

Revista Academica

DA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANNO XXIV

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Dr. Adolpho Cirne.

Dr. Laurindo Leão.

Dr. Virgínio Marques

Dr. Joaquim Amazonas.

Dr. Octavio Tavares.

1916



PERNAMBUCO — BRAZIL
IMPRENSA INDUSTRIAL

78 — Rua Visconde de Itaparica — 82

RECIFE — 1917

INDICE

<i>Dr. Laurindo Leão.</i> —A questão da pena ; Theorias da punibilidade e da pena ; Sua evolução ; Suas classificações ; Movimento humanitarista e systemas penitenciarios ; Individualisação da pena e liberação condicional ; Patro- nato ; Regimens penitenciarios.....	3
<i>Joaquim Pimenta</i> —A lucta de classe em face do direito moderno.....	88
<i>Dr. Clovis Bevilacqua.</i> —Teixeira de Freitas	98
<i>Dr. Joaquim Amazonas.</i> —A ordenação do livro 4.º Tit. 80 § 1.º e o nosso fu- turo codigo civil.....	120
<i>Dr. Joaquim Amazonas.</i> —Testemunhas dos testamentos cerrados ; Consulta e Pareceres.....	139
<i>Dr. Methodio Maranhão.</i> —Uma lição de theoria do processo.....	149
<i>Dr. Octavio Hamilton.</i> —Discurso... ..	167
Necrologias.....	183—185
Lista dos directores, vice-directores e len- tes da Faculdade de Direito do Re- cife, desde a sua criação e data das respectivas posses.....	187
Lista dos bachareis formados pela Facul- dade de Direito do Recife em Março e Dezembro de 1916.....	189



A questão da pena; Theorias da punibilidade e da pena; Sua evolução; Suas classificações; Movimento humanitarista e sistemas penitenciarios; Individualisação da pena e liberação condicional; Patronato; Regimens penitenciarios.

Systemas de punibilidade

A punibilidade do crime tem variado no tempo, mudando-se os processos, as provas, os crimes e as penas; mas chegou o momento da sua maior variação, trazida não pelos costumes mas pela interpretação radicalmente nova de todos os seus elementos, que é a da escola positiva.

Por menos procedente que ella seja, por mais antagonica que pareça ás tradições, foi iniciada por um homem de genio, Lombroso e collaborada por talentos de primeira ordem Ferri e Garofalo, e estudada por myriada de espiritos sadios e esforçados, que em todos os paizes civilisados, encantam-se com a innovação e cooperam na idea, esmerilhando a questão com os recursos mais consideraveis das sciencias biologicas e bastantes das psycholo-

gicas e sociologicas; e assim deve imprimir uma orientação nova ás questões que viviam entregues ás soluções quasi ingenuas da tradição.

Assim pelo systema tradicional da punibilidade punia-se o crime pela responsabilidade, excluindo-se da punição os auctores irresponsaveis, pela gravidade do delicto, punindo severamente os assassinatos etc, e ligeiramente os espancamentos etc, e pelas circumstancias augmentando a pena na perversidade do agente manifesta nas circumstancias aggravantes e ao contrario reduzindo-a na falta desta perversidade manifesta em circumstancias atenuantes.

O systema revolucionario poz como primeiro lemma da punição, a natureza ou classe do criminoso, com que anda em volta um tanto obscuramente a temibililade do criminoso pois não deriva só da classe mas tambem das circumstancias que deveram chamar aggravantes, e ainda o motivo determinante que se escapa das circumstancias' vae constituir o crime, sem attinencia com a materia especial da punição etc.

Por mais ingenuas porem que fossem as soluções da escola tradicional, desses tempos em que as sciencias ainda não se tinham elevado á altura de fornecer uma orientação scientifica ás questões penaes, é preciso reconhecer na tradição o character natural de todos os phenomenos sociaes, que não se cream d'uma vez como Minerva pela cabeça de Neptuno.

Si o Estado, si a sociedade, si a familia, si o direito em fim, ou o phenomeno que é por

elle regulado, tem uma vida que pode ser apenas, melhorada por um processo de selecção artificial, a exemplo dos cruzamentos de animaes operados pela vontade do homem, isto tem um limite e não podem ser destruidos para ser reconstruidos porque tudo isto é parte ou circumstancia da vida humana, principalmente no seu aspecto psychico, que não pode ser alterado, a não ser por processo de educação, encaminhando as energias para um mais conveniente.

A consequencia é que a escola revolucionaria quando procede é que chega por processos diversos ao mesmo resultado da tradicional. Assim como a tradição ella não pune os irresponsaveis antigos, os loucos e as crianças, destinando os primeiros aos manicomios e os segundos, qualquer que seja a divergencia neste ponto ás casas de educação. O que ha é uma cousa que faz rir: o reconhecimento do facto, sem a denominação de responsabilidade que os positivistas repellem mudou-se para normalidade com Poletti, um tanto atrapalhada pela determinabilidade dos motivos em Liszt e cousas semelhantes em outros, como a normalidade dos neuronos de Grasset, etc; mas elles ainda recusam. Querem exceptuar os loucos e os menores da punição mas não querem que se diga que punem se os normaes ali comprehendidos os sãos e os plenamente desenvolvidos. Como se vê porem ninguem vae atraz dos cegos que não querem vêr e vão-se punindo os responsaveis.

Mesma cousa quanto á superposição da temibilidade do criminoso á gravidade do delicto.

to; onde ha uma inferioridade na escola revolucionaria e o proprio Ferri reconhece que não se pode deixar de lançar a pena de accordo com a referida gravidade, ao contrario punir-se-ia de morte o furto d'um alfinete por ser perpetrado por um criminoso nato e punia-se por dias o assassinato dum homem, por ser realisado por um criminoso occasional, isto é, far-se-ia um disparate se não fosse uma crueldade que deveria ser punida. Logo antes da temibilidade do agente é preciso attender á gravidade do delicto como é tradicional. Depois essa temibilidade é o resultado da circumstancia aggravante da tradição um tanto atrapalhada pela classe de criminoso, de novo, de modo que uma vez é má e outra não, por exemplo, a superioridade em armas torna punivel o criminoso nato mas não o occasional!

O que se vê porem é que a escola naturalista, no seu afan, de combater a espiritualista, á que estava entregue a interpretação da punibilidade dos delinquentes, por falta absoluta doutra gente, nesses tempos de materialismo escasso e phenomenismo nullo, tomou a instituição social como seu producto, quando ao contrario o espiritualismo era effeito do meio, e atacou-a nas suas linhas sociaes, enquanto devera atacar unicamente a sua interpretação espiritualista, deixando subsistir a tradição. Mais um pouco de extensão do processo ou de coherencia nos materialistas e teremos de assistir ao combate á familia porque o homem é polygamo como querem os physiologistas (Mantegazza etc) ou porque o amor ha de ser livre.... Mais outro passo adiante e assisti-

remos ainda ao combate contra o Estado já travado pelos nihilistas e anarchistas, communistas e certos socialistas.

Theorias da pena, no seu conceito e fundamento: religiosa (expiatoria), juridica (repressiva), moral (emendadora), utilitaria (preventiva), repressiva (eliminatória).

As ideias de conceito e de fundamento da pena apresentam phenomenos inversos nas escolas. Enquanto na classica o conceito pode-se considerar como uno —soffrimento infligido ao criminoso, —e as razões ou fundamentos que dão a esta concepção são diversos, religioso, juridico, moral e utilitario, na positiva a razão justificativa da punição é una, a defesa social, ao passo que o conceito da pena, um tanto incoherentemente, além da logica reacção contra o delicto, é também subsidiariamente o de remedio para curar o doente criminal que não é então o criminoso mas o organismo social, onde elle representa um organo gangrenado que é preciso ser extirpado.

A escola classica tem um conceito da pena que vale por todos os mais e é por isto geralmente reproduzido que é o formulado por Grotius: *malum passionis quod infligitur ab malum actionis* (mal infligido ao delinquente pelo poder social em razão do seu delicto.)

Quando porem a escola procura justificar esse conceito ou pesquisa os chamados fundamentos da pena, que são antes as funções da

mesma, surgem divergências que costumam elegantemente distribuir em tres grupos, symbolisados pelas phrases latinas —*quasi peccatum* —*ne peccetur*— e sua combinação —*quia peccatum et ne peccetur*, mas que em realidade abrangem mais duas formas uma que se pode representar por *ut emendatur* e outra por *quia damnatum est* que na ordem exposta são as theorias religiosa, utilitaria, mixta, moral e juridica.

A theoria religiosa justifica o mal infligido ao criminoso em expiação da sua falta para purificação d'alma, conforme á volição divina: *punitur quia peccatum est*.

Esta concepção deve ser primitiva porque a religião irrompe entre os mais atrasados dos selvagens actuaes imprimindo aos seus phenomenos naturaes um character mystico, falseando sua interpretação e atrapalhando o seu curso natural, com as suggestões da superstição. Vemol-a consideravelmente avolumada entre os egypcios no julgamento dos mortos onde a casta sacerdotal arrogava-se a autoridade da justiça e exercia consideravel influencia sobre os reis que com medo da condemnação *post-mortem* deixavam-se governar pelos padres em vida. Segundo Liszt esta orientação influio ainda em Platão e Leibnitz que lhe deram roupagens pantheistas, tornando-se espiritualista em Protagoras, S. Coccejii, Jarcke e Stahl. Foi a theoria dos padres da egreja catholica e reis auxiliares, nas perseguições religiosas, em que os barbaros da-idade media á moderna esquecendo a bondade a piedade e a probidade pregadas pelos marty-

res do christianismo inventaram os crimes phantasticos do atheismo, da heresia, da blasphemia, da simonia etc e com elles as penas que só os demonios do *Inferno* de Dante, lhes reservam queimando á fogueira, á oleo e á agua quente, esquartejando, comprimindo, distendendo, como as de outras religiões tinham empalado, crucificado, arrastado etc, trucidando de mil modos a creaturas innocentes ou puras, só porque tinham a audacia de pensar, como foram Bruno, Campanella, Savonarola: Servet, etc ficando em meio o processo contra Galileu Kepler etc á exemplo do que o paganismio tinha feito com Socrates e iniciado contra Aristoteles, Protagoras, Anaxagoras, Theodoro o atheu, Diogenes de Apollonia, fugidos, ou porque tinham a coragem de reagir contra soberanos tão malvados como esses padres, o que então enche os annaes da Inquisição, o *livro negro da humanidade* onde não se contam só mortes de individuos mas de povos como aconteceu nos Paizes Baixos condemnados por Philippe II de Hespanha e executados pelos inquisidores, quando a rasão dessa ferocidade requintada do homem *civilisado*, não foi a hypocrisia dissoluta denunciada pelo historiadore Alexandre Herculano em Portugal, para não fallar na universalisação do phenomeno em Mauricio de La Chatre.

Esta theoria porem tende a desaparecer porque a liberdade moderna vae alheando o Estado ás ligacões religiosas, garantindo ao mesmo tempo aos individuos a independencia do pensamento.

A theoria juridica que indevidamente se

symbolisa no *quia peccatum* quando deve ser no *damnatum* justifica o mal infligido ao criminoso em castigo do seu crime, isto é, do soffrimento infligido a sua victima.

E tambem primitiva porque originou-se da vingança que é um sentimento animal que o homem tem desenvolvido portanto no seu estado primitivo, como o attestam os selvagens da actualidade e passou á justiça dos Estados constituídos como a antiga retribuição do mal pelo mal do talião que medio a ultima phase da vingança, tanto quanto é possível proporcionar a pena ao crime.

Parece ter essa idea apparecido com Pythagoras um tanto confusamente pelas suas theorias, religiosa da metempsychose e moral da virtude, harmonia do homem e imitação divina.

Socrates arreda-se disto fazendo a virtude consistir na sabedoria, mas Platão volta á idea pythagorica dando ás virtudes da temperança, da coragem e da rasão, por principio a sabedoria mas por unidade a justiça; e Aristoteles tambem classificando as virtudes em amizade e justiça. Zenon de Citium multiplica as virtudes, com resignação, piedade, cosmopolitismo, direito natural e justiça. Só d'ahi por diante a justiça deixa de ser uma virtude que é para Seneca a direcção da consciencia, para Marco Aurelio a resignação religiosa, para Bruno o amor, para Campanella a grandesa d'alma, para Deseartes a generosidade, para Malebrande o amor á ordem, para Spinoza a intrepidez, a generosidade e a liberdade (vi-

ver conforme á rasão) e para Leibnitz o amor ou gozo pela felicidade d'outrem.

Foi Dante que apoz Pythagoras conceituou a justiça como uma proporcionalidade; mas foi Kant que interpretou a punição, como uma retribuição á falta, sob a medida do talião, que foi eliminado por diversos Welker, Zacharise, Binding, Hepps, Wächter; Mammiani, Pessina, Guizot, Rossi, que a conceituou como a recíproca do crime mudada para estabelecimento do equilíbrio social por Lomax e Herold e combinada com a theoria moral por Broglie e F. Helie.

A theoria moral que ainda indevidamente se symbolisa no *quia peccatum* quando devêra ser *ut emendatur*, pois visa a correção do criminoso, veio de Socrates e teve a collaboração accidental de Platão mas dominou em Paulo que disse *poena constituitur in emendationem hominum* e em Mancini para quem a pena restaura a ordem moral nos limites das necessidades sociaes.

A theoria utilitaria preventiva que ao contrario dá por fim a pena a prevenção do crime futuro, pela intimidação do criminoso e exemplaridade dos mais homens appareceu lateralmente é verdade com Platão e tornou-se definitiva em Aristoteles, Cicero, Seneca, Aulu Gele, Quintilianus e sobre tudo Ulpianus que disse *quod quidem faciendum est ut exemplo deterriti minus delinquant* donde veio a Beaumanoir, Ayrault, Bouteiller, Bentham, Servin, Romagnosi, Carrara, Luchini, Frenk, Schulze e Martin, segundo Liszt.

A combinação, da punição com a preven-

ção que foi realmente a idea de Platão, bem como a de Grotius não obstante seu lado contractualista, consiste em fundar a pena não só na expiação moral, como na restauração da ordem universal, dando-lhe ao mesmo tempo fins da intimidação do criminoso e da exemplaridade dos mais homens, ou simplesmente em combinar a prevenção com a retribuição como fazem Abegg, Grohmann, Henke, Trendelenburg, Geyer, Heffter Merkel, Loning, Berner, Zierbarth, Wahlberg, segundo ainda Liszt; é a justiça enquanto util. Rossi dá a utilidade social como limite a justiça; e como elle Rauter, Bertauld, Trebutien, Ortolan, Carmignani quer a utilidade moderada pela justiça e Carrara diz reintegração da tutela jurídica, não obstante ter como Rousseau, considerado a pena um meio de defesa individual que o contracto primitivo passou para o Estado, que em seguida a exerce directamente, o que porem não satisfaz a Romagnosi, que viu na pena somente uma defesa indirecta ou mediata.

Alem dessas theorias existem excentricidades, de contracto do delinquente com a sociedade, originada de Aristoteles, resurgida em Grotius, e mais contractualistas, Rousseau, Beccaria, Fichte, Schopenhauer, Laistner etc, da negação do delicto pela pena, do mesmo modo que o crime é a negação do direito, d'onde resulta ser a pena reaffirmação do direito porque duas negativas valem uma affirmativa, que é a idea de Hegel; de seu character esthetico afinal que é o fundamento da pena para Herbart, etc; todas as quaes já são hoje ar-

chaicas, por ter passado a moda dessas phantasias nas sciencias, chegadas todas ao regimen do empirismo moderno; de modo que só estão de pé lutando pelo triumpho de suas veracidades as primeiras justificações da pena, as que não são aberrações das vias normaes do pensamento, ainda que aqui filiadas a uma doutrina que partiu antes do coração que da cabeça, o espiritualismo; porque fundamento é interpretação theorica da causa da punição.

A escola positiva por sua vez define a pena como um conjuncto de meios empregados pela sociedade na sua luta contra o crime (Ferri), ou como um remedio do corpo social (Ferri ainda), reputado o criminoso um organ doente; e da-lhe como rasão justificativa ora um principio harmonico com o primeiro fundamento, a defesa social, suggerida lateralmente por Aristoteles, e reproduzido por Beccaria, como directa e pelo Romagnosi como indirecta etc, ora um principio desharmonico com esse fundamento que é de todos os seus collaboradores, o qual é a natureza morbida do criminoso (Lombroso e Ferri), resalvada o salto pela molestia, conjuncta da sociedade.

Ferri, reputando futilidades todas essas ideas da escola classica, de castigo do criminoso por providencia divina, satisfação da vingança humana, emenda do criminoso, retribuição pela justiça, intimidação do criminoso e exemplaridade dos mais homens (prevenção), por inefficacia da punição e cousas semelhantes; e considerando a pena como um processo de reacção social em funcção da defesa da so-

cidade e ao mesmo tempo como um remedio dado ao organismo social que soffre com o criminoso como um grangenado com o organo apodrecido, depara-se unicamente com a eliminacão do criminoso pela pena, como se fora uma extirpacão, mas que não deve ser pela condemnacão á morte, que seria a unica logica; e passando a sua orientacão therapeutica, sóbe logo á hygiene social, realisada pelas penas preventivas, que serão verdadeiros processos de preservacão social contra os crimes imminentes onde a sociedade em vez de punir o crime previne-o, como são a cunhagem da moeda metallica para o crime de moeda falsa, a pratica de medicina por mulheres para acabar os attentados ao pudôr, o uso do divorcio para extinguir os uxoricidios, adulterios e bigamias etc; de modo que a pena deixa de ser um soffrimento (!!) do criminoso que a sociedade não procura, para se circumstanciar a impossibilitacão do crime pelo criminoso, e o individuo é encarcerado por toda a vida, transportado a uma colonia por igual tempo, não em castigo que se desconhece, não sabe o que é, mas para que não réproduza o facto criminoso! Ora isto é mesmo não querer ver! Porque nos crimes ligeiros procede-se ligeiramente ou encarcera-se o criminoso por pouco tempo? Será porque seu remedio é mais prompto elle fica facilmente curado, ou porque a sociedade não liga á molestia e não faz questão de receber novo ataque do seu inimigo?

Tudo isto era simplesmente ingenuo si não fosse teimoso, obstinado, resultante do propo-

sito unico de fazer systema, de innovar, de sobrepôr sua personalidade ás dos cultores da sciencia passada.

