omitto na citação uns parenthesis inuteis.

O *Projecto* suppunha que sendo punivel a *bigamia* que é o menos, estaria punida a *polygamia* que é o mais e por isso mudou esta palavra dos nossos codigos por aquella outra.

O *polygamo* pode ser um *reincidente*, e será a pena ainda mais aggravada.

E o illustre censor, famoso lente de processo e de hermeneutica, esquece a regra de que a lei não pode ser interpretada de modo que dê lugar a absurdo.

Depois, citando o codigo chileno, cujo conceito da *bigamia* consagra quasi que pelos mesmos termos o do *Projecto*, art. 301, finalisa por estas palavras, cujos griphos parece que se referem ao *Projecto*, mas não, se referem ao codigo francez e ao allemão e é um *primor* de interpretação juridica (pg. 83):

«E dissemos melhor do que todos (o chileno, igual ao *Projecto*, nas palavras aproveitadas), porque a expressão (no singular?) — *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* » ?

Haverá critica mais sensata e profunda ?

No art. 305 era mister usar daquelle « fóra dos casos do artigo antecedente » para discriminar bem as figuras fáceis de confundir com a do artigo citado.

XV

A critica a alguns pontos do titulo « dos crimes contra a pessoa » é a mais chata, incongruente e superficial que se pode fazer a um tal assumpto (paginas 39 — 43 e 83 — 92).

O conceito do homicidio que dá o *Projecto* foi censurado por ser de *redacção infeliz*, mas *comme toujours* sem uma rasão siquér.

Entretanto o illustre censor prefere o do codigo anterior e vigente — *matar alguém* — que nada exprime *tecnicamente*, apezar de seu amor á technica e propõe como emenda accrescentar « o voluntaria e intencionalmente » repetindo o art. 13. por elle mesmo já tão criticado contradictoriamente (vide pgs. 51 e 57).

A emenda é desastrada ; porque não encartal-a em todas as figuras de crime e só no homicidio ?

Porque não simplificar ainda mais aqui o conceito para dizer só — homicidio doloso ? Más isto é modo de legislar : ?

Si, como fez o codigo italiano, se supprime, quanto possivel, o *nomen juris* e por outro lado se deve definir o crime, como aceitar aquellas emendas ?

Não vio o illustre censor que a definição do codigo da Baviera, art. 142 é a que seguiu o italiano e o *Projecto*, menos o intencionalmente, substituido pela locução que traduz o escopo da acção ou omisão ?

Occorre observar que o elemento da intenção no conceito pela inclusão do voluntario ou intencional, de um, ou outro, ou de ambos, não destacaria

bem a figura daquelle do homicidio *preterintencional*, originando outras duvidas suscitadas na elaboração da fonte do *Projecto* ?

Nada importa não darem o mesmo conceito outros codigos.

O *belga* art. 392, qualifica de «voluntarios o homicidio e as lesões causadas com o *designio de attentar* contra a pessoa etc...

O *hungaro* e não *austro-hungaro* (a Austria tem um codigo e a Hungria outro, o *tal é só hungaro*, insciencia imperdoavel nos de saber encyclopedico) art. 278, citado *ex adverso* diz: «aquelle que mata um homem *de designio* premeditado etc...

Por amor do methodo lá está muito adiante (pgs. 83 - 84) outra censura a este mesmo capitulo.

O *Projecto* havia de *qualificar* o homicidio do pai natural, sem que a filiação tivesse sido legalmente reconhecida ou declarada.

O art. 309 n. 6 não fez mais do que harmonisar a lei penal com a civil ; o mais é uma aspiração que quando realisada no direito civil poderá determinar a alteração. no penal.

A censura é ainda mais incabida, quanto á especie do art. 331, porque o abandono de menor nas condições figuradas, é uma especie que até pode dar lugar a *chantages*, pelo menos a escandalos.

Tambem não tem a minima procedencia a critica do paragrapho unico do art. 312 (pgs. 84 — 85) aliás justificado em geral e *quantum satis* na *Exposição de motivos*.

A presumpção funda-se em que na maior parte dos casos o emprego é de armas de fogo, facas e punhaes afiados, armas especialmente homicidas, e não quaesquer outras que não revelão com tanta segurança — o *designio* de matar.

Não vem absolutamente ao caso o exemplo dos *explosivos*, meios felizmente raros de matar e cujo emprego não pode lançar duvida sobre a intenção do agente, como daquelles têm surgido. Aqui se pode applicar o « *res ipsa in se dolum habet*, »

Garofalo que o Projecto seguiu naquelle ponto ustifica-o plenamente (61).

A censura sobre o infanticidio restringe a attenuante somente á mãe infanticida em relação ao filho illegitimo de facto (pgs. 86 — 87).

Pode ser illegitimo de *facto* e não de *direito*, por exemplo, o da mulher que concebe na ausencia do marido, até que este faça pelos meios legaes ceder á verdade a presumpção *filius est, quem justae nuptiae demonstrant*.

Na mesmíssima Revista de sua Faculdade que publica o celebre Parecer verá o illustre censor a differença de conceitos do infanticidio entre o momento do nascimento da victima e a morte.

Ahi mesmo verá tambem citado Balestrini que opina dever aproveitar tambem aos parentes mais proximos (a attenuação), porquanto da nodoa daquella (da mãe) partilhão estes. (62).

Não ha duvida que os codigos varião, inclusive o da Hungria (só da Hungria, não da Confederação Austro-Hungara).

Trata-se de uma questão aberta no direito e na medicina legal.

A censyra se restringe aos pontos indicados, acceitando tudo mais.

A critica ao art. 316 (pgs. 40 — 41 e pgs. 87 — 88) não tem vislumbre de rasão, nem quanto á forma nem quanto ao fundo das disposições respectivas.

Quanto á forma, de que se trata depois, pretende-se que » ainda aqui reincide o *Projecto* no vicio das enumerações taxativas. »

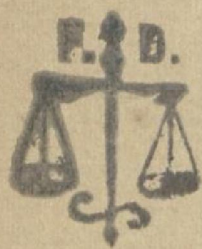
O illustre censor talvez não dissesse isto, si escrevesse mais tarde, ou estudasse mais attentamente o *Projecto*, que, si pecca é pelo *vicio* contrario, tambem censurado por não repetir palavras e phrases inuteis.

Foi a *delenda Carthago* do redactor do *Projecto* então e ainda depois no *Jornal do Commercio*.

~~~~~  
(61) Garofalo, *Appunti cit.* pg. 160.

(62) *Revista da Faculdade de S. Paulo*, pg. 151.





Aqui as enumerações taxativas em que aliás foi muito parco o *Projecto* são indispensaveis, attenta a diversidade de locuções empregadas pelos varios codigos estrangeiros, podendo os subsidios da legislação comparada lançar duvidas inextricaveis na interpretação da lei nos casos occurrentes.

Depois o illustre censor transcreve mutilando (é o termo) o art. 316 e paragraphos, sem ao menos empregar signaes das ommissões, que faz, até das formulas, cuja descripção as justifica, e, por pura... phantasia diz que se equiparam para a medida da pena, lesões pessoaes desmedidamente diversas.

Ora o art. 316 consagra tres especies de lesões.

O *Projecto* conforme o demonstra a *Exposição de motivos* está de accordo com os mais recentes codigos de primeira ordem, calcados sobre as generalisações mais acceitas da medicina legal.

Como o illustre censor combate tudo isso?

Estranhando que não se puna com a mesma pena quem corta uma orelha e quem corta um pé ou mão, como si com aquella se trabalhasse, como se trabalha com estes...

Pois parece-me que não obstante isto a pena será identica, porque a perda é «do uso de um orgão» ou «uma deformação permanente do rosto.»

Responde a tudo aquillo perguntando si a perda dos dedos indicador e polegar não equivale á da mão para o escriptor e ahi vem a necessidade da casuistica tão censurada...

A continuação da critica que ficou atraz, por belleza da architectonica do Parecer, isto é, quanto ao fundo das disposições do art. 316 revela curteza de vistas deploravel (pgs. 40 — 41).

O illustre censor principia perguntando «qual será a lesão pessoal que offenda a saude sem offender o corpo? Uma offensa mesmo rigorosamente physica pode offender a saude sem offender o corpo.

O illustre censor parece preferir a phraseologia sem qualificação do codigo vigente...

«Qual será a perturbação mental que não seja offensa na saúde?» é outra objecção.



Pondo de parte mesmo que possa haver uma perturbação mental, sem offensa apreciavel na saude, bastaria que a inversa não fosse verdadeira para consignar aqui as normas geraes.

« Aos medicos com assento no Congresso Nacional cabe melhor responder a este ponto. »

Tem razão o illustre censor, porque o que se segue dahi em diante convence que se considerava o código actual a ultima palavra na materia e que a medicina legal do celebre Parecer é a do tempo de Ferreira Borges para lá.

O illustre censor pretende á *fortiori* reduzir o conceito da *lesão pessoal* á *offensa physica*.

Si a *lesão* diante da Lei pode ser a offensa do que ha de mais abstracto e immaterial, como é o direito, como reduzir o significado só ao que fôr material?

Si *pessoal* não é *corporal*, como reduzir a ideia de *pessoa* á de *corpo*?

E o que parece interessante é que para demonstrar com indizivel confusão essas theorias (?) *sui generis* que se expõe, parece que a epigraphe do *Projecto*, que não falla em *corpo* comprehende este, mas *sem cabeça*.

Sem cabeça, porém, me parece todo o Parecer.

O que entretanto causa pasmo é a duvida contida nesta pergunta :

« O fazer com que *alguem se assuste* será *facto punivel* aqui comprehendido? »

Os *especialistas* comprehenderam melhor o *Projecto*, elogiando-o nesta parte, como o fez o illustre professor de medicina legal da Faculdade Livre da Bahia em interessante opusculo (63).

A *Exposição de motivos* (pg. 20) cita Martinet e Dareste sobre as disposições parallelas do código hungaro que empregando as expressões — *lesões corporaes* — e não *pessoaes*, comprehende os factos, objecto de duvida da censura.