Carofalo, definindo a pena como uma reacção eliminativa, effeito socialmente necessario da acção do delicto, no que se justifica o principio *punitur quia peccatum*, porque a sociedade tem como os organismos phisicos, leis invariaveis que são condições de sua existencia, eliminação que tem por fim conservar o organismo social por extirpação dos seus membros indoneos, no que se justifica ainda o principio *ne peccatur*, da-lhe como problema distinguir os delinquentes typicos e inassimilaveis dos criminosos que são susceptiveis de adaptação, para eliminar os primeiros absolutamente e os segundos relativamente, mudando-os de meio; e em todos esses processos encontra intimidação, como acto reflexo producto da natureza das cousas, de modo que não é preciso recusar á pena toda acção preventiva, mas tambem não se deve preoccupar com isto d'um modo particular.

A questão entre as duas escolas está toda assim principalmente num ideal muito louvavel de combater as atrocidades commettidas pelas punições, baixando os Estados ao nivel de criminosos ainda mais perversos, temiveis e assim puniveis que os natos; e num ponto de vista divergente que é ora a inefficacia da pena para preservar a sociedade pela intimidação e pelo exemplo e efficacia para preservá-la pela defesa, ideas assim contradictorias; e ora a reproducção da excommunhão catholica (influencia do meio italiano) contra as no-

ções mais fundamentaes do direito, como é a idea da justiça e mesmo as da moral e da vingança, que são tão naturaes ao individuo quanto a defesa e a justiça são á sociedade, representando uma o legado animal que pelo menos até hoje vive ao lado da função de conservação e outra a aquisição humana que a sociedade sobrepoz á função animal da reprodução.

Passemos a escola critica.

Prins conceituando a pena como o soffrimento que o Estado impõe a quem violou as leis penaes e sempre realisa-se em proporção do estado economico e politico da sociedade, approxima-se da classica como tambem o faz nos caracteres da pena que deve ser pessoal, efficaz, exemplar, reformadora, reparavel, e ainda no fundamento da pena que para elle é complexo, cura dos doentes criminosos, repressão dos adultos maus, reforma dos adultos bons, emenda dos jovens; tomando aos naturalistas apenas a idea da superioridade dos meios preventivos que chama hygienicos sobre os meios repressivos, que denomina therapeuticos pois até as penas eliminatorias, a de morte de Garofalo e a de transportação de Ferri, elle combate.

Liszt, definindo a pena como um mal que por intermedio dos organs da justiça criminal, o Estado inflige ao criminoso, em rasão do delicto tambem se approxima da escola classica, o que mantem na theoria do fundamento da pena finalistica que é a prevenção dos classicos, isto é, a intimidação do criminoso mais a exemplaridade dos outros homens,

parecendo tomar á naturalistica a manutenção da ordem juridica, e portanto a conservação do Estado, bem como a consagração sem protesto da pena de morte, tudo o que entre-tanto já a mesma escola foi buscar na classica.

Só Alimena occupa aqui uma posição intermediaria ás duas escolas extremas, caracterizando a pena no *Direito penal*, como afflictiva, emendadora, individual, elastica, (adaptavel a todos os casos), reparavel, legal, igual (para condições identicas), certa e justa o que a approxima da classica, dando-lhe por fundamento a defesa social nos limites da justiça, o que elle toma, como se vê a ambas as escolas, e assignando-lhe dois fins, o mediato da ameaça para exemplo de todos os homens e o immediato da segregação do delinquente para não lesar a sociedade que são o primeiro da classica e o segundo da positiva; mas neste ultimo caso mesmo elle liga-lhe o fim da emenda do criminoso.

Mesmo processo em Saleilles que define a pena, politica de defesa social adaptada á justiça... que deixou de ser um mal por um mal, tornando-se um meio para o bem.

O ecletismo de Alimena porem precisa ser mais estudado. Nos *Limites e modificações da imputabilidade* elle funde a defesa social com a responsabilidade individual ou moral: "A penalidade é uma defesa social realisada mediante a coacção social, ficando na consciencia individual o sentimento desta coacção. A responsabilidade moral (imputabilidade) é assim o aspecto interno da responsabilidade social que tem os proprios irresponsaveis

moraes, com a differença apenas dos irresponsaveis moraes não terem a capacidade de sentir a coacção psychologica. Em seguida restringe (illogicamente) a punição aos responsaveis moraes (criminosos occasionaes, passionaes e habituaes), ficando aos mais apenas a applicação da defesa social porque são responsaveis e a responsabilidade não é attenuada pela semiloucura". Donde se vê que era melhor não ter admittido responsabilidade (social) do irresponsavel (moralmente).

"A defesa social, continua Alimena, differê dos outros meios de defesa social, em não agir como força material mas como determinante moral, na consciencia... pela ameaça que faz dum mal", de modo que a eliminação do louco nada tem que ver com a função juridica propriamente dicta que tem por objecto homens capazes de sentir a influencia dos motivos determinantes. Sua influencia não é tanto eliminar os delinquentes refractarios, como conter muitos homens que sem estes determinantes se deixavam ir a commetter delictos.

A sociedade se defende contra os loucos, mas não se concebe uma legislação que leve um determinante efficaz á alma perturbada dum alienado. Sem duvida o louco pode soffrer uma intimidação immediata sobretudo si é feita com um grande apparelho de forças, mas não sente a ameaça geral contida n'uma lei que prohibe certas cousas e permite outras."

A defesa social tem assim dois aspectos (meio confusos), um dos quaes age exteriormente contra todos os criminosos mesmo con-

tra os que são loucos, fazendo-os responsaveis sociaes; e outro age só interiormente, quero dizer na consciencia individual dos responsaveis moraes, ali não comprehendidos os loucos, pelo sentimento da coacção. E' o caso de puro ecletismo que nada adianta. Pune-se quando o individuo é responsavel e não se pune quando é irresponsavel pune-se porque deve soffrer quem fez soffrer; e cura-se o doente que pelo precedente ameaça continuar a fazer mal aos outros; e mais nada.

Melhor fez Dubuisson, segundo citação de varios auctores, julgando a punição causa da responsabilidade, pois ainda que ella seja co-effeito desta, a força de estar unidas, são correspondentes, e em seguida, pelo menos actualmente depois da correspondencia estabelecida, uma influe sobre a outra e com verdade elle ponde dizer que o "homem é capaz de resistencia a suas inclinações precisamente porque elle pode ser punido, porque existe uma penalidade; e é porque existe uma penalidade que o homem sufficientemente intelligente deve ser considerado responsavel por seus actos esta penalidade sendo a influencia compensadora lançada pela sociedade na balança das inclinações humanas.

Si o alienado podesse ser mantido no dever pelo temor não ha sociedade, por mais extranha que possa parecer que consentisse em poupal-o.

O que Dubuisson alcança pela lei, Liszt obtem pela determinação: "Enquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possui o o homem normal não poder

ser contestada a possibilidade de determinar o delinquente por meio da pena fica subtrahida ao conflicto das opiniões e a culpa, a responsabilidade pelo resultado tem suas bases fixas e inattacaveis.

Mais um passo e cabe-se na theoria juridica da moral tão affirmada por Bain, derivando a consciencia moral dos sentimentos determinados pela acção das leis sobre os individuos, ao contrario da theoria moralista do direito affirmada por Affolter etc.

Para mim o conceito da pena não pode deixar de ser o classico do soffrimento do criminoso, infligido por auctoridade publica, em rasão do delicto, porque a pena representa a antiga vingança do offendido e dos seus parentes, que é um phenomeno deslocavel para a autoridade publica mas não eliminavel do homem, e sem este soffrimento a vingança que a pena calou resurge tremenda e anarchica como foi, e porque não pode haver pena sem soffrimento por minimo que seja pois a prisão, qualquer que seja a sua especie é um cerceamento da liberdade que para o homem civilisado que saboreia os gosos da vida é um dos peiores soffrimentos. Apenas pode-se eliminar das penas o character antiquado de tormentosas ou afflictivas, que é incompativel com o homem moderno moralisado, pelo menos numa parte da sociedade.

E' por isto que Guyau quer que ella realise o *minimum* de soffrimento e o *maximum* de defesa social.

Quando muito pode-se reunir a esta função primitiva da pena suas funcções postero-

res e dizer que a pena é um soffrimento imposto ao criminoso não para tortural-o mas para reformal-o e si isto não é possível, para o impossibilitar de continuar a sua practica criminosa e exemplificar aos outros homens. E' a idea de Cuche no *Tratado da sciencia e da legislação penitenciarias* 1905, não obstante definir a pena como uma reacção da sociedade contra o auctor d'um crime, porque accrescenta que a reacção penal consiste essencialmente num mal infligido ao auctor do crime e o progresso nessa ordem de ideas tende não a supprimir o soffrimento mas em utilizar no interesse commum do delinquente e da sociedade... em conceber o soffrimento muito mais como um meio que como um fim... de modo a ser utilizado o mal da pena retirando-se outra cousa que um simples resultado de soffrimento e de punição... e preponderando a prevenção individual sobre a prevenção collectiva, pela maior somma de certeza e de precisão e pelo espirito publico... de modo que a intimidação da pena vae decrescendo, mas o que a prevenção collectiva perde assim dum lado é obtido doutro lado pela segurança da repressão e a sciencia penitenciaria é o processo practico inspirado pelos varios ensaios de utilização de soffrimento penal.

Tudo isto é a verdade porque a pena quando maior soffrimento não seja é a privação do patrimonio, o cerceamento da liberdade etc que infligidos aos criminosos os privam pelo menos durante o tempo em que estão presos continuar a pratica criminosa e dão a conhecer aos mais homens o que lhes acontecerá

em caso identico; mas a vista da moralidade moderna deve ficar nisto sem um elemento de tortura.

A divergencia da escola positiva negando á pena a funcção intimidante individual tem uma procedencia em relação aos criminosos incorrigiveis, que todos conhecem e onde a funcção desaparece, ficando apenas a collectiva de eliminação do criminoso, tem uma excepção admittindo-a nos criminosos menores que para ella devem ser educados e não punidos e tem uma contradicção em relação aos criminosos corrigiveis que todos os criminalistas da escola reconhecem e cuja punição deve consequentemente ser uma correcção para que a sociedade não precise mais tarde eliminá-los por ter perdido a occasião de reformar o seu character. A divergencia da mesma escola quanto á funcção intimidante social da pena, negando a exemplaridade, isto é, a influencia benefica da pena sobre os mais homens, quando reconhece que homens existem que não são fatalmente impellidos ao crime é mera teimosia, sem sentido.

O fundamento da pena deve ser distincto em positivo e racional.

O positivo é o crime cujos elementos ou caracteres determinam a punição:

1) Acto imputavel isto é, de sujeito responsavel que previa as consequencias do seu acto, portanto a sua punição e praticou-o, e que tinha o poder inhibitor ou detentor do mesmo acto e não o impediu.

2) Acto lesivo de direitos, isto é, da vida, saude, honra, propriedade, liberdade do ho-

mem, ou da existencia, conservação, integridade, propriedade etc do Estado e mais pessoas moraes, privando-os de direitos necessarios, fazendo-os soffrer por isto, levando á sociedade a que pertence a desordem, que si não é reprimido a destroe.

3) Acto doloso, isto é, feito com intenção criminosa de realisar a lesão, que o faz um individuo malvado, que se delicia com o soffrimento alheio, e que pode mesmo ser perverso por falta de todo sentimento ou mesmo por ferocidade nata e em seguida deve ser castigado desde que faltou um constrangimento.

4) A prohibição penal que advertia-o.

O fundamento racional da pena, é a rasão pela qual o auctor responsavel dum crime deve ser punido, desde que esteja comminada pena pelo codigo, ao mesmo etc. Ora isto é o mesmo que pesquisar a rasão pela qual a sociedade se constituiu em Estado, e os homens em outras associações e os seres de sexos diferentes em família: a necessidade natural, a finalidade funcional etc.

Então a historia da punição intervem e diz-nos que antes mesmo do Estado constituido, nas selvagerias primitivas como nas actuaes existe a punição, pelo sentimento da vingança; que o Estado submettendo os homens á disciplina dos costumes e leis substituiu-a pela composição e reapparecendo o brio e a energia do cidadão incompativeis com esta substituição operou-se a pena, alem disto necessaria á conservação social afrouxada na composição; que da pratica desses actos, como dos congeneres nos conflictos civis, surgiu a idea depois

transformada em sentimento da justiça; que do regimen das penas afflictivas com a formação da moral por esse e outros sentimentos, o homem passou ás penas strictamente cerceadoras da liberdade, mal necessario; que com o desenvolvimento da sciencia viu-se que as creanças em vez de serem simplesmente reprimidas, peiorando e na sahida das prisões tornando-se criminosos penitenciarios, é melhor educal-as e que os adultos tambem podem assim ser reformados; e desde que a sociedade sempre foi assim constituida é para temer-se que deixe de sel-o, abolindo a pena, parecendo que esta tem um effeito preventivo do exemplo sobre os mais homens, attestado mais ou menos por augmentos de delictos com a redução da pena; e conclue-se que tudo isto é verdadeiro, que a pena se funda na vingança, na justiça, na emenda do criminoso, no effeito da prevenção do crime, e na conservação social que se pode comparar á defesa do individuo mas sem seus caracteres, phenomeno *sui generis* consistente em actos preparatorios como a construção de navios de guerra, fortalezas, formações de exercito e previos armamentos.

Não sei é como sendo a sociedade um phenomeno complexo e natural se queira reduzir a pena a mero phenomeno de qualquer especie e de character artificial, capaz de ser inteiramente modificado no sentido de realisar o pensamento dum auctor qualquer, aliás tão diversificado, de modo que a se attender a todos fica ella destruida pela impossibilidade do accordo.

Toda essa divergencia porem não tem

grande importancia até para a idea fundamental, a prevenção.

A prevenção que é o ponto capital da pena é mais ou menos reconhecida por todos, porque esta efficacia da pena não é absoluta como o mostrou Prins, dizendo que si ella fosse completa na prisão não haveria augmento da criminalidade na Europa actual, talvez devido ao conforto e ao luxo que tirou o character intimidante; e si fosse na execução da pena de morte, o crime teria desaparecido dos paizes barbaros, onde os corpos dos salteadores eram pendurados aos postes das estradas.

Ferri que diz a pena só ter utilidade negativa que é menor do que se pensa, convem em que as consequencias da impunidade são muito graves e lesivas; e Garofalo escreve que não é preciso recusar á pena toda prevenção geral ou indirecta, porque quando a pena responde ao seu verdadeiro fim de repressão, o acto reflexo da intimidação produz-se sempre pela natureza das cousas sem que seja necessario preoccupar-se disto dum modo particular.

Deste modo a pena é mau grado seu, da escola, um soffrimento infligido pelo Estado (em defesa propria), e que de algum modo (aliás imprescindivel) intimida.

A divergencia capital pois está na razão justificativa da pena, nesta defesa social exclusiva que a escola positiva tomou á classica que a tinha sem exclusividade, e que repousa sobre tudo numa phantasia que já sahio da moda a do organismo social que vive,

com reflexos, consciencia, defesa etc e que mostra o grau de seriedade da theoria.

Em conclusão, a pena surgida da vingança e passada na constituição do Estado ás auctoridades que representam a justiça, foi um castigo aos criminosos, como se impõem ás creanças e nos tempos primitivos ou barbaros aos escravos entre os quaes e em primeiro logar figuraram as mulheres. A differença é que nesses casos o despota estava de cima sem um embaraço que não fosse excepcionalmente já a passagem para um melhor estado social, onde a familia ou a tribo ou mesmo o Estado incipiente lhe impuzesse medidas e no excesso tomasse contas. Este castigo operou-se pela morte que é uma eliminação e depois pelo banimento (ostracismo helleno) ou pelo degredo ou relegação (actual transportação); mas com o apparecimento das prisões, tornou-se tambem a repressão, na accepção moderna, porque em sentido geral reprimir é conter e no caso, castigar, por qualquer modo. Deste modo as ideas de eliminação e de repressão são factos occorridos na punição e nada mais.

O fim ou função preventiva da pena porem é uma interpretação da mesma punição; mas uma interpretação verdadeira em parte. Tem razão os naturalistas quando affirmam que os criminosos incorrigiveis não se intimidam, porque a experiencia mostra que reincidem de qualquer modo, qualquer que seja a razão, má, insufficiente punição, ou falta de amor á vida livre de modo que a sacrificam a um momento de bestialidade;

mas não quanto aos corrigiveis, nem quanto aos individuos que ainda não praticaram crimes. Quem sabe até onde subiria o crime sem a ameaça da pena? O proprio Ferri reconhece que as consequencias da impunidade são muito graves e lesivas. Garofalo tambem dizendo como vimos que o acto reflexo da intimidacão se produz sempre pela natureza das cousas.

Entretanto a efficacia da punição não é absoluta, como diz Prins, porque sinão o crime teria desaparecido dos paizes barbaros alguns dos quaes penduravam os corpos dos salteadores nos postes das estradas, e a criminalidade actual não augmentava.

Só o principio moral da punição, a emenda ou reforma não se pode demonstrar assim precisa ser colhida na experiencia, das penitenciarias.

Como quer que seja e até que investiguemos essa prova, estão de pé os principios da escola classica da prevençã e da repressão, bem como o da positiva, da eliminacão; e si nesta da-se uma verdadeira defesa social, na repressão, ha ali uma verdadeira correspondencia entre o crime e a pena, uma especie de proporcionalidade approximada que é a justiça. Aqui não se tracta de commensuraveis, mas de probabilidades. Si a pena segue sempre ao crime e tanto maior quanto elle é mais grave, como não ver aqui a idea da justiça?

Evolução da pena, do supplicio á repressão e á reforma ou educação, ladeadas da eliminação

As escolas são accordes em assignar uma evolução á pena, mas ha uma divergencia na interpretação deste phenomeno que em parte independe das mesmas.

Assim Le Bon reconhece como phases dessa evolução a vingança, a composição e a pena, o que é reproduzido por Letourneau etc, ao passo que Cuche da-lhe por phases a vingança (comprehendendo a composição e a expiação que outros separam), a intimidação, a correcção e a eliminação, que ao mesmo tempo incorpora numa só phase, como differentes processos de prevenção individual, dizendo que tem se devido perceber desde todos os tempos que a reacção vingadora ou expiadora contra uma falta passada servia ao mesmo tempo para prevenir faltas futuras e a pena applicada *quia peccatum* operava no futuro *ne peccatur*.

Não posso concordar com isto. A punição tem as phases apontadas por Le Bon da vingança, composição e pena. O logar da pena, a sua origem é nas phases anteriores occupada pela composição e antes pela vingança, mas só isto, ella ainda não existia nas mesmas origens, a não se alterar o conceito da pena de mal ou reacção da sociedade contra o delinquente, pois no periodo da vingança a reacção ou o soffrimento imposto ao cri-

minoso éra feito pelo individuo e só algumas vezes pela familia e ainda mais raramente pela tribu. Só na composição a auctoridade social que se vae formando interveem junctamente com o individuo menos para assegurar a punição do que para recolher o tributo (*fred-dum*) que lhe pertence.