~~~~~

(63) Dr. Costa Doria, *Medicina legal de traumatismos moraes e o código penal*, Bahia, 1894, pg. 12.

Em ligeira e amistosa polemica, este ponto que nunca se pôz em duvida, foi desenvolvido e explicado a proposito da noticia do *Jornal do Commercio* sobre o citado opusculo.

Sem fallar dos medicos legistas que cito na *Exposição de motivos*, fazendo o Dr. Costa Doria estensa casuistica medico-legal da especie, os criminalistas classicos delle se occupão, Carrara (tão conhecido), Berner e Garraud (64).

Os codigos comprehendem sob o titulo de lesões corporaes ou pessoaes — os traumatismos *moraes* ou *psychicos*. —

« Damno á saude e morte por traumatismos psychicos » é o titulo da monographia do Dr. Schauenstein na grande e moderna obra allemã de Maschka: é o *coup de grace* na questão.

XVI

O illustre censor quando sente que a critica é difficil vai negando os principios, os casos da jurisprudencia e até o sentido dos vocabulos.

Estranha quanto ao art. 317 que haja arma *propriamente dita* e si é logico, porque diz que bengala é arma (pg. 42), é illogico porque antes (pg. 41) falla em martello, foice, parallelipipedo de cantaria etc... que não são armas propriamente ditas.

Nega que haja arma não *insidiosa*, salvo a clava de Hercules ou uma peça de artilharia — (muita vez uma penna...), esqueceu-se porém aqui dos *explosivos*, que conforme o codigo italiano, art. 470 é arma insidiosa.

Mas onde a censura merece um *brevet d'invention* é quando pretende demonstrar que uma *bengalada* poderia ser punida com pena mais grave do que uma *martellada*, o que lhe parece um absurdo.

~~~~~  
(64) *Jornal do Commercio* 1894, n. 253 de 13 Setembro, *impressa*; n. 271 de 30 Setembro; n. 291 de 20 de Outubro; e n. 311 de 9 Novembro, cartas na gazetilha.



Isto aliás pode succeder sem absurdo porque se pode ferir ligeiramente com um *martello* e matar até com uma *bengala*.

Isto nada prova; mas a hypothese vaga que é figurada para suppôr uma viciosa redacção do art. 317 que não poudeser demonstrada, é inverosimil, mas é real (textual):

« Mas enfim 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* (será tecnico?) ao que fôr feito com um *martello* etc... » (pg. 42).

O art. 322 é censurado por casuistico, que não podia deixar de ser, comprehendendo factos de co-delinquencia *igual e desigual* e enfeixando especies differentes de crimes contra a pessoa.

O illustre censor, depois de extensa tirada, não resolve sobre as difficuldades do problema, sinão com a evasiva de fazer da *rixa* um delicto *sui generis*, ficando os factos nella commettidos impunes.

Esta solução deixa a questão insoluta e já está prevista nos dous ultimos alineas do art. 322,—a duvida é sobre o artigo e §§ 1.º e 2.º—além de ser contradictoria com a ideia da repulsa da associação de malfetores (pgs. 72 e 73).

A questão aqui da *multidão delinquente* a não ser para fazer erudicção inopportuna nada tem que vêr.

O illustre censor opina que se deve manter o código vigente que pune o aborto provocado pela propria feticida e faz para isso esforço herculeo (pgs. 89 — 91).

A demonstração não é nada convincente diante da *Exposição de motivos* e das autoridades citadas e de outras.

Aqui o direito civil nenhuma base offerece á sancção penal e a vida social, cujos direitos são tutelados pela pena não é a vida *intraterina* durante a qual não ha ainda pessoa, nem vida, nem direitos.

O feticidio não é mesmo outra cousa mais do que o mallogro de esperanza de vida.



Foi a doutrina que vigorou no direito romano e canonico e prevaleceu no código anterior, sendo agora defendida por criminalistas de escolas as mais differentes.

A que vem a citação de outros códigos, cujas fontes são as do código francez que copiou o romano, como diz Lombroso?

E a redacção simples do art. 326 (pg. 42) é censurada, porque não se copiou algum dos outros códigos transcriptos.

A censura que se segue é porque traduzi mal a fonte do art. 338, n. II (pg. 43) ou me affastei della dando lugar a duvida.

Não segui litteralmente a fonte, nem affastando-me della dei lugar á duvida.

O *for sujeito* não pode corresponder a *possa ser* e pois o equívoco é imaginario, é o mesmo artigo do código italiano em phrase mais simples e concisa.

A *Exposição de motivos* justifica plenamente as novas figuras do abandono de menores, máos tratos etc... nas especies dos arts. 333 e 335 (pg. 91 — 92). A legislação comparada favorece a innovação.

Não se trata de obscurantismo religioso que nada tem que vêr aliás com uma disposição diversa do código hespanhol, mas era preciso citar a *Universalisação do Direito* do illustre censor que cita aquelle código, a proposito não sei mesmo de que.

Faz lembrar o homem da espingarda. Ouviram um tiro? — Não. — Por fallar em tiro... e ahi vinha a descripção obrigada das proezas venatorias do dono da *cuja*.

E para terminar o capitulo dos vicios grammaticaes (pg. 44), o art. 417, com as expressões *nudéz* (*nudez, nueza*) *impudente* quiz fazer entender que não seria só contravenção o facto de alguém se mostrar em publico nú *em pello*.

E no paiz civilisado essa nudez para ser punida não precisa ser completa; os vocabulos são modificados em seu sentido pela influencia dos costumes.

Em uma palavra, erão as expressões de excel-



ente fonte : « chiunque, in pubblico, mostra *nudité incereconde* etc... código italiano art. 490.

Para o illustre censor, neste *fin de siècle*, nos paizes mesmo cultos, é mister estar nú *em pello* para haver nudez punivel.

Para justificar o emprego do vocabulo basta-nos a autoridade de Littré.

« NUDITÉ. s. f. 1.º Estado de uma pessoa nua... 2.º Partes que a decencia ou o pudor manda occultar... (65).

Para o Parecer não seria *nudez impudente* mostrar-se em publico um homem em camisa, ou uma mulher cuja toilette fosse só umas calças.

O illustre censor com um *aplomb* admiravel censura (pgs. 92 — 94) como uma supposta confusão do furto, roubo e *estellionato* a correccão que o *Projecto* fez nessa parte aos codigos anterior e vigente !

Para abreviar, é tão archaica a doutrina do Parecer sobre aquellas figuras, que basta responder com a *Exposição de motivos* (pg. 24) « sobre os crimes contra a propriedade. »

« Sob esta inscripção collocamos todas aquellas classes de crimes, cujo titulo predominante é a lesão do direito de propriedade.

« E' inaceitavel neste titulo a classificação do código de 1830, que o de 1890 não renovou.

Em capitulo especial comprehendemos os factos de appropriação indevida que alguns codigos teem denominado de abusos de confiança e outros genericamente de fraudes, porque o capitulo dos furtos não os comportava.

« Mantivemos a noção do furto dada pelo código de 1830 que é preferivel á do actual.

« Alargamos a esphera do furto, de accordo, podemos dizel-o, com todos os codigos velhos e novos, fazendo entrar nella a do furto *aggravado* e *qualificado* por varias circumstancias, entre ellas a violencia contra as cousas que caracterisava o roubo

~~~~~

(65) Littré, *Dictionnaire de la Langue Française*, Paris, 1881, *nudité* 3.º vol.

por uma de suas faces, segundo os nossos codigos.