A vindicta mesma está sujeita a uma evolução, passando da indeterminação primitiva á certa organização pelo duello instituido naturalmente pelo sentimento e interesse de conservação da familia, passados de paes a filhos e irmãos ou si quizerem pelos affectos familiares, communicados até aos parentes mais proximos, que na incapacidade geral do offendido para a represalia tomaram o encargo, a obrigação de punir o offensor, a tal ponto que houve um vingador do sangue na Biblia, chamado pelos germanos de *goel*.

Depois esta evolução se aperfeiçoou pelo talião, que foi uma medida, um limite a sua acção, resultando naturalmente da tendencia do vingador a exagerar o mal da punição e do interesse dos patricios de ambos em conservar os companheiros de defesa das aggregações para triumpho na incessante lucta pela vida internacional.

A composição que foi o restabelecimento presumido do direito lesado, pela indemnisação do prejuizo causado pelo crime, deve ter substituido a vingança quando os povos foram tomando uma organização politica, geralmente realoesa guerreira, onde convinha ao chefe, alem dos braços que o defendiam os proveitos da compensação (*freddum*), da indemniz-

sação do crime segundo o valor do offendido (*wehrgeld*). É o que ocorreu entre os germanos, povos livres por excellência, nesses tempos, caracterizados então pela energia dos individuos; e portanto deve ter ocorrido em todos os mais onde essa energia faltou.

As leis mais antigas dos germanos, diz Garofalo deixavam ao offendido a escolha entre a vingança e o *wehrgeld* ou compensação pecuniaria, porque se cria que em alguns casos esta fôra insufficiente para acalmar a victima.

Deve-se considerar como uma persistencia da parte fiscal da compensação ou composição (*fredum*) a multa existente em todos os tempos e ainda hoje elogiada por Liszt e que para Bentham e Filangieri devia ser proporcional á fortuna dos condemnados, e que para outros deve substituir toda especie de prisão: bem como a confiscação, que no direito francez é restricta ás marcas de commercio e ás patentes de invenção, reproduzida pelo direito belga e allemão, e restricta aos objectos do delicto na Suecia e Noruega; e abrangendo ambas as hypotheses no Brasil.

A pena propriamente dicta, substituiu a composição quando os governos constituídos foram accentuando os seus fins internos de garantia dos direitos, pela punição dos criminosos quando o caso não admittia a sua restauração etc a par dos externos de defesa da sociedade e quiçá pesquisa de elementos economicos pela conquista; pelo menos quando não houve ali um desenvolvimento crescente da potencia duma realesa astuta, secundada

por auxiliares exploradores e apoiados por parvos que se satisfaziam com a posição de explorados, o que muitas vezes ocorreu na historia, especialmente dos povos do Oriente.

A evolução da pena pondo de parte sua origem na composição e na vindicta, deve ser da crueldade á benignidade e nesta ultima phase da subjectiva á objectiva.

Na phase da crueldade ou do tormento, a pena lançada por uma sociedade ainda barbara sem sentimentos de amor ao proximo, por individuos que as mais das vezes eram criminosos natos, ferozes, deliciando-se com os sofrimentos alheios de creaturas muitas vezes innocentes enquanto os criminosos tripudiavam impunes, não podia deixar de ser afflictiva suppliciante.

Na phase da benignidade subjectiva, quando a sociedade foi ganhando caracteres elevados, almas piedosas, corações bondosos, pelo traquejo da familia, especialmente infiltrada pelas creaturas mimosas que tem o sexo fraco, appareceu o horror á vexação e a pena tornou-se mera repressão, abolindo-se a tortura concommittante a qualquer especie de pena, a morte e quando não tornando-a rapida pela forca, pelo fuzilamento ou mais ainda pela electricidade.

Na phase da benignidade objectiva determinada pelo echo das theorias longinquas, reavivadas pelo crescimento da piedade que funda no Estado a função da assistencia, e na sociedade as associações humanitarias, a repressão não basta é preciso que ella seja mais producente que os reprimidos em vez

de ficarem sempre nocivos voltem ao gremio social e surge a educação do menor, a reforma do maior, a cura do doente.

Concretisemos a cousa.

E' inutil descrever a crueldade antiga.

Recentemente era o mesmo ainda. Em Gand, Hessels, commissario do duque de Alba, em Paris, Laubardemont, agente de Richelieu, em Berlim, Carpzow, juiz de Frederico Guilherme, em Londres, Jeffrey, grande chanceller de Jacques II, diz Prins passariam hoje por tyrannos freneticos, attingidos de loucura sanguinaria; mas eram simples magistrados, obedecendo ás leis do seu paiz e applicando o direito repressivo do seu tempo. A Carolina de 1533 sob Carlos V e a Orde-nança criminal devida a Colbert codificaram este direito introduzindo a ordem legal nesse chaos.

Houve um povo que fez excepção á tanta crueldade que foi o helleno. Pelo menos instituiu o ostracismo para os crimes politicos que eram os mais frequentes e fez a mais branda das execuções, pela ciente. Também foi a patria da liberdade politica e da theoria da virtude e da justiça, do direito natural, do cosmopolitismo e da theoria da caridade.

No renascimento, diz Prins, com a nova situação economica um novo elemento surge ao lado da intimidação torturante. Dum lado, apoz as descobertas geographicas e a extensão das relações commerciaes, as nações tem necessidade de homens e de braços. Doutro lado

em presença do numero crescente dos aventureiros vivendo de expedientes e de vagabundagem comprehenderam que ha uma força a utilizar e que em vez de se limitar a exercer crueldades sobre os culpados, podem elles ser aproveitados no trabalho. A pena tornou-se então trabalho forçado ou servidão penal em proveito do Estado que levou os criminosos a remar nas galeras ou a servir nas tropas de guerra ou a fazer trabalhos publicos, das prisões, dos navios (*bagnes* em França, *hulkes* de Inglaterra), que estendeu-se até fora do paiz na transportação."

Com o desenvolvimento das sciencias na epocha moderna ella tomou outra feição ou phase. Já Grotius, Thomasius, Wolff tinham combatido o formalismo estreito da justiça de seu tempo. Benthão D'Alembert, Diderot, Helvetius, d'Holbach, Voltaire, Beccaria, Filangieri, protestaram em nome da utilidade contra os horrores da punição. Kant e Ficht trouxeram a idea da liberdade moral. Frederico o Grande, Joseph II, Catharina da Russia, Leopoldo da Toscana e outros transformaram a punição dando por fim a emenda do criminoso, mudadas as prisões de logares de supplicios para Casas de correcção.

S. Vicente de Paula, desde 1619 esforçou-se por melhorar a sorte dos forçados. O philanthropo Howard foi no fim do seculo XVIII, afinal o verdadeiro promotor dos regimens penitenciarios, que se organisaram no seculo seguinte, completados pela individualisação da pena e sua condição, a indeterminação da sentença, pela liberação condicional, e

pelo patronato, tudo o que converge para reformar o criminoso capaz de emenda, conservando a intimidação que a pena exerce e dando assim satisfação ás exigencias do sentimento inextinguível da vingança humana.

Isto não quer dizer que prejudguemos a questão da reforma do criminoso corrigível, o que aliás seria logico, desde que elle pode melhorar; mas que a intimidação não é phase, caracteriza todas ellas; e a eliminação não ha de sel-o tambem, sempre ladeou a todas as mais funções da pena, como uma restricta, á morte e á relegação.

Variações da pena

A questão da variação da pena separa ainda as escolas.

Os primeiros escriptores do direito penal, determinaram uma pena para cada delicto, segundo a sua gravidade, fazendo porem variar cada uma pelas circumstancias aggravantes que a elevam ao *maximum*, pelas atenuantes que a baixam ao *minimum*, pondo-a no grau medio quando concorrem umas e outras, conforme viu-se no estudo do delicto; d'onde se vê que a orientação juridica da escola é a dominante, porque em todas as mais orientações, economica, moral, etc., o criterio da gradação da pena é esse mesmo da justiça que Dante conceituou como uma proporção; e foi sem duvida por isto que um

pensador da ordem de Kant se decidiu pelo fundamento da justiça. Proporcional ao grau do desejo ou da impulsão criminosa, fazendo-a uma contra impulsão (Romagnosi e Feuerbach).

Os naturalistas invertendo os termos fazem variar as penas com a classe dos criminosos (Ferri) e depois com a temibilidade resultante da classe e das circunstancias (Garofalo) e com a temibilidade talvez e sempre com o motivo determinante (Ferri) alem da inadaptação á sociedade (Ferri e Garofalo) de modo que não se sabe em quem acreditar si em Ferri, si em Garofalo, mesmo porque as classes de criminosos de Ferri, são os natos, os habituaes, os loucos, os occasionaes e os passionaes, ao passo que as de Garofalo são os violentos os assassinos, os ladrões, cada uma das quaes para esse fim elle redistribue em temiveis e não temiveis.

E' notavel a flutuação dessas ideas. Em seu primeiro livro Garofalo fica na temibilidade: A ameaça das penas deve ser coherente com a temibilidade do reu.-

No segundo yae para a inadaptação: O meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do reu, isto é, pelo exame das condições em que se pode presumir que cessa de ser temivel (!)

Para Ferri devem ser punidos os criminosos natos e habituaes pela colonia agricola, sendo improcedente a pena de morte; os occasionaes de crime grave com a separação e o exilio temporario nas mesmas colonias agricolas, e de crime leve com a reparação por

trabalho forçado, em exílio local, sem prisão, ou em fixação de domicilio si são mulheres ou creanças, o que é antes uma prevenção que repressão; os passionaes com a reparação do damno e exílios locaes, de modo a affastal-os do logar da victima: podendo a pena ficar indeterminada com libertação condicional ou suspensão condicional da sentença; contanto que se evitem as penas de curta duração contra a qual Ferri moveu terrivel campanha por levar individuos ainda bons á completa dissolução, effeito das companhias perniciosas.

Garofalo é o mais forte campeão da pugna contra as circumstancias aggravantes e attenuantes, desde a sua suggestão da temibilidade do criminoso para as substituir. A verdade, diz elle é que a gravidade relativa dos crimes não pode fixar-se de um modo absoluto porque ha de attender-se... á gravidade do damno, á da immoralidade, á do perigo e emfim á do alarma... A gravidade do damno material só serve para avaliar a reparação devida ao offendido.... e o dever violado para determinar a immoralidade do agente e portanto a sua temibilidade. Ora recondusida toda a theoria ao principio da adaptação resulta que o meio penal deve ser determinado pela possibilidade da adaptação do reu, isto é, pelo exame das condições de existencia em que pode presumir-se que elle cesse de ser temível. Outros o acompanham acatando a proporcionalidade da pena ao crime como quantidades (!) incommensuraveis.

A terceira escola que na questão da pena ora se approxima da classica com a pena fi-

nalística de Liszt, ora da naturalista com o fundamento da defesa de Alimena, e ora se mantém num ponto mediano com Prins, nesta questão da variação da pena mantém a proporcionalidade da classica, com Alimena dizendo que a defesa social é limitada pela justiça, tal como a sociedade a concebe, com Liszt que quer o augmento da pena pela reincidência, pela superveniencia do resultado grave, pela profissão do crime, pelo emprego de armas, pelo amor ao lucro (como motivo) e pela offensa do ascendente, e a diminuição pela tentativa, pela adolescencia e pela cumplicidade por assistencia, alem das attenuantes francesas, que são no homicidio a provocação, na injuria a offensa physica, e a excitação da parte contraria pelo ataque; ora faz variar a pena como a naturalista, mas com elementos proprios que são em Prins, penas educadoras dos menores, reformadoras dos adultos de bom passado, repressiva dos incorrigiveis e preservadoras da sociedade no caso dos anormaes.

E' o que repetem os penitenciarios Cuche e Chaves, com ligeiras discrepancias e variantes, penas educadoras dos menores, intimidantes para os adultos occasionaes ou de crimes ligeiros, reformadoras para os adultos viciosos mas emendaveis, eliminatorias para os adultos incorrigiveis, pondo Chaves as intimidantes entre as reformadoras.

Maior discrepancia veriamos si apontassemos a divisão de Saleilles e outros que por vezes suggerem um systema de variação nova pelas penas parallelas que o juiz applica con-

forme a perversidade, em torno das quaes não ha questão.

Sou classico na questão da variação da pena como na de sua função, fim ou fundamento, ainda que com modificação trazida por parte das ideas da escola naturalista. Si existe um criminoso nato, manifesto pela physiognomia (va por conta dos sabios), si no seu crime elle mostra a perversidade inherente á raça e si a experiencia tem patenteado em casos semelhantes a incorrigibilidade, é o caso de eliminal-o pela relegação porque a morte é um assassinato praticado por quem se submete á ordem da lei e da justiça, um mandato criminal, mas é preciso que haja gravidade de delicto porque não se pune por uma alfinetada, como não se pune sem um crime um homem que apresente o typo criminoso. Fora disto porem não se pode deixar de augmentar a pena pela gravidade do delicto e dentro de cada gravidade pelas circumstancias manifestadoras (va essa concessão) da temibilidade do delinquente que entretanto segundo a escola naturalista (por espirito systematico) não existe mais, pois escapando de um criminoso nato não se é mais temivel, de modo que a ser logico, conclue-se que a criminalidade nata ou temivel só existe em si, no typo criminoso não é uma inferencia pelo menos na maior parte dos seus elementos, das circumstancias.

Não se pode inventar tanto em sciencia social. Tudo que a sociedade encerra é natural, producto de um desenvolvimento constante e que não pode ser alterado mas só pelo

mesmo desenvolvimento melhorado. Dahi essa balburdia da escola revolucionaria que quer imprimir a sua personalidade á custo da universalidade.

As circumstancias aggravantes estão de pé, ou sejam ellas que devidamente manifestem a temibilidade do delinquente, de qualquer typo, ou illogicamente dependão do typo criminoso que por si é insufficiente para o effeito referido.

Por que tanto horror a justiça? *Ubi non est justitia ibi non potest esse jus.*

A justiça que Pythagoras definiu como o aspecto da ordem universal, e Dante como uma certa rectidão que expelle o erro, não é uma concepção idealista do archaico direito natural; mas um phenomeno capital da sociedade, porque permittiu a sua formação e o seu desenvolvimento, deixando subsistirem os fracos ao lado dos fortes. Existe não só no Estado como na sociedade e até na familia, onde quer que hajam liberdades em associação, que ella limita e garante, virtude a premiar e vicio a castigar, merito a louvar e demerito a censurar.

No Estado sua importancia é de tal ordem que constitue um poder publico, porque é o processo, pelo qual o direito que o organisa, constitue-se forçando o individuo a respeitá-lo, já pela restauração ou consequente indemnisação, já pela punição nos casos graves (crimes) e consequente intimidação preventiva de novas perturbações juridicas; mas além disto é a chave dos bons governos pela entrega dos cargos publicos aos cidadãos que os merecem

exercer. Na sociedade em particular, é pela justiça que se levantam estatuas nas praças publicas aos seus maiores cidadãos. Infelizmente a opinião que é o orgam da justiça social dá ondulação a esse oceano popular. Na propria familia ella concorre com o sentimento da dignidade pessoal e interesses dos filhos para manter as boas relações dos conjuges; pelo reconhecimento dos seus sacrificios, depois que a excitação da belleza e da novidade tem passado. D'ahi a infiltração indelevel de sua acção constante na stratificação de todos os tempos, do character humano, na forma de sentimento. Ja os juizes de Israel, a frente dos quaes está pelo sexo (admiravel) a prophetisa Debora, eram d'elle possuidos nesses tempos primitivos da humanidade, governando a principio um povo, sem o appoio do exercito e depois afrontando as iras da realesa com as censuras ás faltas por ella commettidas. Onde quer que haja uma liberdade garantida, uma associação montada, é que existe a justiça estabelecendo o equilibrio entre as forças antagonicas dos individuos. A sua primeira forma foi a penal da vingança, sem a qual todos os fortes teriam feito desaparecer todos os fracos e depois destruido uns aos outros. Mas d'ahi para cá ella enche a humanidade civilisada. Não admira pois que Spenceer que a define lei de igual liberdade a reduza a uma lei natural da animalidade, a de soffrer ás consequencias dos seus actos bons ou maus. Prefiro porem a idea de Sully Prudhomme, que a faz ideal da sciencia unida ao amor porque na natureza só ha lucta pela vida. Entretanto

Kuckuck a eleva a phenomeno cosmico, na symetria e faz nella consistir a belleza.

Que dizer do motivo determinante?

Procedente quando é social porque é então a justificação do acto criminoso, para o excluir dos crimes, pois o agente não podia deixar de obedecer-lhe, pelo perigo de vida etc, não tem o motivo determinante procedencia quando é antisocial, para variação da pena, desde que o mais antisocial é dos criminosos natos e dos habituaes e o menos antisocial é dos criminosos passionaes e dos occasionaes, porque então ou ha uma redundancia quando o motivo se accorda com a classe de criminosos que ja determinou a especie de pena ou ha uma contradicção quando a classe de criminosos determina uma especie de pena e o motivo outra, desfazendo com uma mão o que se fez com outra, que aliás não é o pensamento de Ferri.

Classificação das penas pelo criterio objectivo, da especie de soffrimento, em corporaes, moraes, patrimoniaes, e privativos de direitos, especialmente da liberdade, cadeias e colonias agricolas.

Os naturalistas não julgam esta materia digna de interesse, tractando accidentalmente, por entre outras, das penas que suppoem convenientes e das que consideram eliminaveis.

A escola classica porem iniciou este estudo que legou aos criticos; e Liszt distribue as penas em principaes e accessorias, subdividindo-as em relação á vida, á liberdade, ao patri-

monio e á honra; Prins classifica-as em corporaes, moraes, patrimoniaes e privativas da liberdade; e Alimena em corporaes pecuniarias, e restrictivas da liberdade e da capacidade civil e politica, artistica e scientifica.

A materia em si pois é extranha ás questões capitaes do direito penal, mas ha alguma cousa a examinar sobre a improcedencia de algumas penas que a antiguidade nos legou e que a tradição, o espirito de rotina mantem por entre institutos que lhes são incompativeis.

As penas corporaes ou torturantes são a de morte e as suppliciantes, entre as quaes a civilisação moderna que eliminou-as mantem o chicote.