» Ficarão o roubo caracterizado pela violencia contra as pessoas.

« Aquella velha noção do roubo foi abandonada pelo novo codigo portuguez de 1886, oriundo, como os nossos das mesmas fontes do direito commum: mas o codigo portuguez pecca porque não distinguio do roubo a extorsão e o sequestro e inclue na mesma classe o latrocinio, cujo titulo predominante é o homicidio, que pode, aliás, servir de meio ou de occasião a outros crimes que não somente o roubo e é uma das formas de criminalidade punida sempre e de modo uniforme com a pena mais severa edictada nos codigos.

« Aliás, para não alongar a demonstração, basta citar os trabalhos do ministro italiano Zanardelli e das commissões das camaras sobre o novo codigo da Italia e as actas da commissão revisora do respectivo projecto (66).

« O systema é apreciado resumidamente por Lacointa em notas ao mesmo codigo (67).

« Aliás para só citar os modernos de primeira ordem, o mesmo systema é seguido pelo allemão, pelo de Zurich, hollandez e hungaro, sem fallar do belga, anterior a estes e do francez, velho modelo de todos.» (68).

Parece que é censurada como contraria ao systema que seguiu a collocação do art. 371 no capitulo do roubo e não do furto. Era, porém, indifferente e ficou elle ali justificado pela presença do paragrapho unico do art. 365.

~~~~~  
(66) Zanardelli, *Relazione* cit. pg. 367, Villa, *Relazione* cit. pagina 249; Costi, *Relazione*, cit. pg. 278.

(67) *Code pénal d'Italie*, Paris, 1890, pg. 182 e notas.

(68) Morelli & Feroci, *Cod. Pen. dell'impero Germanico*, Torino, 1890 pg. 71; Brusa e Carrara, *Il codice zurighese*, Venezia, 1873, pg. 138 e LX; Brusa, *Cod. pen. Olandese*, Firenze 1882, pg. 58; Wintgens, *Cod. Pen. des Pays-Bas*, Paris 1883, pg. 81; Brandner, *Cod. pén. Belge*, Bruxelles, 1875, pg. 107; Vatel, *Cod. Pen. du Royaume de Bavière*, Paris 1852, pg. 145.



Estranha-se ainda a adopção da *deconfiture* não obstante a *Exposição de motivos* (pg. 24) dizer :

« Quanto á fallencia civil, *decoctio*, *deconfiture*, preferimos a noção do código portuguez que o nosso de 1890 alterou, ampliando-a de modo a poder dar lugar a vexames e injustiças na pratica, não se tratando de commerciante, desde que se admittisse como uma das formas do crime — o simular dividas em fraude de seus credores legitimos.

« A pena é a mesma da quebra culposa.

Em innumerados paizes as leis modernas punem, algumas severamente esse facto. »

Acha-se defeituosissima (pg. 44), sem dizer porque, a definição do estellionato, que não sei porque chymica se suppõe (pg. 92) confundido com o furto e o roubo —, quando o *Projecto* esmerou-se até por extremar figuras mais parecidas entre si, como o roubo, a extorsão e o sequestro !

Seria um pouco escabroso para o illustre censor apesar de sua fama criticar o conceito do estellionato e ainda mais substituil-o depois destas palavras da *Exposição de motivos* que deixou entrever o espantallo das difficuldades (pg. 24):

« O estellionato está definido por uma formula geral, tomada de emprestimo conjunctamente aos códigos allemão, hollandez e italiano.

Nem o código de 1830, nem a lei da reforma, nem o código penal resolveram a difficuldade e as exemplificações materiaes só mostram a ausencia de formula geral adequada, hoje preferida por aquelles códigos e outros. »

## XVII

Sobre as *contravenções* acha o illustre censor rigoroso o art. 390 por se punir com simples multa a recusa de informações e não acha a de serviços do mesmo artigo, a exemplo do código anterior, art. 188.

Faria simplesmente rir esta observação :

« o art. 396 § 1.º, violento attentado contra a li-



berdade da imprensa e de indústria, pois a tanto equivale obrigar, sob pena de multa até 50,000, aos vendedores de jornaes, nas ruas e lugares publicos, a fazerem pregão das opiniões e nomes dos auctores ou redactores ; »

Mas o illustre censor omitta, mutilando o artigo, o elemento da contravenção e converte a dirimente em elemento desta !

Que escrupulo na critica !

Eis a disposição criticada :

« Art. 396. Vender ou distribuir papeis, impressos, manuscriptos, gravados, lithographados ou desenhados, em lugares publicos ou accessiveis ao publico por meio de annuncios em alta voz, mencionando circumstancias que possam perturbar a tranquillidade publica ou particular.

« Pena — de multa de 20\$ a 50,000.

« § 1.º Os jornaes e todos os escriptos ou impressos, distribuidos ou vendidos nas ruas e lugares publicos não poderão ser apregoados sinão por seus titulos, indicação de sua opinião e os nomes dos seus autores ou redactores.

« § 2.º A' pena deste artigo ficarão tambem sujeitos os que apregoarem os referidos escriptos e impressos por seus titulos, quando estes forem obscenos ou contiverem imputações, diffamações ou expressões injuriosas à uma ou mais pessoas. «

O codigo vigente art. 320 § 2.º commina a prisão por 4 mezes.

A fonte da disposição é a lei franceza de 29 de Março de 1889, por nós elogiada desde então, muito mais rigorosa, entre nós ainda mais necessaria para o caso quando não admittimos a *complicidade* em taes crimes.

O illustre censor quer que o vendedor de jornal dê uma nova tiragem *verbel* das diffamações e injurias editadas naquella, como é muito commum no Brazil.

O art. 425 2.ª parte é censurado no supposição de ter traduzido *ribrezzo* por *commoção* mas que « não significa puramente commoção . »



Eu devia ter traduzido *arripio de terror* que exprime melhor a ideia de uma emoção intensa e desagradavel e que pode não ser de terror, mas do sentimento de piedade ferido.

Termina o capitulo « dos vicios de doutrina » a censura á suppressão no *Projecto* do crime de adultério (pgs. 94 — 96).

Os argumentos são curiosos como sempre sobre todos os pontos salientes dos assumptos.

Não se diz que para os anthropologistas — « o problema penal se reduz a substituir as penitenciarías por manicomios (na technica delles, mas contradictoriamente *manicomios penaes*) ? »

O illustre censor mataria assim com um traço de penna a *nova escola*, pois que Lucchini, Aramburu e outros negão que aquelle instituto seja positivista (69).

O outro argumento é uma petição de principio, porque si a sancção penal é inefficaz e desmoralisadora, o seu succedaneo ou substitutivo deve ser a sancção civil e assim a que vem a observação de que o divorcio « não pode *absolutamente* ter applicação entre nós, *sinão* entre aquelles para quem o divorcio rompe o vinculo conjugal ? »

Trata-se do que deve ser e não do que é.

Ou o illustre censor quèr subordinar o Estadista na solução dos problemas sociaes a preconceitos dos credos religiosos e seitas philosophicas ?

O illustre censor tão classico, como é, acha contradictorios os classicos citados na *Exposição de motivos*.

E digo entre parenthesis, não invoquei Puglia, mas mandei vê-lo, porque se refere á controversia (pg. 18 nota 54).

A *Exposição de motivos* justifica demais a suppressão feita no *Projecto*.

Injustificavel, porém, é a incongruencia de fazer a apotheose do *uxoricidio*, citando livros *romanescos*

~~~~~  
(69) Lucchini, *Isimplicisti*, Torino 1886, pg. 284 ; Aramburu *La nueva ciencia penal*. Madrid, 1887, pg. 343.

(pgs. 62 e 96) e fazer a apologia ao mesmo tempo da sanção *penal* do adultério : é a tragi-comedia applicada ao direito. E' o caso de dizer: *ils heurlent de se trouver ensemble*.

As inconstitucionalidades que pullulam flagrantés no *Projecto* são do genero da que já apreciamos, relativamente ao *ergastulo*, que porque é *perpetuo* deve ser incluído na censura ds art. 72 § 20 que abollia a *galé* que pode ser *temporaria*.

Dos vinte e tantos artigos suppostos inconstitucionaes, os arts. 106, 194 e 360, não têm por onde se lhes pegue, como se diz vulgarmente.

Os arts. 25 e 70, se referem simplesmente a Ministerio Publico, juiz de direito, tribunal, instancia superior etc...

Aqui o legislador, nem dispõe sobre a organização judiciaria, nem sobre o processo ; procura evitar apenas que algum Estado deturpe a execução da lei federal, entregando-a a autoridades, até policiaes, ou que não são propriamente magistrados, como não é jurado, o juiz de paz, o juiz *districtal* e o que mais sei, nestes assumptos, entregues aos fabricantes de codigos estadoaes à *la minute*...