Da pena de morte já dissemos que é uma das manifestações da criminalidade nata mantida pelos legisladores de muitos paizes. Si Garofalo é seu advogado com o assentimento de Lombroso, Ferri vinga a civilisação dessa injuria na mesma ordem de ideas da escola positiva. Folgamos de ver o argumento de Garofalo combatido por Chaves, entre nós: "Não é só o exemplo de Toscana, onde á cessação das execuções de 1774 a 1816 e de 1881 por diante, não correspondeu o augmento dos crimes.... Na Belgica.... a grande criminalidade está estacionaria desde 1831, sem que a grande diminuição, a principio, e depois a abolição de facto da pena de morte tenha determinado a sua recrudescencia. Na America do Norte, no Estado de Michigan.... a suppressão da pena de morte não acarretou o augmento dos assassinatos. Na Suissa se alguns cantões a res-

tabeleceram depois de revogado o art. 65 da Const. Federal, a maioria, representando 4|5 da população total da Confederação, não o fez, o que parece indicar uma diminuição ou pelo menos o *statu quo* da criminalidade. E é para reparar que o movimento abolicionista continua cada vez mais triunphante. Em todos os paizes, onde a pena de morte figura nas leis, as execuções, ou estão de facto supprimidas, ou tornam-se cada vez mais raras, com as commutações. Na Belgica data de 1863 a sua não applicação. Na Allemanha são executados apenas 5% dos condemnados á pena ultima; na Inglaterra 25%; na Austria 8%; na França de 1900 a 1906 9%. Foi abolida pelo Novo Cod. Penal da Noruega; o Russo diminuiu a sua applicação, restringindo-a a certos crimes politicos; e o projecto doCodigo Penal russo não a contempla. Entre nós, antes que oCodigo Penal de 1890 a relegasse já estava de facto extincta pelo direito de graça; e a Const. Federal no par. 21 do art. 72 excluiu a possibilidade de sua adopção.

Mesma cousa se dá com a pena de chicote, mantida na Inglaterra, Dinamarca, Montenegro e Russia, além da China e Estados barbaros como ella, do mesmo modo que entre os povos selvagens e como medida disciplinar além daquelles Estados, na Suecia, na Allemanha e nos Estados Unidos bem como na França para os *apaches*; o que é defendido por Cuche, Maxwel, Lacassagne.

Felizmente vemos em Prins ella ser qualificada de deshonrante e em desaccordo com as civilisações. Basta lembrar que essa pena

surgiu com a escravidão, a principio da mulher e depois dos vencidos na guerra, para vêr que por tão aviltante origem é indigna do homem moderno. Si o condemnado é incorrigivel que seja eliminado e nada mais.

Si é corrigivel ou si a sua incorrigibilidade é duvidosa, que não lhe arranquem o ultimo grao da vergonha, tractando-o como escravo, dando-lhe a consciencia de nada valer na vida e em vez de inocular-lhe no espirito a idea da necessidade de sua punição, fazendo surgir a da revolta contra o supplicio.

As penas patrimoniales ou pecuniarias, originadas da composição são hoje a multa e a confiscação que nos Codigos modernos vae se tornando parcial.

A multa, não obstante a sua sustentação por Liszt, é uma pena para o pobre que não a podendo pagar tem de ganhá-la e nesse caso ferindo os interesses da familia, ao contrario da affirmação do mesmo auctor; mas nada para o rico, a não ser um golpe a sua paixão pelo dinheiro si é já usurario.

A confiscação está no mesmo caso, com a differença de ser uma extorsão do patrimonio porquem deve garantir a propriedade, que é o Estado.

Só uma razão justifica a pena patrimonial, que é a indemnisação do damno causado pelo delicto, alem da confiscação dos objectos que serviram para a perpetração do crime, o que não precisa commentario.

As penas moraes em accepção restricta são a reprehensão, a condemnação condicio-

nal e a publicação da sentença de condemnação.

A reprehensão (admoestação ou reprimenda) apparece já em Roma contra o incendiario por imprudencia e está em alguns Codigos modernos, allemão, italiano, russo, espanhol, portuguez, para delictos ligeiros.

A publicação da sentença de condemnação, existe tambem em alguns codigos modernos como o francez o italiano e o norueguez, para delictos de injuria em Noruega, punidos com ergastulo na Italia, etc.

A condemnação condicional existe na Belgica, França, Allemanha, Portugal, Noruega e Suissa, em lugar das penas de prisão de curta duração, practicado o crime pela primeira vez (Belgica) havendo obrigação de reparar o damno causado pelo delicto (Noruega). Na Inglaterra e Estados Unidos a suspensão (probation) é anterior á condemnação, isto é, suspende o julgamento do indiciado.

A suspensão da condemnação ou da pronuncia parece-me boa, desde que appellando para a correcção do individuo que protege com a não divulgação do crime satisfaz a indemnisação do damno da parte offendida e procura obter um homem que estava no pendor dum selerado; mas a reprehensão e a publicação da sentença condemnatoria me parecem contraproducentes. Reprehende bem o pae ao filho menor mas isto mesmo deve ser de modo que lhe dê vergonha em vez de tiral-a, em particular e não em publico: ao contrario elle se deixa ir pelo pendor como a pedra que perdeu o ultimo apoio e rola para o abysmo.

Ora a publicação da sentença condemnatoria é o que ha de mais publico e feita alem disto sobre um homem que outra circumstancia não educa mais, tirando-lhe o estímulo da boa reputação e entregando-o ás vistas da curiosidade geral como um criminoso. E' uma queda de que não se levanta mais.

As penas moraes em accepção ampla (Prins) ou juridicas em accepção restricta (Alimena), são as privações de direitos. Roma teve ás suas *capiti diminutio, maxima*, da cidade, *media*, da liberdade e *minima* da familia, Depois os povos instituiram a morte civil; e afinal codigos modernos tem a de interdicção, como o italiano, o norueguez, principalmente como accessoria á pena capital. O codigo brasileiro e mesmo nossa Const. Federal é assim que a trazem art. 71 par. 1.

Neste aspecto não é uma pena é um reforço da pena, que só pode ser justificado quando o interesse publico o exigir. Assim pelo nossoCodigo penal art. 55 as penas de mais de seis annos de prisão celllular trazem a suspensão de todos os direitos politicos, a perda do officio electivo, emprego publico, respectivas vantagens e vencimentos; a perda de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas; e a perda de todos os *munus* publicos. Pelo Const. cit. toda condemnação criminal suspende os direitos politicos.

Entre as penas privativas de direitos estão as penas principaes que são as privações da liberdade: prisão, deportação e transportação. Pela impossibilitação em que se acham os punidos de continuar a offender a sociedade e em

certos casos pela possibilidade de sua reforma procurada pelo regimen da prisão e da transportação são as unicas penas dignas d'uma sociedade de homens modernos, amantes da liberdade e justos apreciadores do valor da vida humana.

A deportação ou expulsão do territorio sempre existiu. Na Grecia foi a pena dos crimes politicos, chamada ostracismo, que infelizmente feriu homens prestimosos como Themistocles que recusou a vingança proporcionada pelos persas morrendo das suas consequencias, Aristides que elle mesmo fizera deportar e que ao sahir da patria fazia votos pela sua prosperidade, alem de elevar as finanças e continuar pobre até á morte. Só teve a vantagem de affastar a morte pela cecuta que até então fazia estragos, como aconteceu com Phocion o homem tão superior ás approvações como aos clamores das multidões, que inflexivel ás censuras tomava os applausos, como originados de tolices do orador, para não fallar em Socrates etc.

A prisão tambem veio da antiguidade. A Grecia teve o *Circulo Noturno* por exemplo Roma deu-lhe trabalhos forçados (*ad malla*). A idade media serviu-a dos logares mais fortes e immundos dos castellos e dos claustros. Depois constituiram-se verdadeiras prisões. Veneza teve as *piombi*, Mantua as *forni*, Firenze as *Sturches* etc. No seculo XVI S. Carlos de Borromeu fundou uma em Milão. Em 1550 appareceram diversas em Londres. Em 1558 em Nuremberg. Em 1595 em Amsterdã. No seculo XVII a Franca tem as *bagues*, a Ingla-

terra os *goels*, a Allemanha e Hollanda suas *zucht-rapel e spinhauzer*.

Todas essas prisões são caracterisadas pela miseria, tortura, promiscuidade, febres infecciosas que se propagavam fora. Na India morreram duma só vez asphyxiados pela falta de ar sufficientemente puro, em uma só sala cerca de 300, trepando uns sobre outros para respirar na unica fresta existente, segundo Figuier relata no seu Tractado de physiologia.

Foucher e Richard auctores do trabalho sobre Habitações da *Encep. de Medecine e hygiene* dirigida por Jules Rochard, dizem a respeito. As prisões tem sido em todos os tempos os mais insalubres dos estabelecimentos publicos e isto se concebe. A gente que ahi se detem não é interessante e o espirito de justiça e de piedade que é o fructo de civilisação avançada, é só o que pode pleitear em favôr de semelhante pessoal. A idade media não conheceu esses escrúpulos, legando-nos a lembrança de ferocidades inauditas e alguns specimens de masmorras cujos aspectos nos produzem arrepios... Recentemente ainda o grande Chatelet continha negros calabouços infectos onde o preso acorrentado não podia estar em pé nem deitado, com as infiltrações do Sena penetrando por todos os lados, banhando-lhe os pes e tendo por companheiros sapos e reptis. Villermé disse apoz sua inspecção de diversas que são logares onde se enterram vivos os prisioneiros, parecendo que a justiça quer que elles morram por um ar envenenado. Faziam da prisão um espantallo.

Só a prisão de Amsterdam em 1595 se ca-

racterisava pela ordem e disciplina e *separação dos detidos á noite*, porque era a cidade então o refugio da tolerancia e da liberdade diz Prins.

Entretanto já no seculo XII em Florença separaram-se os sexos. Mais tarde as prisões de Gand e de Vilvorde tinham instrução aprimorada, e S. Michele em Roma educava a infancia culposa.

Ao lado das cadeias, surgiu a colonia penal agricola, principalmente apoz as descobertas da Africa, Asia e America. Portugal por exemplo enviou para o Brasil seus condemnados... As principaes colonias agricolas porem foram as de Inglaterra, Russia e França.

A Inglaterra transportou para a America, depois para Australia e depois Tasmania. A França para Guyanna e Nova Caledonia, ora com liberdade (deportação) ora com trabalho obrigatorio (relegação). A Russia para Siberia e ilha Sakhalina, com trabalho forçado (katorga) ou livre nos governos de Irkutsk, e do Caucaso.

A de Inglaterra começou em 1718 sob Carlos II, como pena immediata á de morte, enviando os criminosos para a America, sem nenhum pensamento moralizador e sem prosecução de fim colonial e até mesmo sem apuramento duma classe de crimes ou de penas. Em 1775 a insurreição americana extinguiu a colonia; e Howard e Bentham propuzeram abandonar o systema e voltar ao das prisões metropolitanas.

A descoberta da Australia por Cook fez voltar a idea de desembaraçar se a metropole

de seus criminosos e iniciou-se nova colonia penal em 1787, que até 1820 foi um lugar de martyrio, com muito trabalho de desbravar as terras e sem alimento, alem de applicações frequentes de ferro e chicote, diz Cuche, pela preponderancia do elemento penal.

De 1820 a 1830 a colonia torna-se de elemento livre preponderante e o contracto de mão d'obra torna-se o elemento capital da pena, onde a existencia do transportado era facil ou miseravel segundo o character de seu dono, pois elle era o escravo temporario do que o explorava. O colono livre explorou resolutamente o trabalho do convicto e ninguem escandalisava-se com isto. Afinal com a prosperidade da Australia affluiu a immigração livre e em 1825 apparece em Nova Galles do Sul opposição á transportação que se accentuou e generalizou em 1830. Desta data por diante a colonia penal é caracterisada pela lucta da colonia livre contra a metropole pela remessa habitual de criminosos; e na Inglaterra augmentava rapidamente a criminalidade suppondo-se devida ao systema repressivo, á inefficacia das penas. Afinal foi suspensa em 1840 salvo para os liberados condicionaes, o que acabou em 1868.

A Russia tem a colonia agricola penal com trabalhos forçados, chamada *Kartoga*, que desde tempos se faz no rio Amor e na ilha Sakhalina. Os transportados para Sakhalina vão para uma prisão melhor, onde gozam de meia liberdade e depois são enviados como colonos não liberados (*poselentsi*) ás cidades onde tem que construir sua casa e preparar

seu campo, tendo apenas uma foice, uma serra e algumas cordas, alem d'uma provisão de farinha para um anno. O resultado diz Cuche é que só cuidam em evadir-se, a vagabundagem é seu genero de vida habitual e o roubo seu meio de existencia, sem fallar do alcoolismo que estraga aldeias inteiras e da prostituição de que só escapam tres mulheres por cento.

Movimento humanitarista e systemas penitenciarios, cellular, mixto e progressivo.

Afinal appareceu o humanitarismo que a par de outras cousas combateu o mau estado das prisões e reformou-as.

Em Italia os professores Tolosano, Bonavita e Bonacosta esforçaram-se pela ideia da pena ser destinada á correcção. Beccaria clamou contra os rigores da prisão, em face do proprio utilitarismo.

Em França S. Vicente de Paula estendeu aos presos sua caridade, o monge Mabillon combateu o mau estado das prisões dos claustros, Montesquieu bateu a practica das represões existentes, Mirabeau preconizou o isolamento com trabalho obrigatorio e afinal Lucas dedicou-se em toda a sua vida á melhora do systema penitenciario.

Onde porem o humanitarismo por assim dizer-se nacionalisou foi na Inglaterra e nos Estados Unidos, nesta raça que descobriu a atração universal e o cooperativismo, a selecção natural e o federalismo republicano e que a

par dos novos reinados da sciencia e da liberdade montou o da electrecidade e do dinheiro.

Na Inglaterra, pelo seculo XVIII, o philanthropo Howard, apoz suas viagens, não só escreveu dois livros, *Estado das prisões* e *Historia dos lazaretos*, onde censurou o mau estado dos mesmos, como influuiu para se construírem cadeias em Horshan, Portsmouth e Gloucester de 1779 a 1785 e foi secundado pela *Howard Association*. Bentham occupou-se disto na *Legislação civil e criminal* e endereçou a Camara legislativa o *Panopticon*, memoria sobre uma cadeia modelo, onde um só funcionario, duma posição central vigiava todos os presos (e que foi realisado em França na cadeia de Mazas), tendo por obrigação o trabalho, e como regimen a separação com vigilancia rigorosa e semiliberdade posterior, origem da liberação condicional. Afinal Macnochie, por sua conta transformou o presidio da ilha de Norfolk, que vivia em constantes revoluções, punidas tão severamente que os presos mostravam preferir a morte, em uma população pacifica, pondo a sorte dos condemnados em suas proprias mãos por habitos de economia e previdencia; e Walter Crofton poudé montar o systema progressivo.

Nos Estados Unidos o *quaker* William Penn, fundador do Estado da Pennsylvania tendo soffrido prisões por sua perseguição religiosa tomou a peito a reforma das cadeias, que outros *quakers* victimas eguaes continuaram ao ponto, de se tornar para os mesmos e em seguida para as colonias, um elemento religioso; diversas sociedades organisaram-se

nesse sentido; é afinal Franklin, tendo assistido na Inglaterra á propaganda de Howard, levou-a para a patria e fundou em 1787 a *Sociedade de Philadelphia* para alivio das misérias das prisões publicas, que manteve com Howard uma correspondencia assidua, e que conseguiu da Assembleia legislativa da Pensylvania a construcção, a titulo de ensaio de uma prisão cellular, no logar mesmo da anterior prisão chamada *Walnut street Jail*; e depois duas novas cadeias, uma em Pittsburg e outra em Philadelphia, etc.

Este movimento propaga-se a todos os paizes. Holtzendorff affirma que todo homem tem valor mesmo quando é criminoso. Gaukler que augmenta o sentimento de piedade e diminue a reacção contra o delinquente, dizendo Orkanski que o odio é um sentimento do selvagem, Denoque que a pena deve deixar de ser um soffrimento e Ferrero que o progresso moral consiste na repugnancia crescente em infligir dor as creaturas humanas ou vivas, e o proprio Ferri que á pena circumscripção á eliminacção e segregacção do criminoso, sem odio ao crime, porque este deve ser interpretado como uma molestia.

A reacção não se faz esperar, Garofalo lembra que esquecem os offendidos, outros, que as victimas tambem tem valor, e muitos que se favorecem os criminosos em esearneo aos individuos e familias miseraveis e honestas.

Dahi uma porção de congressos penitenciaris para resolver a questção delicada da punição, de Londres, Stocholmo, Roma, S. Pe-

tersburgo, Paris, Bruxellas, Buda Pesth, Washington.

Esse movimento humanitarista produziu porem os systemas penitenciarios modernos, todos os quaes, cellular, mixto e progressivo, pretendem corrigir os defeitos do antigo systema communista, desmoralisado pela experiencia de tantos seculos, na prostituição das mulheres e depois que estas se separaram, na corrupção dos homens que ainda tinham alguma cousa a perder ao contacto dos individuos completamente degenerados e sem que vigilancia possivel tivesse a força de evitar.

Os Estados Unidos produziram ou melhor aperfeiçoaram o systema cellular, que produzindo mau effeito foi logo abandonado. A Inglaterra ou melhor a Irlanda produziu o systema progressivo que tem approvado, principalmente nos Estados Unidos que o tornou reformatório.

O systema cellular consiste em isolamento absoluto e continuo de dia e de noite com trabalho obrigatorio.

Podem-se encontrar seus germens nas prisões de Florença no seculo XII onde separaram-se os sexos e mais propriamente nas de Hamburgo, em 1522, seguidas das de Bremen, Munich, Franchfort, em que apparecem as cellulas. Howard combatendo a transportação de que sua patria (Inglaterra) abusava, defendeu o systema, promovendo o levantamento das cadeias de Horsham e Gloucester, com cellulas e regulamentos disciplinares, aconselhando para suavisar o regimen a não continuidade, a educação profissional, moral e religiosa, alem

da hygiene e alimentação fortificante e do trabalho obrigatorio: Em 1790 fez-se em Philadelphia a cadeia de Walnut Street, e afinal em 1817 a *Eastern Penitentiary of Pennsylvania*, tambem chamada *Cherry-Hill*, por força da *Society Philadelphia* inaugurada em 1787 por Franklin, num terreno fertilisado pelos *quakers*, desde William Penn, fundador da colonia. Passou á Belgica, Allemanha, Hollanda, Suecia, Russia, França.

A França realisou na cadeia de *Mazas* a idea do Panopticon de Bentham com cellulas dispostas em galerias irradiando em torno dum ponto central, de modo que um só guarda fiscalisa todos, e com tal conforto que a temperatura é mantida a 15.º

O systema penitenciario mixto consiste em isolamento absoluto á noite, com trabalho em commum durante o dia e obrigação do silencio imposto a chicote classificados os presos pelo sexo, idade, culpa e aptidão para o trabalho. Elle surgiu segundo Cuche na prisão de Amsterdam seculo XVII quarteirão dos menores, no hospital de S. Michel e na prisão de Gand, seculo XVIII; mas foi realisado com relevo em Auburn, New-York em 1816, donde tomar o nome auburniano; e dahi passou á Genova, Saxe, Austria, Dinamarca, Suissa.