Os outros artigos citados e com os quaes completou a censura o seu rosario de inconstitucionalidades são corollarios rigorosos do principio encarnado em nosso direito e no estrangeiro de que o uso e não uso da accção é de direito *substantivo* e não de direito *adjectivo*.

Porque o Parecer relatado pelo celebre *professor de direito criminal* não discutio essa magna questão, suscitada e resolvida na *Exposição de motivos* que tem a seu favor a recente codificação italiana, os tratados dos autores, as leis do Congresso Nacional?

Não é com quatro palavras chôchas, transcrevendo artigos proprios e exposição de motivos sobre o processo em geral, ou a organização federal feita de afogadilho e já alterada por lei e o exemplo dos codigos — João Monteiro — que ella será resolvida para o legislador ou os competentes.

Passou-se em silencio a *Exposição de motivos* (pgs. 8 e 27).

A opinião que transparece do Parecer não figura, que eu saiba, em código algum moderno, de nação alguma, qualquer que seja a forma de governo, com a qual, parece, mas nada tem que ver o systema federativo, pois que nos regimens unitarios os codigos penaes não incluem materias processuaes, nem os de processo as materias puramente penaes.

O Relator da commissão da camara dos deputados na Italia só poudé citar como desviando-se do concerto universal dos codigos europeos o código de instrucção criminal francez, as leis de processo penal das Duas-Sicilias e o código parmense.

Elle sustentou o contrario que ficou prevalecendo no código italiano.

Além das fontes legaes e consultivas citadas na *Exposição de motivos*, os tratadistas francezes, allemaes e italianos que só escrevem sobre o direito *substantivo* se occupão do assumpto (70).

Agora mesmo um aresto firmado por unanimidade de votos do Supremo Tribunal Federal, (4.º de Dezembro de 1894) declarou nulla na especie uma lei estadual do Piahy por contraria ás disposições do código penal que serviram de fonte ao *Projecto*, nesta parte censurada (71).

Os supremos poderes da União, o Legislativo isto é, o Congresso com a sancção do Presidente da Republica e o Judiciario mantém o principio doutrinario e constitucional que o *Projecto* seguio.

Muito ao contrario da observação do illustre censor, os Estados é que no caminho que levão realisarão a absorpção da attribuição de legislar sobre o direito *substantivo*, reduzindo o da União á lettra morta, á uma entidade abstracta viciada na execução que é a vida da lei.

De encambulhada com essa censura, que só po-

~~~~~  
(70) Garraud, *Obr. cit.*, 2.º vol. pg. 81. Berner, *Obr. cit.* pagina 267. Pessina, *Manuale*, Napoli 1893, pg. 142.

(71) *O Direito*, vol. 66, 1895, pg 71.



deria illudir a nescios, vem simplesmente apontadas como *inconstitucionalidades* disposições perfeitamente constitucionaes.

A primeira é a do art. 218 do *Projecto* que prohibe *commerciarem os governadores* e que se suppõe contrario ao art. 63 da constituição, porque diz, que « cada Estado reger-se-ha pela constituição e leis que adoptar, respeitadas os principios constitucionaes da União » !

Vê-se assim que nenhuma relação tem uma coisa com outra e a byzantina interpretação vai ferir a attribuição plena da União de legislar sobre o direito penal — art. 34 n.º 23.

A outra inconstitucionalidade não é menos interessante, porque é sina desta critica confundir alhos com bogalhos.

Increpa-se como um attentado contra a liberdade de discussão o art. 379 e cita-se o art. 72 § 26 da Constituição que garante a *propriété litteraria* !

Além do que se disse na *Exposição de motivos*, basta acrescentar que a figura prevista no art. 379 é considerada contrafacção no ultimo projecto approvedo na camara dos deputados, regulando a propriedade litteraria e é caso indiscutivel de direito *autoral* na jurisprudencia, inclusive a franceza. (72)

Finalmente é considerada outra inconstitucionalidade *palmar* a do art. 401 do *Projecto* avista do art. 72 § 8 da Constituição !

A disposição figura no cod. anterior e no vigente e refere-se pelos seus extremos á uma sociedade criminosa.

A maçonaria é uma sociedade secreta, mas nunca foi incommodada pela policia que conhece seus fins ; por igual uma sociedade de caridade, cujo representante declare á autoridade o fim social não incide na prohibição punivel.

Eis a que se reduz o capitulo das inconstitucionalidades flagrantes do *Projecto*.