O systema progressivo, assim chamado porque contem quatro periodos, consiste no primeiro em isolamento absoluto de dia e noite por nove mezes, com obrigação de trabalho, como no cellular, para recolhimento e temor; seguido dum periodo mixto, de isolamento a

noite com trabalho em commum de dia e obrigação de silencio, dispostos os presos em grupos por sexo, idade, culpa e aptidão para o trabalho, continuado em terceiro periodo por uma instituição nova, trabalho diario, fora de estabelecimento ao ar livre para habituar os pulmões; e terminado por um novo periodo de libertação condicional apoz o cumprimento dos tres quartos de pena, pelos processos anteriores, ficando o liberado sob a fiscalisação da policia na Europa e dum encarregado disto na America, e deixando as vestes de forçado conversando, sahindo etc na Irlanda. Foi a systematisação feita na Inglaterra por Walter Crofton do regimen elaborado por conta propria na ilha de Norfolk pelo practico e capitão Maconockie em 1840. Seu espirito é uma instituição de marcas que o convicto obtem por trabalho e comportamento que não podem exceder a 8 por dia e em numero de 2920 o fazem passar da 3 classe á 2.^a e desta á 1.^a bastando 720 para sahir da classe de prova melhorando sempre de condições pois na classe inicial, de prova nada ganha, na 3.^a um shilling, por mez, na 2.^a um shilling e seis pence, na 1.^a meia corôa, e o mesmo dá-se no alimento. Segundo Cuche existe na Europa um estabelecimento penitenciario onde o regimen inventado por Walter Crofton é applicado em sua integralidade, pois na Irlanda com a retirada deste homem das prisões, estas perderam a força no periodo da liberação condicional, que é o de Lepoglava na Hungria, onde durante a posição intermediaria, os condemnados são espalhados nas lavouras.

Ao systema progressivo deve-se ligar o Reformatório de Elmira junctamente educador de crianças e reformador do adulto fundado em 1876 em New York, á instigação da *New York Prison Association*, e entregue ao humanitarista Brochway que o tem conduzido aos melhores resultados, e cujo exito parece devido ás sentenças indeterminadas, por que se bateu o director sempre, mas que em realidade é devido ao systema mais progressivo ainda que o irlandez, pois tem por traço característico segundo expõe Cuche o regimen da multiplicação das classificações e das graduações qualquer que seja o tempo da condemnação onde a cada esforço o condemnado sente que sobe e a cada fraqueza que cahe, passando por tres categorias, começando por sua classe de disciplina, onde accumulando marcas passa para a segunda, e accumulando outras *marcas* passa depois de seis meses a primeira e continuando a ter marcas sufficientes apoz outros seis mezes fica liberado condicionalmente, sendo geralmente entregue a um patrão que informa sobre sua conducta ao funcionario encarregado

O reformatório de Elmira foi imitado em muitos Estados, Massachusetts, Pensylvania, Minnesota, Illinois, Ohio, Indiana, Visconsi, New-Jersey, dizendo Barrows na Sociedade das prisões que se pode considerar a instituição como implantada nos Estados Unidos.

Alem dos systemas penitenciarios existem as colonias agricolas que são regiões affastadas do paiz para onde são remittidos os condemnados por crimes graves em alguns paizes, como Russia, França e até bem pouco

tempo Inglaterra, de ordinario Estados que tem colonias. Ella existiu na Grecia, e em Roma apoz as proscipções de Sylla foi a relegação e sob Augusto a deportação sem liberdade, organisada sob Tiberio. Suas desvantagens já conhecemos.

Individualisação da pena : sentença indeterminada e liberação condicional.

Individualisação da pena é a adaptação da pena ao criminoso por certos processos entre os quaes estão a indeterminação da pena pela sentença e a liberação condicional.

Indeterminação da pena pela sentença indeterminada é o facto de ficar a pena sem duração predeterminada, podendo apenas assignar-lhe a sentença um *maximum* e um *minimum*; quando ora o criminoso é novo, de 16 a 30 annos e primario, não reincidente (Em Elmira), de modo que pela pouca idade e pelos bons precedentes mostra que é corrigivel, não obstante ser grave o crime, para ser reformado ou educado, ora o criminoso é velho de mais de 30 annos ou reincidente (em Ohio) de modo que pela grande idade ou pelos maus precedentes mostra que é incorrigivel, não obstante o crime não ser grave, e assim deve ser detido indefinidamente na cadeia, salvo si contra a inferencia aproveitar caso em que será beneficiado pela liberação condicional e afinal posto em plena liberdade.

A primeira hypothese chamada pena de reforma é a favor do criminoso e foi suggerida em New York em 1867 por Wines e Dwight que num Relatorio apresentado á legislatura daquelle Estado, concluíram: Muitos espiritos na Europa e na America foram conduzidos por suas investigações e reflexões a esta conclusão que as sentenças fixas são falsas em principio e devem ser substituidas pelas sentenças reformatórias. Em 1870 Brockway expoz no Congresso de Cincinnati suas ideas, onde está que as sentenças fixas devem ser substituidas por sentenças indeterminadas e a applicação da pena não deve findar por expirar um prazo mas pela prova devidamente estabelecida da reforma moral.

Devido a isto diz Cuche que a lei do Reformatorio de Elmira determina que a duração do internamento não pode ultrapassar a duração maxima estabelecida pela lei para o crime commettido e quanto ao minimo o regulamento prefixa doze mezes de sujeição á disciplina do reformatorio.

A segunda hypothese chamada pena de segurança é a favor da sociedade e surgiu em 1885 em Ohio mandando deter-se indefenidamente os criminosos habituaes. Nesta se converte a primeira hypothese si o condemnado não se educa porque não é posto em liberdade: e ha quasi a mesma cousa quando ocorre reincidencia na prisão porque esta fica prolongada por nova sentença: é, diz Ferri, a pena cumulativa ou progressiva de Murry e Brown e dos codigos da India e do Japão. E' tambem o que se pratica em Massachusetts e Illinois, no Uru-

guay apoz a abolição da pena de morte; na Australia, Nova Zelandia e Transvaal. Uma lei inglesa de 1908, e um projecto de codigo penal austriaco da mesma data applicam ao criminoso perigoso uma detenção supplementar indeterminada com o *maximum* e o *minimum* prefixados. O projecto suisso permite substituir a pena determinada pela prisão indeterminada no caso habitual. O Codigo noruego auctorisa pena supplementar no criminoso reincidente e incorrigivel.

Prins quer que se individualise a pena na medida do possivel, acha sua origem na distincção romana dos *humiliores e honestiores* e na distincção salica para a determinação da tarifa do *wehrgeld*, entre escravos, livres e nobres.

A differença é que a individualisação moderna não restaura privilegios mas reconhece differenças de natureza entre os delinquentes, de modo a cada grupo ter um factor psychico proprio a agir contra o criminoso, como pensam Wahlburg e Saleilles.

E' para isto que elle distingue os criminosos educaveis dos incorrigiveis e dos anormaes que dão tres ordens ás penas.

Afinal surge a theoria da individualisação da pena determinada pela criminalidade latente, virtual, do criminoso como ser perigoso e da criminalidade concreta do facto criminoso, em seguida as classes de criminosos que para Saleilles são tres, sem criminalidade propria, de criminalidade superficial e de fundamental a que correspondem penas intimidantes, reformadoras, eliminadoras; o que

foi desdobrado por Cuche accrescentando os menores e as suas penas educadoras; e ainda mais por Prins distinguindo-os anormaes (alienados e defeituosos) cujas penas devem ser preservadoras, e os normaes que si não menores devem ser educados, e si maiores reprimidos pela reforma si são corrigiveis e por eliminação si incorrigiveis; sendo ao contrario restricto por Chaves, que só admitte tres systemas, educativo dos menores, reformativo dos adultos corrigiveis e eliminativo dos incorrigiveis.

Liberação condicional é a suspensão da pena ou mesmo da condemnação nos crimes que tem penas ligeiras, por ter o criminoso boa conducta que no ultimo caso é anterior á practica do crime, ficando o liberado sujeito á fiscalisação nos Estados Unidos ou á caução na Inglaterra, ou sem esta sujeição na França e Belgica e não reincidindo no acto criminoso.

Tem assim duas hypotheses. A primeira das prisões longas appareceu em 1847 nas transportações dos condemnados em crimes graves para Australia e tem como rasão aproveitar-se a melhora do criminoso, animando-o a proseguir a correcção iniciada. Da Inglaterra propagou-se a Portugal, Saxe, Suissa, Servia, Allemanha, Dinamarca, Croacia, Hollanda, França, Belgica, Italia, Suecia, Noruega, Brasil (art. 50 do Codigo).

A segunda hypothese das prisões ligeiras appareceu em Massachusetts em 1869, quando o preso era jovem e applicou-se em Boston 1878 aos presos adultos, suspendendo-se a con-

demnação para, evitar as prisões de curta duração e assim ganhar a sociedade em vez de perder um homem.

Tambem se propagou a varios paizes, como Inglaterra, Belgica, França, Genova; Luxemburgo, Portugal, Allemanha, Noruega e muitos cantões suissos e Sião.

Variam as especies de penas que ella evita com os paizes. Na Belgica deve ser de 6 mezes para menos. Na Suissa e Sião de um anno para baixo. Na Inglaterra e Estados Unidos de 2 annos para menos etc.

Tivemos um Projecto de 1906 modelado segundo Chaves pela lei francesa auctorisando a concessão da liberacção condicional por prisão de cinco annos para baixo não reincidencia e ausencia de perversidade ou corrupção de character no delinquente etc; e combatido por excluir as reacções moraes da pena, por diversos deputados; quando deveria ser apenas adaptado á experiencia dos povos civilisados, pela restricção aos dois casos conhecidos, prisão ligeira e bom comportamento anterior, ou prisão longa e bom comportamento posterior durante muitos annos, para em ambos os casos aproveitar um homem dentre os criminosos.

Essa questão ferida em nosso congresso é mais geral.

Os classicos em geral, pelo menos os sec-tarios do principio da justiça e do moral, para não fallar dos da expiação religiosa, repellem a liberação condicional que fere de frente a um desses principios.

Os utilitaristas, bem como os naturalistas

e criticos, a aceitam, excepção de Lombroso que vê nella um dos factores do augmento do delicto (!). Ferri por exemplo aceita-a como um dos processos punitivos convenientes para os criminosos occasionaes, de crimes ligeiros; e Garofalo apenas entende que deve variar com as condições sociaes e com os sentimentos moraes dos povos. Prins entre os criticistas a restringe dizendo que o preso cuja conducta em prisão fôr exemplar, mas que não possuir fora apoio moral ou material, não offerece segurança e no seu interesse mesmo deve se hesitar em liberal-o definitivamente. Va; mas não se dando este facto deve ser liberado.

Classificação das penas pelo criterio finalistico ou funcckional, em meramente repressivas e reformadoras ou educadoras.

As penas por si são todas repressivas qualquer que seja o meio de repressão, eliminação ou segregação, reparação ou privação etc. E' o regimen que pode tornar a pena de prisão reformadora ou educadora.

Os classicos umas vezes levados pelo sentimento de odio ao crime outras vezes ao contrario pelo sentimento de piedade pelo criminoso e mesmo de dignidade social incompativel com as torturas impostas aos criminosos assignaram indevidamente a toda pena um fim ora intimidante ou mesmo repressivo (utilitarios e jurisdiccistas), e ora emendador (moralistas), para não fallar na antiquada expiação dos theologos.

O humanitarismo que não se filia a nenhuma das escolas criminaes, pelo menos nos seus ultimos representantes, a partir de Howard, foi que modificou essas ideas fazendo a educação e a reforma depender não da pena de prisão mas de seu regimen.

Os naturalistas, abandonando essas ideas, dictas chimericas, de odiosidade ao crime, porque elle é uma fatalidade organo-psychologica, contra a qual o homem tarado não pode ir, bem como a de humanitarismo e de dignidade social que só favorecem o criminoso, em um verdadeiro escarneo á miseria honesta, tem outras suggestões que entretanto são favoraveis ao criminoso.

Ferri tendo considerado a pena unicamente como um processo de defesa social e concommittantemente como um remedio á uma molestia da sociedade, *tomado pelo organismo social* (!), classifica esses processos defensivos ou remedios em *eliminatorios* dos criminosos incorrigiveis, ou natos que são as colonias agricolas e a morte enquanto existir, e cujo fim é evitar a reincidencia; *repressivos* dos criminosos corrigiveis em crimes graves, e que são as mesmas transportações a colonias agricolas, detenções em carcerees etc, com certa temporariedade, *reparadores* quando possivel do damno causado pelo delicto nos pseudo crimes dos passionaes e nos crimes culposos e fortuitos; e *preventivos* que substituem as penas, evitando os crimes.

Garofalo labora nas mesmas ideas, definindo a pena como reacção social que é exclusão do membro cuja adaptação ás condições

do ambiente se revela incompleta ou impossível, dizendo que basta o individuo numa occasião unica não se comportar consoante aos principios de conveniencia, de honra e de moral para induzir-se que as sotopõe ao praser do egoismo; e em seguida deve ser *eliminado* pela morte ou pela mudança de meio, para que se effectue a boa selecção social; e em seguida classifica as penas em *eliminadoras* dos grandes malfcitores ou dos assassinos, *relegadoras* dos impulsivos, *deportadoras* dos ladrões, *reparadoras* dos crimes ligeiros, etc.

A terceira escola tem soluções divergentes e tomadas ás duas escolas extremas.

Liszt descortina em toda pena *segregação* do criminoso para não offender a sociedade, *intimidação* para revigorar as representações enfraquecidas que reprimein os maus instinctos e *emenda* para modificar o character.

Prins distribue-as em *eliminadoras* dos adultos de mau passado, *educadoras* dos jovens e adultos de bom passado e preservadoras ou medicadoras dos anormaes em manicómio.

Alimena classifica-as em *repressivas* dos criminosos propriamente dictos *reformadoras* dos menores e vagabundos e *educadoras* dos surdos mudos e *medicadoras* dos alienados em manicómios, dando á toda por fim immediato a *segregação* do criminoso para não lesar á sociedade, tendo uma disciplina *emendadora* e por fim mediato a exemplaridade que age como motivo opposto ao crime na consciencia de todos.

A pena, pondo de parte o caso da repara-

ção do damno e da prevenção por processos previos, será simplesmente *eliminadora* dos criminosos natos ou incorrigiveis e *repressiva* dos criminosos occasionaes ou corrigiveis, operadas porem ambas pelas colonias agricolas, com variação do tempo de duração como, quer Ferri ou pondo de parte ainda as preservadoras ou medicadoras dos anormaes, será a pena *eliminatória* dos adultos de mau passado e tambem *educadora* ou reformadora dos adultos de bom passado e dos menores, como quer Prins, ou ainda pondo de parte as educadoras de surdos mudos e medicadoras de alienados, será a pena *reformadora* dos menores e vagabundos e *repressiva* dos criminosos propriamente dictos, como quer Alimena?

Ha ahi uma questão de criminosos e outra de finalidade da pena determinada pela solução da primeira, alem da questão nominal que não tem importancia mais.

A questão do criminoso nato sahe fora deste estudo e já foi por nós resolvida no sentido do reconhecimento, *siat in quantum* até que a biologia resolva-a com proficiencia, do criminoso ser uma persistencia da barbaria dos antecessores dos povos civilisados actuaes, não só nos sentimentos da ferocidade ou de indifferença ao valor da vida humana, como no *typo physio-gnomico* geralmente semelhante ao *typo mongolico* que é o representante actual do descendente do homem de *Cro-Magnon*, antecessor mediato dos amarells pelo *typo* e dos europeus pela região, em que vivem e provavelmente se formaram as raças indoeuropeas de que provem, os celtas, depois hellenos,

depois italiotas, depois germanos pois todos elles desceram do norte para o sul, ficando na maior parte os ultimos em suas patrias ao lado dos slavos, e os indus a par de suas tradições emigratorias estão degenerados na Asia, provando pelas persistencias do typo primitivo, como a cor das creanças que foram irmãos dos europeus.

Tendo porem Ferri e como elle quasi todos os naturalistas reconhecido que existem criminosos natos incorrigiveis e criminosos occasionaes corrigiveis, devia ter logicamente concluido que os primeiros devem ser eliminados para não voltarem a estragar a sociedade e os ultimos reformados, porque não ha necessidade de eliminá-los desde que podem ser corrigidos e assim voltarem proveitosamente á sociedade; e em seguida as penas que são sempre repressivas tornam-se num caso eliminatorias e em outro reformadoras. E' a este resultado que chegam Prins e Alimena sob nomes differentes: eliminatorias (Prins), e repressivas (Alimena), dos criminosos adultos de mau passado (Prins), ou dos criminosos propriamente dictos (Alimena), e reformadoras (Alimena) ou educadoras (Prins), ou dos menores e dos vagabundos, o que desnatura a especie em questão, (Alimena).

Nossa solução da questão do typo criminoso não intervem aqui porque a corrigibilidade ou incorrigibilidade é phenomeno experimental que não pode ser resolvido deductivamente. Apenas pensamos que o criminoso nato é incorrigivel porque é um representante de antecessor mais antigo, lá para a selvageria

primitiva das raças actuaes que persistiu na barbaria e persiste na actualidade: sua característica é a ferocidade isto é, a inherencia de sentimentos maus; ao passo que é possível que homens das epochas transitorias, desses tempos barbaros ainda crueis (e talvez mais pela intelligencia desenvolvida á serviço dos sentimentos) mas em que já appareciam sentimentos bons em concorrência com os maus, se mantenham até hoje como criminosos passionaes, tambem gerados por cruzamentos de raças antagonicas; e ainda persistam homens de tempos em que acabavam os sentimentos ferozes e ainda não existiam os bons, que são os criminosos occasionaes.

Ora ambos estes têm condições para a reforma, a ausencia de sentimentos de qualquer especie no occasional, cuja reforma será o trabalho de lhe inocular um sentimento bom; e a coexistencia de ambos os sentimentos bons e maus no passional cujo trabalho de reforma será destruir o sentimento mau e fortificar o bom por exemplo mostrando-lhe que a mulher que elle offendeu é companheira e não escrava do homem (como elle sentia), portanto cooperadora indirecta da sociedade onde elle dignamente cooperava. Ambos esses grupos de criminosos (natos tambem, porque são hereditarios como os outros) que se podem chamar secundarios são reformaveis portanto e tanto mais quanto mais recentes ou novos até chegarem a educaveis na menoridade; mas os criminosos natos verdadeiros (os de Lombroso e sua escola) elles são unicamente eliminaveis porque não se destroe instincto.

Por outro lado os criminosos cujos actos provam a sua perversidade a ponto de dar-nos certeza de sua incorrigibilidade, não podem ser acompanhados por criminosos que por falta de manifestações de perversidade dão a esperança de ser corrigíveis, (não se devendo prejudicar uma questão de facto por uma hypothese de interpretação tão divergente como a do typo criminoso), sob pena de não serem os primeiros sufficientemente punidos ou de punir-se de mais aos segundos. A eliminação dos perversos faz-se por transportação ou cousa que o valha. ao passo que a punição dos não perversos faz-se por segregação ou prisão dentro da sociedade a que elle pertence.

Será melhor apagar sua differença, remettendo ambos para as colonias agricolas, como quer Ferri? Ainda o estudo não está sufficientemente feito, pela estatistica dos resultados do regimen reformador; mas por isto mesmo não se tem o direito de prejudicar a questão, e alem disto assevera-se a vantagem do regimen reformador.

Como quer que seja, no ponto de vista theorico a verdade é outra: Toda pena é por si repressiva, quando não se relacha ao ponto de tornar-se um gôzo; mas algumas se fazem por eliminação, affastando o criminoso do paiz, outras por segregação, mantendo-o dentro do paiz, a que pertence, e ainda outras pela privação de certos direitos entre os quaes estão os patrimonialaes que em certos casos effectuam uma *reparação* do damno occasionado pelo delicto, mas somente isto. O regimen da pena de prisão é que lhe dá outro character ou

modifica o caracter finalistico da pena. Assim a prisão mixta pode ser encarada como segregadora, a cellular como eliminadora e a progressiva como reformadora. Por outro lado, o regimen só, sem verdadeira pena, sem prisão pode ser educador, como é a entrega dos menores criminosos a casas de familias honestas, do mesmo modo que os paes o fazem muitas vezes sem ter havido crime.

O fim eliminatorio opera-se pela condemnação á morte e á transportação mas tambem pelo systema cellular.

A condemnação á morte não obstante ser ainda quasi universal, pois a tradicção e a rotina, si não a criminalidade primitiva a mantem, ja está abolida em muitos paizes que tiveram a sua frente como legisladores homens já inteiramente evoluidos. Garofalo que a sustenta no caso do delinquente ser inassimilavel, por convir-lhe a eliminação absoluta que é realisada pela morte, diz que é injusto fazer soffrer a um homem um mal mais grave que o que elle merece, unicamente com o intuito de exemplo servindo sem querer a ideada justiça e ao sentimento de piedade. Ferri vae adiante e conclue pela inutilidade da pena da morte. Afinal os humanitaristas, isto é, os homens que tomam a sociedade como ella é, uma cadeia de homens com consciencia e suas modalidades sobrepostas aos instinctos e reflexos animaes a repellem em nome dos sentimentos e da intelligência.

A transportação para as colonias agricolas pode ser tudo, condemnação á morte si a situação da colonia é má, mera eliminação, si é

boa e eliminação repressiva si as condições são taes que haja ali uma verdadeira pena.

Tractando da *Penitenciaria* Cuhe diz-nos a respeito das colonias agricolas de França que existem duas uma na Guyana e outra na Nova-Calendonia, que ambas não preenchem o seu fim repressivo e Foucher e Richard secundaram-o.

A colonia guyanense é a morte dos presos; a da Nova Caledonia o seu paraizo, ao ponto dos criminosos natos d'aquelle paiz matarem afim de ser para la transportados.

O mesmo occorria quanto ás colonias penitenciarias inglezas quando existiam, pelo menos durante o tempo que se faziam na Australia.

De 1788 a 1820 a colonia australiana era o inferno dos presos, muitas vezes sem alimento, sempre com muito trabalho de desbravar as terras incultas e applicações frequentes de castigos, ferro, chicote etc.

De 1820 a 1830 a sorte dos colonos penaes variou, era miseravel ou feliz, segundo o character do senhor, pois elle era escravo temporario do colono livre que o explorava resolutamente sem que ninguem se escandalisasse com o facto. De 1830 a 1840 epocha em que a colonia foi suspensa salvo para os liberados condicionaes que foram até 1868, a lucta dos colonos livres contra a metropole pela remessa dos transportados, o espirito liberal dos mesmos, e seu patriotismo conducente a reerguer a patria nova, affrouxaram de tal modo a repressão que a criminalidade augmentou rapidamente na metropole, suppondo-se devido á

inefficacia das penas. Em conclusão diz Cuche: No ponto de vista repressivo a transporção australiana nunca foi uma pena reformadora, a Inglaterra parecendo se desinteressar pela regeneração moral de seus convictos expatriados." Nem tão pouco foi repressiva. Ella teve para os colonos penaes ingleses a mesma attracção de Nova Caledonia para os francezes... Com um antigo governador da Guyana é preciso dizer que não ha colonisação penal ha simplesmente um emprego possível da mão d'obra penal aos colonos?... Falando da colonisação russa de Sakhalina continua Cuche: "O resultado é que só cuidam (os colonos) de evadir-se, a vagabundagem é seu genero de vida habitual e o roubo seu meio de existencia, sem fallar do alcoolismo de tal modo intenso que aldeias são estragadas e da prostituição a que só escapam tres por cento das mulheres.

A vista do exposto vê-se a que fica reduzido o elogio que dellas faz o Ferri fazendo nellas consistir a punição dos adultos incorrigíveis e corrigíveis de crimes graves, sendo perpetua nos primeiros e temporaria nos segundos, pelas vantagens do trabalho ao ar livre, hygiene e moral que melhoram as condições sociaes da lucta pela vida, conservam os laços da familia, e dão aos criminosos um destino natural, de colono da região onde cumpre a pena, sem as insufficiencias do patronato, e ao Estado as vantagens da colonisação de suas terras.

O systema cellular é uma condemnação á uma morte operada lentamente. A prisão de

Valnut Street em Philadelphia fez a experiencia do isolamento sem trabalho, livros e visitas e foi tal o resultado que ficou conhecida como prisão para os condemnados á morte. Ferri chama-a de maior aberração do seculo XIX porque elimina o instincto de sociabilidade, produz a tuberculose e a loucura; isto quando é verdadeira porque no caso contrario é um insulto atroz e revoltante á miseria honesta pelas suas sumptuosidades. Lombroso tambem a ataca nos seus *Palimpsestos das prisões*. Já Aristoteles disse que para viver preso é preciso ser deus ou bruto.

Dizem que Pelisson fez a educação duma aranha na masmorra da Bastilha. O medico Beauvais, que operou na prisão de Mazas em França julga que ella não convem aos sanguineos, plethoricos, apopleticos, trazendo-lhes congestões cerebraes, hemorrhagias nasaes ou pulmonares; e aos anemicos e nervosos, a que trazem prostrações, palpitações, inapetencias e allucinações. Favorece a tuberculose e accelera sua evolução. Bonnet diz que ella exerce terrivel influencia sobre o physico e o moral, intimida pouco e não impede a perpetração do crime. O suicidio é frequente. A de Louvain leva ao embrutecimento visinho do idiotismo. O dr. Collineau affirma que traz alienação mental." Deste modo as suas vantagens que são a incommunicabilidade dos vicios e a libertação da influencia dos maiores é destruida pela molestia e pela incapacidade para viver fora da prisão. Gauthier no *Mundo das prisões* julga que na organização actual das mesmas, tudo é combinado para esmagar

e individuo e destruir seu pensamento e sua vontade. Prins diz que não se prepara o homem para uso da liberdade social, extinguindo-se do seu espirito a imagem da vida e da sociedade.

Não é só o systema cellular que é defeituoso, que não alcança o seu verdadeiro fim.

O mesmo acontece com o systema penitenciario communista e com o mixto; mas com uma differença, que é o communista ser francamente repressivo, e o mixto pretender erroneamente reformar o condemnado, alem do primeiro ser dissolvente ou corruptor de alguns detidos que ainda tenham possibilidade de emenda.

As prisões communistas dizem Faucher e Richard na *Encyclopedia de Medicina e hygiene* de Jules Rocher são escolas de crimes.

Os criminosos mais perversos fazem leis e seus discipulos são duma docilidade a toda prova. Já se vê que fora das prisões os chefes continuam a imperar e em suas mãos as naturezas instaveis se tornam verdadeiras manivellas.

As prisões mixtas ou auburnianas com o isolamento á noite não chegam a essa degeneração; mas tambem não conseguem melhorar os presos, porque não tem estimulos, limitando-se a não matal-os lentamente pelo trabalho em commum, cuja obrigação do silencio absoluto entretanto, revolta pela compressão da sociabilidade humana, enchendo a alma de constante rancor que estraga em vez de melhorar. Deste modo o systema fica simplesmente repressivo.

Entendido assim o regimen penitenciario é duplo, educador e reformador.

O educador está nos naturalistas; mas o reformador excepção de Lombroso é só dos classicos e dos humanitaristas principalmente, acceitos pelos criticos, Liszt chamando ambos, ao que parece, de emendadores, Prins denominando ambos de educadores. Já Ali-mena chama reformador ao regimen que educa os menores e os vagabundos, dando o nome de educador ao dos surdos mudos, mas quer que toda pena seja emendadora, como si a emenda viesse da pena em geral e não do regimen especial.

Entre elles salienta-se Prins combatendo a prisão celllular que pela uniformidade habitua a si os criminosos e pela curta duração algumas vezes, fica verdadeiro hotel, para passar alguns dias durante a má estação; e porque lhe faltam os verdadeiros requisitos da pena que são personalidade, reforma, exemplaridade, pois soffre a familia, augmenta o crime e só se emendam os caracteres corrigiveis ou indecisos, não tendo acção sobre individuos de character recto nem sobre os incorrigiveis perversos; nem a remissibilidade, porque ao sahir da prisão o criminoso não tem recurso para subsistir por si, honestamente, não obstante o desenvolvimento actual do patronato. Não admitte tambem a transportação para colonias agricolas porque si suas condições atmosfericas são más, é a morte lenta e si são boas, é o bem estar, quando os pobres honestos vivem na miseria, alem de ser um insulto e um perigo á colonia livre por cujos

protestos a Inglaterra mudou a transportação, da Australia para Portland, Portsmouth e Chatham. Entende que a pena deve ser adaptada á natureza do delinquente pela individualização.

Regimens penitenciarios reformadores e educadores.

A finalidade da pena cerceadora da liberdade e seus annexos, completa-se por outros processos, tudo o que constitue o regimen penitenciario.

Regimens penitenciarios são assim os conjunctos de meios empregados junctos á pena de prisão para a consecução do fim ou função da pena, a bem do criminoso e da sociedade a que elle volta.

Podem ser distinctos em positivos e negativos estes sendo uma especie de residuo operado pelos fins positivos que são a educação e a reforma do criminoso. Os fins puramente repressivos (eliminatorio ou segregatorio), que são esses residuos, não são pois regimens e sim a sua ausencia, porque ali não se procura conseguir a verdadeira função da pena que é a melhora do homem, satisfazendo-se com a impossibilitação perpetua ou temporaria da reproducção do ataque á sociedade pelo preso.

Empenhado neste estudo practico da função da pena pelo seu resultado, Cuche classificou a materia em *eliminadora* dos criminosos incorrigiveis, *reformadora* dos corrigiveis

e viciosos e emendaveis, alem da *educadora* dos menores e da *intimidadora ou repressiva* para os crimes ligeiros e outros de occasião; e Chaves em campanha identica reproduziu-o com modificações que são accrescentar aos emendadores ou educaveis, os vadios e vagabundos porque não são criminosos, e supprimir as penas intimidantes e seu regimen que collocou no reformador, taes são a pena de curta duração, a multa, a condemnação pronunciada com espera (*sursis*), que se substituirão pelo chicote e perdão com reprehensão, ou advertencia e interdicção do direito, pois ambos reconhecem que a prisão de curta duração está desacreditada como proporcionadora da corrupção dos criminosos de occasião ou corrigiveis.

O regimen educador não tem character punitivo, não é disciplinado por pena propriamente dicta mas caracterisado pela subtracção do menor ao meio que o estragou, sendo entregue a escolas ou casas de familia em boas condições e sujeitos a processos de educação moral... instructiva e profissional, com regimen disciplinar e liberação condicional, que variam com as series das creanças, classificadas pelo seu grau de perversão moral, tendo os institutos bons predios, em condições hygienicas, pessoal educador numeroso e escolhido, como fez Brochward no reformatorio de Elmira, duração prolongada da educação etc; e consistindo principalmente em recompensa e privações das mesmas bem como recreios e visitas, perda de empregos, de galões, de beneficos, reprehensões, isolamentos na refeição,

jejum a pão e agua etc internamente em cellulas, em colonias correccionaes etc, alem de tutellas e tribunaes proprios.

As creanças criminosas ainda que ajam com discernimento não podem sob pena de irracionalidade da auctoridade, ser submettidas ás penas severas dos adultos porque não tem a sua resistencia etc, do mesmo modo que estes não podem ficar em commum com as mulheres; e seu regimen deve ser de educação, qualquer que seja a idea a respeito porque não temos o direito de prejudgar uma questão de tal importancia que deve ter sua solução experimental, por ideas preconcebidas, e a experiencia ao contrario nos ensina que o homem aprende sempre, que até chegar a idade maior se educa, e muitas vezes até depois da maioridade porque a educação é um processo que é exercido em grande parte pelo proprio individuo quando se submete a uma norma de conducta.

O regimen reformador tambem é necessario porque a repressão não é um regimen, é o fim immediato de toda pena, qualquer que seja o resultado longiquo da pena ella tem este fim; e porque si certos criminosos não são educaveis ou reformaveis, e outros ao contrario são reformaveis e educaveis, sem isto não ha rasão para separal-os dos primeiros, pois eliminção por mais ou menos tempo lhes era applicavel. E' o que acontece com os criminosos occasionaes dos naturalistas e deve acontecer com os passionaes. Depois porque reconhecer os criminosos occasionaes como corrigiveis e não tractar de corrigil-os?

O que é corrigível se corrige; e desde que o criminoso pode ser correcto, seu regimen deve ser reformador, isto é, sua penitenciaria deve ter um regimen apropriado que não se limite a eliminar ou a segregar mas a reformar o adulto como o da creança se propõe a educar-a.

A razão de Ferri ficar na repressão geral para os criminosos que não menores nem eliminaveis, é dar-lhes a mesma pena de relegação nas colonias agricolas; mas é incoherente porque por mais vigilancia que haja põe individuos corrigiveis em contacto com os incorrigiveis, em detrimento dos primeiros e portanto da sociedade a que elles devem voltar apoz o cumprimento da pena temporaria. Bem andaram os penitenciariistas distinguindo os regimens pelos criminosos e seus crimes. Cuche considera como eliminadoras a pena de morte e a transportação (relegação) e principalmente esta porque a primeira é improcedente, imposta aos criminosos profissionaes ou de crimes graves; e como reformadora as penas privativas da liberdade cumpridas em boas penitenciarias, em edificios proprios, tambem em boas condições hygienicas, conduzidos por um pessoal ainda apropriado, sendo os detidos sujeitos a um regimen conveniente, em condições hygienicas e boa alimentação, a um regimen moral educativo e instructivo e para isto ainda a um disciplinar; com organização de trabalho, com proveito parcial do detido, e sobre tudo com recompensas e punições por seus procedimentos bons e maus, e afinal pelas vantagens da liberação condicio-

nal quando ja inspiram a confiança; e Chaves ainda adverso á pena de morte como irrevogavel e não graduada, tambem caracteriza o regimen eliminatorio pela pena de transportação, devendo o criminoso corrigivel ser punido pelas mais penas, inclusive as de curta duração de multa e de liberdade condicional que Cuche separa para o regimen da intimidação, confiscação e penas moraes de reprehensão, publicação da sentença de condemnação e a liberdade condicional, penas privativas de direitos com indeterminação da sentença, regimen educativo, moral, instrucção, trabalho, peculio, patronato em penitenciaria progressiva e só na falta auburniana etc.

E' verdade que Garofalo levado na sua *Criminologia* pelo principio da hereditariedade exclusiva disse que os menores não tem senso moral que Darwin derivou da sympathia pelos semelhantes e Spencer fez producto do raciocinio de conducta tornado habitual e depois hereditario; mas Lombroso no *Crime, causas e remedios*, influenciado pela accumulção da adaptação á hereditariedade, crê na nutrição moral desses criminosos, pelo convivio das familias honestas, pois nessa idade a suggestão é poderosa e pela actividade continua no sentido do bem, tudo o que previne os crimes occasionaes e alcança sinão a correcção a transformação util dos criminosos natos. Lanessan tambem na *Lucta contra o crime* pensa que as qualidades moraes, virtude, vicio, etc não são hereditarias; e que a criminalidade decorre dos sentimentos e paixões produzidas pelas necessidades naturaes.

A educação é o accrescimento feito á repres-
são dos menores não só porque quasi sempre
foi a sua falta que determinou o crime, como
porque em face da sua vida futura é melhor
tornal-o um homem digno do que mantel-o no
estado abjecto em que se acha ou peor ainda
rebaixal-o mais pelo exemplo nocivo dos com-
panheiros maus e pela falta da convivencia so-
cial e de outros estímulos do homem. Isto mes-
mo reconhece Ferri para quem tambem os me-
nores devem ser entregues a casas de familias
honestas, etc.

Persiste a questão em relação aos adultos
corrigiveis de Ferri, de bom passado de Prins,
vagabundos de Alimena, que por não serem
criminosos propriamente ditos, faz que este
auctor saia fora da questão da pena reforma-
dora, mas só pode ser resolvida empiricamen-
te. A sciencia que o estuda é a penitenciaria
definida por Cuche com sciencia applicada
cujo fim é alcançar pela practica uma organi-
sação racional e efficaz da lucta contra o cri-
me; isto é, estudo das funcções da pena e da
organisação practica da sua adaptação ás mes-
mas (*Sciencia e legislação penitenciarias*) ou
como diz Chaves, sciencia da pena organizada
como função da emenda dos criminosos e da
segurança individual e publica, alem da neu-
tralisação dos factores potenciaes da crimina-
lidade (*Sciencia penitenciaria*).

Esta mesma que Liszt chama de penalo-
gia ou politica penal e que Ferri põe na so-
ciologia criminal como estudo ou meios para
a defesa preventiva e repressiva do crime.

Lombroso foi cordato e no *Crime, causas*

e remedios fez o elogio do systema progressivo que é o processo capital desses regimens, como conciliador da economia que é possível com a psychologia criminal, porque permite a passagem gradual do criminoso á liberdade completa.... dá meios ao publico para vencer as desconfianças para com os liberados e a estes a confiança em si.

A essencia si é possível dizer-se do systema progressivo é a reforma dos habitos psychicos do homem.

Deste modo, diz Cuche, Maconochie visava collocar a sorte do condemnado entre suas proprias mãos, impor-lhes como uma serie de multas.... arrastando-o durante o cumprimento da pena a estes habitos de economia e de previdencia que o preservam duma queda em seu livramento.