~~~~~

(72) Huard & Marek, *Propriété litteraire et artistique*, Paris 1891, pgs. 17, 144 e 296.

Ainda algumas palavras para terminar com a consciencia de haver feito entornar o feitiço sobre o feiticeiro.

No capitulo dos « vicios de classificação » ha referencia á nova escola penal que nada tinha que ver ali.

Nas codificações penaes a classificação tem unicamente os dous sentidos de que trata a *Exposição de motivos* nos seus *preliminares*

Depois a questão é impertinente, porque não ha cod. penal que actualmente possa realisar as ideias daquella escola, o que tem reconhecido os seus chefes supremos, Lombroso, Ferri e Garofalo que apenas propõem reformas parciaes, o que eu por minha parte tenho dito e repetido sempre disfazendo a suspeita dos incredulos e a illusão dos entusiastas.

O illustre censor neste ponto atira-se contra tudo e contra todos, inclusive o talentoso autor d'A *Nova Escola Penal*, dr. Viveiros de Castro, suppondo que os seus conceitos não tenham repercussão na Italia, onde se sabe mais portuguez do que nós italiano.

Nas palestras em Veneza e algures o illustre censor podia dizer tudo quanto lhe aprouvesse — si não foi anedota para amenisar o *arrogante e aspero* Parecer; mas na propaganda pelo livro é mister dizer a verdade nua e crua sem prejuizos mesmo *patrioticos*.

Na Europa sabe-se o que se passa no nosso paiz, desde que cada um na esphera de sua respectiva actividade collabore adequadamente para esse fim.

Na Italia uma obra especial de Frassati sobre a nova escola de direito penal na Italia e no estrangeiro refere-se ao Brazil e ao obscuro autor desta resposta que ora agradece a parte que lhe cabe na referencia (73).

Na Inglaterra, o livro em que Havelock Ellis, o primeiro, condensa do modo mais completo a nova

~~~~~  
(73) Frassati, *La nuova scuola di diritto penale in Italia ed all'estero*, Torino 1891, pg. 450.



doutrina, se refere ao Brazil, assignalando me um posto de que devo declinar, mas cujas honras attribuidas por pura benevolencia me penhorão muito o reconhecimento ao sabio autor (74).

Eu tenho tambem que agradecer ao illustre censor a noticia que me dá da nova e honrosa referencia de Lombroso, que não conhecia na traducção da obra de Drago, embora trate de Lombroso, Ferri e Garofalo, como de amigos velhos.

E a União Internacional do Direito Penal não pôz em communicação os criminalistas do mundo inteiro ?

Asseguro ao illustre censor que o Brazil no assumpto de que tratamos é mais conhecido na Europa do que entre nós o direito criminal, mesmo da America do Sul.

Um reparo indispensavel nesta parte do Parecer é que « a outra escola ha de ser eterna porque é classica....

Si data apenas de Beccaria não pode ser eterna.

Outro reparo é a citacão de Lucchini e a profissão de fé de livre arbitrio que este não segue (75).

O illustre censor achará a refutação da sua opinião, não scientifica, para um espirito tão adiantado, no artigo inserto na mesma Revista em que escreveo (pg 126).

E para concluir, mostrando ao illustre censor o que não vio e outros viram, sendo a questão de ponto de vista, ou de criterios mais ou menos intensos ou extensos, transcreverei um trecho de livro muito interessante que apesar de recente tenho citado mais de uma vez:

« O projecto do novo cod. penal que altera tão profundamente a legislação criminal vigente, passou em segunda discussão na camara, sem provocar o menor reparo. E fóra da camara, quer na imprensa medica, quer na imprensa juridica, não me consta

~~~~~

(74) *The Criminal*, London, 1890, pag. 45.

(75) Lucchini, *I semplicisti*, Torino, 1886, pg. 39.

que tenha provocado um só artigo. Onde os defensores da escola classica? » (76)

Os que lerem com inteira isenção de espirito o Parecer e a Resposta nos julguem e decidão si pelo menos a critica não foi virada inteiramente pelo avêssô.

Ainda agora o sabio secretario da *Société de Législation Comparée*, Ferdinand Daguin, referindo-se á *Exposição de motivos do Projecto* diz-me: « le remarquable rapport que vous avez rédigé sur ce projet etc... »

Recife (Pernambuco) 14—29 Dezembro 1894.

DR. JOÃO VIEIRA D'ARAÚJO.

~~~~~

(76) Nina Rodrigues, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Bahia 1894, pg. 158.