O resultado foi maravilhoso transformando completamente esta população revoltada... O systema progressivo prepara a pouco e pouco o condemnado á sua liberação, creando entre a prisão cellular e a plena liberdade um ou dois regimens intermediarios... dois na Irlanda.... sob Crofton e um na Inglaterra actual. Do reformatorio de Elmira continua Cuche, a parte a critica auctorisada da *Association Howard*, tem feito apreciação elogiosa e algumas vezes entusiasticas, todos os visitantes estrangeiros como Asschrott, Winter, Yvon... E' impossivel diz Winter que uma tão excellente disciplina moralisadora não tenha efficacia superiora. Narram-se numerosas e tocantes resurreições moraes cuja lembrança

é evocada com simplicidade por aquelles que tem sido testemunhas quasi sempre activas. E' conclue Cuhe, o sacrificio de todas as funcções da pena á emenda: si acontece prisão antes da liberação condicional isto basta e a prevenção collectiva não terá a manter o emendado um dia mais no reformatorio."

A melhor prova das vantagens do systema progressivo para a reforma dos criminosos corrigiveis porem é a confissão de Ferri, dizendo que não nega que elle seja melhor ou menos mau que os outros, *não obstante accrescentar*, mas não é preciso esquecer que um grande numero de effeitos quasi milagrosos de emenda e de redução no numero das reincidencias dos delictos, são devidos, na Irlanda á emigração consideravel dos liberados para a America... E na America a que é devido o benefico resultado si não ao proprio instituto? La não ha a emigração referida. Tem porem rasão Ferri quando o exclue da Italia, patria do crime, dizendo que em todo caso é inapplicavel ao referido paiz, onde ha um stock de malfeitos, como disse Renzis. Para os grandes males os grandes remedios e ahi só evolução social.

O que leva os naturalistas a repellir as penas reformadoras educadoras é a falsa idea do character. Tendo Ribot nas *Molestias da vontade* julgado o character uma stratificação successiva de elementos biologicos, psychologicos e sociologicos, sobrepostos uns aos outros, concluem que a educação não influe sobre o character já formado, agindo, sobre os amorphos que ficam instaveis.

De que valem as leis da adaptação de Larmarch e da selecção de Darwin, si a hereditariedade é a unica força despotica, absoluta do homem e portanto dos animaes?

E si a adaptação e a selecção (uma ou ambas, pouco importa aqui) são forças reaes, na animalidade e no homem, si foram os factores da evolução biologica e mesmo como muito se quer hoje da psychologica e da sociologica, porque estacar em frente dellas o character do homem com um limite intransponivel? A ser se logico, o character animal (desde que é stratificação é tambem animal), teria feito o mesmo e a animalidade não poderia ter variado, no terreno dos instinctos, tornando-se uns industriosos (castores, abelhas) ou simplesmente sociaveis (macacos, lobos). A mudança operada na especie ha de começar no individuo; e a questão das qualidades adquiridas pelo individuo fixarem-se na especie, o prova: Dir-se-a que a mudança de cada individuo é uma grão de areia na montanha do seu character? Não creio. A domesticação dos animaes, não lhes destroe os instinctos, mas aguça sua intelligencia, como é prova a maravilhosa delicadesa de acção do elephante e sua intelligencia é instinctiva. Depois homem não é animal, tem razão e consequente vontade que podem ser educadas.

Povos de piratas, como foram os normandos e dinamarqueses, estão hoje civilizados, instruidos, moralisados, sendo os ultimos os mais abstinentes da Europa num clima em que os outros bebem dolorosamente; e povos cavalleirescos, como foi o polaco, onde os homens

eram tão corteses para as mulheres, que desciam as calçadas para dar passagem ás senhoras que encontravam, como ainda se faz na Hespanha, degeneraram ao ponto das suas mulheres encheram os mercados mundiaes da dissolução, desde a cessão feita a Napoleão.

Pode acontecer que Pedrito selvagem e educado na Europa volte á sua selvageria primitiva, e que as mulheres annamitas ou indianas etc deixem seus maridos europeus para voltar á escravidão de suas patrias; mas é verdadeira tambem a idea dos stoicos louvando a serenidade do sabio que se colloca no ponto de vista da necessidade e que se sente livre aquiescendo ás leis do mundo. Educar deve ser como queria Rousseau respeitar o character individual innato, porque é mais seguro; mas quando esse character é mau é preciso combatel-o, para melhora-lo; e isto tanto nos outros como em nós mesmos. A vontade se educa pela intelligencia: Schopenhauer.

A educação, segundo Dugas na *Educação do character*, determina as circumstancias proprias a favorecerem ou impedirem o desenvolvimento das qualidades moraes ou das formas do character vantagosas ou desejaveis.

Hoje existem innumeradas obras procurando disciplinar o character ou a mais forte de suas manifestações, a vontade. E si a vida é uma escola em que se aprende sempre porque não ha de ser tambem educadora, ensinando a respeito do character, isto é, do exito e das decepções do seu modo de proceder?

Trata-se porem especialmente dos caracteres instaveis ou amorphos, pois os crimino-

sos natos verdadeiros são apenas eliminaveis, para todos.

Si a Ethologia de Mill é uma verdade, se ha formação do character como theorisam Malapert e outros, os instaveis, isto é, os criminosos occasionaes, a que faltam os sentimentos bons como os maus, e os passionaes que tem ambos, devem ser reformaveis, incutindo-se sentimentos bons nos primeiros e eliminando-se os maus nos segundos.

Patronato

A vista do exposto, da reforma dos criminosos adultos corrigiveis e da educação dos menores, é justo que a sociedade que se interessa pela sua sorte, não só porque tem o sentimento da piedade, tambem dispensada ás victimas pela condemnação e punição, como porque a si devem voltar os mesmos condemnados apoz o cumprimento de sua pena, levante associações que tomem aos hombros dos seus associados realizar esse interesse por todos os processos, secundando de alguma forma os meios empregados pelas auctoridades para a consecução da educação e da reforma referida, visitando os presos, proporcionando-lhes meios principalmente na falta, de instrucção e educação, e sobretudo dando-lhes a esperança de encontrar na sahida um amparo ás suas espectativas de miseria e realizando com effeito essa esperança quando elles se libertam da pena, ainda que seja pela emigra-

ção que então opera como uma amnistia apagando da memoria dos seus novos conterrâneos a noticia do seu lugubre passado; e combatendo por este modo a reincidencia” Prius lembra que isto põe as classes directoras á par da miseria; mas deve ser commedido feito com todo o cuidado para não retirar o trabalho dos honestos”

Os naturalistas são-lhe infensos. Ferri julga-a insufficiente. Lombroso inutil para todos os adultos.

Maxime de Camp porem logicamente só vê sua inutilidade para os criminosos natos. Com effeito se os outros são corrigiveis, se devem ser reformados porque não serem amparados dentro e fora da cadeia, desde que não se prejudiquem os bons? Appareceu em em 1776 em Philadelphia, no anno seguinte em Dinamarca, em 1823 na Allemanha, 1857 na Inglaterra, depois na França, Hollanda, Suecia, Noruega etc e até no Brasil em 1810.

Laurindo Leão.

A luta de classes em face do direito moderno

Dos factos de ordem sociologica, actualmente em discussão, resalta o antagonismo de interesses, no terreno economico, entre classes que aspiram o dominio mais ou menos absoluto das riquezas.

O economista, o jurista, o sociologo, os que observam, cada qual do seu ponto de vista, a vida social contemporanea, e cogitam de uma solução pratica capaz de sustentar ou atenuar os conflictos que nella se travam, estão longe de um accordo, já em determinar as condições de onde emergem, já em prescrever medidas que proclamam infalliveis.

As divergencias se aguçam e attingem o extremo quando a discussão se dá entre escolas, entre grupos afastados por um credo politico, porque, então, á serenidade do raciocinio sobrepõe-se a paixão da causa que defendem, ao amor da sciencia, ao desejo de saber

succede o espirito sectario, o calor das convicções geradas sem exame, a suggestiva esperança da victoria.

De um lado, percebe-se nesse antagonismo o effeito de leis naturaes irrevogaveis, a que o homem tem de submetter-se fatalmente; do outro, vê-se ahi um facto historico, que desappareceria com a reorganização sob outras bases da vida social hodierna.

Os que acceitam a primeira doutrina julgam que, sem essa immutabilidade das leis naturaes, seria impossivel não só o augmento continuo das riquezas, mas o evoluer dos povos para outras formas de civilização; creem, alem disso, que o *primum movens* de toda actividade e de todo progresso está no egoismo individual, cujo poder de expansão não deve ser re-freado pelos governos; que, sem a concurrencia illimitada, sem a instituição da propriedade privada, sem a concentração de capitães nas mãos do individuo ou de uma *elite*, as sociedades humanas teriam continuado a errar dispersas, sem pouso certo, sem *habitat* fixo, pelas montanhas e pelas vastas planicies da terra ainda inculta.

Entre os que assim pensam, destacam-se os economistas da escola liberal e partidarios da concepção individualista do direito, presos a principios da mesma filiação historica; são tambem sociologos que limitam o estudo do facto sociologico ao criterio darwinista da luta pela vida e da selecção natural, e descobrem na formação dos aggregados sociaes e na origem das instituições o choque violento das armas, o qual termina sempre pela victoria dos

mais fortes, cuja vontade se impõe aos vencidos e vae por sua vez constituir o fundamento juridico e politico do Estado.

Não concebem o progresso economico sem a desigualdade crescente na distribuição dos bens; sem a posse por um grupo de todas as regalias e das vantagens advindas do trabalho exclusivo ou da cooperação de outro grupo; e, nesse instincto poderoso que impelle o individuo para o bem estar, mesmo com o sacrificio de outrem, divisam o fundo psychologico da actual organização do mundo moderno, que ao optimismo de alguns se afigura o *melhor dos mundos possiveis e imaginaveis*.

Tal optimismo desaparece do lado oposto, entre os socialistas das differentes escolas que attribuem a má organização das sociedades ao contraste entre a extrema opulencia de uns e a excessiva miseria de outros; o effeito da violencia e da expoliação, uma situação originaria da força e pela força mantida como sustentaculo de direitos inviolaveis. Si todos neste ponto estão de accordo, si se declararam contra a irritante desigualdade economica, divergem quanto aos planos de reforma em que a nova sociedade por elles sonhada se deve moldar.

Os communistas exigem a supressão da propriedade privada de todos os bens; os collectivistas querem que ella cesse para os instrumentos de producção; os adeptos do socialismo agrario desejam que somente as terras e as construcções deixem de ser do dominio individual. "Estas escolas, observa Ch. Gide,

(1) não contestam de modo algum, como erradamente lh'o imputaram os economistas para melhor refutal-as, a existencia das leis naturaes; dellas se apropriam em apoio da sua these. Sómente, emquanto esta expressão "lei natural" implica para a escola liberal a idéa de estabilidade e de immutabilidade, esta mesma expressão implica para a escola socialista contemporanea a idéa de mudança e de transformação indefinida. Em vez de representar, como Bastiat, as sociedades humanas semelhantes aos systemas planetarios, suspensos em um equilibrio eterno que jamais se perturba, ella as representa á maneira de uma planta ou de um animal que, do nascimento até a morte, se transforma sem cessar, e é preciso reconhecer que este ponto de vista é mais conforme ao espirito da sciencia contemporanea."

O communismo conta presentemente um numero assaz reduzido de partidarios, ao passo que do collectivismo, do socialismo agrario e do socialismo de Estado que se filia á escola historica, ha numerosos adeptos, mesmo entre os economistas de mais autoridade. Contribue para o prestigio dessas diversas correntes a interdependencia que, pela analyse dos factos, fazem ellas sobresair entre o phenomeno economico e os outros phenomenos sociaes; o exame dos varios aspectos da realidade sociologica, como ella se definiu nas civilizações antigas e como se delineia na edade contemporanea; a busca dos factores que determinam as formas elementares ou com-

(1) Cf. Ch. Gide, *Principes d'Économie politique*, pag. 21.

plexas de associação e as modificações superficiaes ou profundas porque passam, concomitantemente com o evoluer da existencia humana. E' assaz conhecida, tendo sido objecto de reiterados commentarios, a concepção materialista da historia defendida pelo *socialismo scientifico* de Karl Marx, de Engels, de Loria e de outros. Segundo tal doutrina, os phenomenos sociologicos não são mais do que superestructuras do facto economico; este "forma o sub-solo ignorado e fecundo de onde germinam as manifestações mais diversas da actividade social" (2)

No livro de Marx, em que vem a sua celebre polemica com Proudhon, lê-se o seguinte trecho que resume o pensamento da escola: As relações sociaes estão intimamente ligadas ás forças productivas. Adquirindo novas forças productivas os homens mudam o modo de produção, e mudando o modo de produção, a maneira de ganhar a vida, elles mudam todas as suas relações sociaes. O moinho a braço nos dará o suzerano, o moinho a vapor, a sociedade com o capitalista industrial." (3)

Sem entrar em uma critica detalhada dessa doutrina, creio que o facto economico seja, como diz Loria, o subsolo da vida social, ou como pensa De Greef (4) mais exactamente, o phenomeno de nutrição das sociedades; mas a mesma distincção, o grau differencial que existe, nos organismos, entre as funcções

(2) A. Loria, *Morphologie sociale*, pag. 103.

(3) *Misère de la philosophie*, pags. 155 e 156.

(4) *Sociologie économique*, pags. 27 e 28.

puramente nutritivas e as funções cerebraes, depara-se, nas collectividades, entre os factos economicos e os outros factos sociaes.

Em vez de se subordinarem os ultimos aos primeiros, ha entre elles uma interdependencia intima, uma relação estavel resultante de accões e de reacções reciprocas, de onde emerge, como *synthese creativa* de todas a mais complexa, a unidade do mundo sociologico.

Outra feição peculiar á escola marxista, justamente a que nos interessa aqui, é sua concepção do dynamismo historico. Como as outras escolas socialistas, ella vê a sociedade actual agitada pelo antagonismo economico de duas classes, a que detem os capitães com os privilegios e o poder que aquelles lhe conferem, a outra, que é explorada pela primeira e nada possui. Semelhante facto apoia-se na lei fundamental da historia dos povos, que, para Karl Marx e para Engels, não é outra coisa que a *historia da luta de classes*: luta que actuou na antiguidade entre patricios e plebeus, na idade media entre feudatarios e vassallos, nos tempos modernos entre a nobreza e o povo e finalmente se travará entre burguezes e proletarios. “Essa theoria, escreve Enrico Ferri, não nos dá somente o motor secreto e a unica explicação positiva da historia da humanidade, ella nos dá tambem a norma ideal e rigida que disciplina o socialismo politico e o subtrah a todas as incertezas elasticas, vagarosas, inconcludentes do socialismo sentimental.” (5)

Quanto aos processos a pôr em execução

(5) *Socialisme et science positive*. pag. 70.

para elevar a classe operaria desse estado de inferioridade economico-politica, uns appellam para um golpe de força que altere *de fond en comble* as normas jurídicas presentemente em vigor; outros esperam sua metamorphose de reformas graduaes, da legislação, da educação popular, da propaganda de idéas humanitárias, de toda uma engrenagem de medidas altruisticas, de uma panacéa applicada sem precipitação, pacificamente, aos males da vida contemporanea.

Ha os que pensam que o operariado deve agir pela sua propria iniciativa, deve elle mesmo executar o seu programma de reforma social, pela organização de syndicatos e pela greve; ha os que confiam á eloquencia tribunica o poder magico de conciliar os interesses do capital e do trabalho: aquelles filiam-se ao syndicalismo revolucionario, estes ao socialismo parlamentar, duas correntes que hoje se repellem, embora saturadas da atmosphera marxista como, na historia das religiões, se repellem o catholicismo e o protestantismo ramificados do mesmo tronco.

Ao passo que os socialistas parlamentares acreditam que a conquista do poder pelo operario lhe trará na vida economica uma ascendencia illimitada, os syndicalistas crêem, ao contrario, que de nada tem servido a entrada para o governo, para os parlamentos, para os ministerios de representantes ou defensores dos direitos e das aspirações do operariado; isto porque a experiencia vem demonstrando que os Millerand, os Jaurés, os Viviani, os Bebel, e centenas de outros jamais conseguirão,

ainda mesmo à golpe de genio ou de sagacidade, mudar o curso dos acontecimentos.

“O desenvolvimento do socialismo se faz por outra via e não pela via parlamentar e democratica”; é o que escreve A. Labriola em um resumo das ideas de George Sorel, o theorico mais eminente do *syndicalismo francez*.

E' a via revolucionaria, é a luta, não eleitoral, muito menos uma batalha de flores de rhetorica, mas a luta no terreno economico, atcada pelo “antagonismo irreductivel entre explorados e exploradores que têm interesses diametralmente oppostos.” O *syndicalismo* não tem confiança na iniciativa dos poderes publicos; nega ao regimen democratico capacidade para firmar entre as classes a *paz social*; recusa aos parlamentos compostos na sua maioria de representantes da burguezia, autoridade e competencia para promulgar com absoluta isenção de animo, leis que garantam plenamente os direitos do operario; e por isso se afasta dos partidos politicos, socialistas ou anarchistas, porque os considera “agregados de elementos heterogeneos; são grupos de affinidade, compostos de elementos pela origem differentes, reunidos pelo laço artificial de uma opinião analogia.” (6)

O lemma do novo movimento reformista resume-se na seguinte phrase que se insereve no programma de todos os grupos syndicaes: “A emancipação dos trabalhadores deve ser obra dos proprios trabalhadores.

(6) Mlle. Kritsky, *L'évolution du syndicalisme en France*, pag. 393.

Esta emancipação dar-se-á bruscamente, pela revolução; vaticina-o George Sorel com palavras repassadas de um entusiasmo rubro; elle escreve que “a violencia proletaria apparece como uma cousa mui bella e muito heroica; ella está ao serviço dos interesses primordiales da civilização... Saudemos os revolucionarios como os Gregos saudaram os heroes espartanos que defenderam as Thermopylas e contribuíram para manter a luz no mundo antigo.” (7)

Será, pois, a violencia o grande factor de regeneração economica do mundo moderno, de um novo regimen politico erguendo-se sobre os destroços da burguezia capitalista?

Pode-se esperar com Edward Berth “o desapparecimento absoluto da ordem burgueza e a criação de uma ordem operaria?”

E’ avançar demasiado no desejo de prever, de acertar o que nem sempre se deixa apanhar na trama de factos que são a expressão de circumstancias as mais diversas. Entretanto, não se pode negar a existencia de um conflicto de interesses entre o capital e o trabalho; não se pode occultar que o augmento consideravel das riquezas aggravou a desigualdade economica entre productores. Trava-se, com effeito, uma luta franca em torno da fixação dos salarios e no terreno da concorrência; entre individuos, e entre classes, entre operarios e empregarios, entre os que se entregam ao mesmo genero de actividade, en-

(7) Cf. G. Guy — Grand — *La philosophie syndicaliste* pag. 55.

tre productores e consumidores, luta que se faz tanto mais vehemente com o desenvolvimento da producção capitalista, como se acha organizada sobre o trabalho salariado do operario.

Mas essa luta, longe de tender para um desfecho violento, longe de degenerar em um choque d'armas, tende a tomar uma feição profundamente juridica, porque favoravel a um accordo, a uma conciliação dos interesses em jogo, ha a opinião publica, unico poder a que hoje se curvam todos os outros. Não tolera a civilização hodierna essa hecatombe no seio de um mesmo povo, entre homens que pertencem á mesma nação.

Os factos que ora se desenrolam na Europa e que repercutem profundamente nos outros continentes, vieram fortalecer o sentimento de solidariedade collectiva entre os grupos que formam as nacionalidades: por isso é bem possivel que tendencias contrarias e interesses antagonicos pouco a pouco cedam o lugar a uma nova forma de equilibrio a que melhor se accomodem as differentes aggremações humanas. Nessa integração de elementos varios fundidos em unidades conscientes cada qual da sua função social, a *luta de classes* será, em vez do encontro de forças hostis, uma *luta de direitos*, em que ellas se farão ouvir egualmente garantidas e prestigiadas pelo Estado.

Joaquim Pimenta.

Teixeira de Freitas

Discurso pronunciado pelo Dr. Clovis Bevilacqua no Theatro Mnnicipal, a 19 de Agosto de 1916, centenario do nascimento do Jurisconsulto brasileiro, solemnizado pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e pela Faculdade Livre de Sciencias Juridicas e Sociaes. Presidencia do Sr. Senador Ruy Barbosa.

Um espirito devotado á sciencia do direito e á realizção do justo, como os que mais o forêm, o meu eminente amigo SÁ VIANNA, já escreveu, com religioso carinho, o que eu chamarei a biographia intellectual de TEIXEIRA DE FREITAS, porque foram as idéas do mestre que, principalmente, o interessaram. E a vida do grande jurisconsulto foi, precisamente, a vida das suas idéas.

O homem apaga-se, ante a luz intensa, que irradia da mente fecunda, em elaboração constante até ao momento doloroso, em que a machina espiritual, forçada por excessivo trabalho, se desconjuncta, arruina e despedaça, interrompendo a actividade scientifica, antes que a morte levasse os despojos materiaes.

No cidadão, o patriotismo era de forma idealista, ambicionando alcançar, pela simpli-

ificação translúcida do organismo jurídico, uma justiça perfeita, em seu paiz, e confundindo, na mesma aspiração, a gloria do individuo com a da patria.

Delle podemos, com verdade, affirmar que foi uma pura intellectualidade a serviço de um idéal humano.

Certamente não era um extranho ao seu meio. Ninguém o pode ser. E, como bem observa SCHWERING, o jurista se acha em contacto mais constante com o mundo do que outro qualquer individuo. "Sua profissão o conduz ás eminencias e ás profundidades da vida, á civilização na sua plenitude." Mas da intimidade de TEIXEIRA DE FREITAS pouco se conhece. Mal se ouve o echo de uma data festejada na familia, ou se percebem traços de sua indole, incidentemente prazenteira, na predilecção pelas comedias de MARTINS PENNA, representadas por MARTINHO VASQUES. Na vida social, sabe-se que foi homem recto, de probidade modelar. Nas relações de familia, deixou uma tradição de absoluta pureza.

São notações que synthetizam uma existencia virtuosa e simples.

Filho da Bahia, terra feracissima, que tem, com uma prodigalidade enternecedora, opulentado a historia politica e literaria do Brazil, de nomes luminosos, foi, tambem, um producto desse glorioso centro de cultura juridica e aspirações liberaes, que é Pernambuco, onde recebeu o grau de bacharel em direito, aos 6 de Outubro de 1837, quando o edificio da Academia de sciencias sociaes e juridicas destacava o seu alvo perfil, no cimo da collina, por onde



se espalha, em confusão graciosa, a casaria de Olinda, entre o mar, que nos trouxe a civilização, e a matta, onde se elaboraram acontecimentos decisivos para a evolução nacional. Também S. Paulo, com o seu prestigio scientifico e as suas tradições, deve ter influido, consideravelmente, na formação mental de TEIXEIRA DE FREITAS, quer pela acção doutrinadora dos professores, quer pelo convívio dos collegas.

Em S. Paulo, segundo informa SPENCER VAMPRÉ, alguns lentes não reconheceram a poderosa intelligencia, que lhes recebia as prelecções. Brioso, o moço, que mais tarde havia de culminar na jurisprudencia patria, apresentou suspeição contra dois delles. Não os queria como julgadores no acto do seu quarto anno. O Governo da Regencia, porém, negou apoio á pretensão do jovem estudante, naturalmente para manter illesa a disciplina escolar. Todavia o Director da Faculdade, CARLOS CARNEIRO DE CAMPOS, mais tarde Visconde de Caravellas, na informação, que remetteu ao Governo, parece achar razoavel o gesto do examinando, de cujos talentos faz elevado conceito. "O supplicante, diz elle, segundo me consta tem sido sempre, nesta Academia, de conducta exemplar, bastante applicado, e é, actualmente, um dos melhores estudantes do quarto anno."

Não se pronunciaria desse modo o Presidente da Congregação, num conflicto entre dois collegas e um discipulo, se não estivesse convencido de que a justiça lhe mandava amparar, ainda que apenas platonicamente, um

trabalhador, a quem pretendiam, caprichosamente, negar o merito.

Foi isso em Agosto de 1835. No anno seguinte, deveria formar-se TEIXEIRA DE FREITAS. Mas a formatura somente em 1837 se realizou. No anno de 1836, não vejo mais que uma data assignalavel: a do casamento do luminar do direito com a sua prima, D. Mathilde Teixeira de Freitas Lima.

Guiou-o, depois, o destino para a Capital do paiz, onde lhe reservava uma grave missão: a de ser a energia organizadora do nosso direito privado, unindo o que andava disperso, illuminando o que se perdia na escuridade, systematizando o que era desconnexo.

Formado em momento de agitação politica da sua provincia natal, a revolução lhe designou um logar distincto na ephemera magistratura, destinada a não funcionar. Dominado o movimento subversivo, o moço jurista teve de emigrar para o Rio de Janeiro. Aqui fez-se advogado, e, já em 1843, apparece entre os socios fundadores do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, cuja presidencia occupou em 1857.

A esse tempo, já era grande a notoriedade do seu saber, e sobre os seus hombros os contemporaneos haviam collocado a clamynde severa de jurisconsulto, pois a 15 de Fevereiro de 1855, o Governo imperial com elle contractava o preparo da *Consolidação das leis civis*.

Foi esse o nosso primeiro Codigo Civil. E

JOSÉ DE ALENCAR, quando Ministro da Justiça, em 1868, propoz o alvitre de se tomar por base a compilação de TEIXEIRA DE FREITAS, para, com alguns desenvolvimentos necessários, organizar-se um projecto de Código Civil, adaptado ás nossas circumstancias. Tal não se fez; porém o prestigio conquistado pela *Consolidação* deu-lhe o posto de um verdadeiro Código. Todos a temos entre os livros de uso quotidiano, procurando nella, desde os bancos academicos, a palavra da lei e a luz da razão. Todos lhe conhecemos a solidez da engrenagem e a verdade das soluções. Por juízo unanime, foi declarada obra admiravel. Tem no estylo, a elegancia juridica dos grandes mestres, e, na urdidura, notavel riqueza de pensamento, além dessa delicada sensibilidade juridica, privilegio de almas eleitas, que percebe, á distancia, descobre no enovelamento dos factos, advinha no ambiente, o direito, para o revelar e fixar.

Notando-lhe essas qualidades superiores, CANDIDO MENDES, outro preclaro juriconsulto, exprimiu a sua satisfação admirativa, appellando-lhe o auctor de — *Cujacio brasileiro*

Este epitheto foi cuidadosamente escolhido, e tem a maior propriedade. No dizer de GIRARD, *Cujacio* reuniu, no mais elevado grau, “o senso juridico propriamente dicto, a sagacidade critica e o saber philologico indispensaveis á interpretação esclarecida dos monumentos do direito romano.” O que elle procura não é simplesmente, entender, como exegeta, a regra contida no texto; é o pensamento da lei, como expressão da cultura do tem-

po, que se esforça por descobrir. Assim TEIXEIRA DE FREITAS, no exame das leis portuguezas e patrias, que foi chamado a colligir e systematizar.

Na *Consolidação*, cumpre destacar o material, a sua distribuição e a doutrina.

O *material* é o complexo de preceitos apurados no estudo de uma legislação, que, desde 1603, se vinha modificando, alterando, substituindo por normas diversamente interpretadas, implicitamente revogadas ou erroneamente applicadas, de Portugal, a principio, e do Brazil independente, depois, numa confusão, que, muito acertadamente, CARVALHO MOREIRA denominou “o quadro indigesto e tenebroso das nossas leis civis.” Somente um estudo aprofundado e diuturno dessa legislação obscura e movediça, robustecido pela pratica, e guiado por um seguro criterio, seria capaz de realizar, proveitosamente, essa escabrosa empreza, a que bem convinha a designação de *opus desperatum*, dada por JUSTINIANO ao *Digesto*.

TEIXEIRA DE FREITAS executou-a superiormente, e mereceu, desde então, que o considerassem “o maximo dos juriconsultos patrios.”

Como se houve para executar a obra confiada á sua competencia, diz-nos elle mesmo: “Examinar as leis, em seus proprios textos, sem influencia de alheias opiniões, comparar, attentamente, as leis novas com as antigas, medir, com precisão, o alcance e as consequencias de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos; para conhecer a subs-

tancia viva da Legislação. Para achar porém, os limites do direito civil, e a norma da exposição das materias, que lhe pertencem, recorremos a estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia, e, com livre espirito, procuramos essa unidade superior que concentra verdades isoladas, penetra as mais reconditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso."

A *classificação* adoptada por TEIXEIRA DE FREITAS é uma feliz novidade, com que se enriqueceu a technica juridica. Mais tarde, o auctor a melhoraria e completaria.. Mas, já então, é brilhante feito de uma intelligencia organica.

Não é mais a distribuição tripartida de GAIO: *omne jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*. Essa divisão, aliás, esteve mais na intenção do que na realidade. As collecções de textos e os livros de doutrina são-lhe pouco fieis. Nem a analyse ainda distinguira, ao tempo dos romanos, as relações de direito dos elementos, que as constituem, e das causas, que a geram.

Tambem não é, ainda, a classificação objectiva de SAVIGNY, que o jurisconsulto brasileiro jamais accceitou em seu conjuncto.

E' uma forma intermedia do pensamento, que, seguindo a visão obscura, ainda, da jurisprudencia romana, e assimilando os resultados das investigações allemãs, possui individuação, e merece que a assignalemos, com estíma, na historia das idéas juridicas.

Seu ponto de partida é a distincção funda-

mental entre os bens juridicos de ordem privada: os *direitos reaes e os pessoaes*. Eis, para elle, “a chave de todas as relações civis.” “Nella repousa todo o systema do direito civil.” “Affectar o objecto da propriedade, sem consideração a pessoa alguma, segui-o, incessantemente, em poder de todo e qualquer possuidor, eis o effeito constante do *direito real*, eis seu caracter distinctivo. Este caracter é oposto ao do *direito pessoal*, que não adhire ao objecto da propriedade, não o segue, mas prende-se, exclusivamente, á pessoa obrigada — *Ejus essibus adheret ut lepra cuti.*”

A essa differença no caracter dos direitos civis, corresponde modo diverso na sua aquisição e transmissão. Os direitos reaes adquirem-se, *inter vivos*, pela tradição e pelo usucapião; os pessoaes, nas mesmas condições, resultam das declarações unilateraes ou bilateraes da vontade.

Considerados em seu momento de defeza, os direitos civis desdobram formas differentes de acções. Aos direitos reaes, competem acções do mesmo genero. Acções pessoaes são manifestações proprias dos direitos pessoaes.

Finalmente nas relações economicas, ha duas grandes ordens de credito: os reaes e os pessoaes.

A distincção nasce, portanto, da propria natureza das cousas, e fornece um seguro criterio de classificação, que o nosso jurisconsulto utilizou, com uma competencia inexcusavel.

E' certo que ORTOLAN, na sua gabada *Généralisation du droit*, accentuara que “todos os direitos, sem excepção, qualquer que seja o

modo da sua aquisição, exercício e acção judiciaria, qualquer que seja o seu objecto, vem a entrar numa ou noutra das duas categorias." Mas o jurisconsulto francez não foi além de uma affirmação theorica. O brasileiro aprofundou a idéa, sondou-lhe a extensão, viu-lhe a repercussão na ordem juridica, e sobre ella ergueu a construcção logica das leis civis, additando-lhe a theoria das pessoas e a das cousas, como elementos constitutivos de todas as relações de direito. O seu systema é, portanto, original e de um rigor logico absoluto.

Nessa primeira forma do pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS, os factos juridicos ainda se lhe afiguram extranhos á parte geral do corpo do direito civil. Não são elementos dos direitos, e sim forças geratrizes, propulsoras e alterantes. A meditação das idéas de SAVIGNY fel-o mudar de opinião, e o *Esboço* já destaca, no logar conveniente, o *facto jurigeno*, como o appellida PICARD, ou *a causa do direito*, segundo quer RAOUL DE LA GRASSERIE, que, aliás, enfrenta o phenomeno sob outro aspecto.

A doutrina da *Consolidação das leis civis* apparece na *Introdução*, que pela amplitude, firmeza, e brilho das idéas, como pela erudição e critica dos autores, é uma das mais fortes creações da nossa litteratura juridica. Está, egualmente, nas innumeradas notas que justificam, esclarecem e explicam o texto.

Na *Introdução*, o direito civil é collhido em suas generalidades superiores, nos principios maximos, que se desprendem da estatica e da dynamica juridicas, sem, comtudo, attingir ás alturas vertiginosas da philosophia. As

notas discutem os preceitos nas suas particularidades, minucias e applicações. Aquella é uma synthese dos principios do direito civil, em que a sciencia, depurada das minudencias, differenciações e complexidades da pratica, traça as grandes linhas, e destaca os elementos geraes da phenomenologia juridica, no campo do direito civil. Estas são analyses rapidas porém, sufficientes, das normas legais. Reunidas, formam um conjuncto, que nos desvanee, porque revela o pensamento juridico brasileiro no plano attingido pela sciencia do tempo e mantendo a independencia e o vigor, que caracterizam, as mentalidades representativas de uma sociedade e fadadas a dar impulso á evolução mental de uma epoca.

No *Esboço*, as idéas de TEIXEIRA DE FREITAS se robustecem e aprimoram. A intelligencia dilata-se, progride e adquire dons de clareza, que, por vezes, se não encontram na *Consolidação*.

A classificação dos direitos civis é a mesma: direitos pessoaes e direitos reaes. Direitos pessoaes, em geral, sobre cousas proprias e sobre cousas alheias. Além não foi o codificador, e já redigira 4.908 artigos. Mas, pelo que sabemos do seu plano, ainda lhe restava tractar das disposições communs aos direitos reaes e pessoaes, que comprehendem: a) o concurso de credores e b) a prescrição, tanto a acquisitiva quanto a liberatoria.

A *Consolidação* e a *Nova apostilla*, em

que o jurisconsulto brasileiro critica o methodo seguido pelo Sr. Visconde de SEABRA, no Projecto de Codigo Civil Portuguez, defendem o criterio classificatorio que entrou para a historia do direito civil, sob os auspicios de TEIXEIRA DE FREITAS. O seu ponto de partida é verdadeiro e as deducções exactas. E' meu sentir, porém, que nessa classificação se não assignala, com a necessaria nitidez, o character proprio dos direitos, que se desenvolvem na familia, de modo a constituirem um grupo distincto de relações. Tambem o direito hereditario, apparecendo entre as disposições communs aos direitos reaes e pessoaes, perde a individuação e o relevo, que lhe são proprios. O concurso creditorio, que se prende, immediatamente, á theoria das obrigações, e o usucapião, que é simples modo de adquirir, deslocam-se para uma região neutra, onde não apparecem como natural desdobramento dos institutos.

A parte geral do direito civil tomou, no *Esboço*, extensão maior do que obtivera na *Consolidação*, para comprehendere os factos juridicos e regras do direito internacional privado, assim como para dar á theoria das pessoas e das cousas a indispensavel firmeza.

Sente-se, no *Esboço*, mais accentuada a influencia de SAVIGNY; porém influxo benéfico de um alto espirito sobre uma poderosa organização mental, solidamente apparelhada e apta a assimilar idéas novas, sem prejuizo da sua individualidade.

Os conhecimentos de TEIXEIRA DE FREITAS achavam-se, precisamente, no estádio que,

na evolução geral das idéas da jurisprudencia européa, antecedeu o advento do *System der Roemer Rechts*, que, apparecendo, na Alemanha, de 1840 a 1849, nos mesmos annos, foi traduzido para o francez, e, no decennio seguinte repercutiu, impressivamente, no Brasil. Com a leitura do *Tractado* do extraordinario romanista, operou-se no civilista brasileiro, uma expansão natural de idéas, e o estimulo, vindo embora do exterior, apenas coadjuvou o desenvolvimento, que se executava por impulso proprio.

Uma das manifestações da ascendencia de SAVIGNY é a preferencia dada por TEIXEIRA DE FREITAS á lei do domicilio da pessoa, para determinar-lhe a capacidade, nas relações de direito internacional privado. A doutrina do jurisconsulto allemão é uma dessas vastas construcções de largos alicerces, que o tempo não destróe, porque assignalam um momento de parada na marcha ascencional do espirito para a verdade. As idéas de communhão de direito como base da vida internacional, e de escolha da lei, segundo a séde da relação juridica, são visões de genio, que a sciencia enthezourou, definitivamente. Mas haverá applicações de character transitorio, que a intelligencia humana irá substituindo, e haverá deficiencias que o tempo, aos poucos, eliminará.

Da theoria savignyana veio a escola domiciliar, que, através de TEIXEIRA DE FREITAS, irradiou para os nossos vizinhos do Sul. Os

arts. 26, 28 do *Esboço* originaram os arts. 5-8 do Código civil argentino, e este influuiu sobre as decisões do Congresso de Montevideo (1888-1889).

Hoje o direito internacional privado, scientificamente concebido, partindo da concepção de uma sociedade internacional, tendo, por principio director, o humanismo, e, por função propria, harmonizar, numa formação juridica, illuminada e ampla, as tendencias ex-persistentenciaes do territorialismo, que materializa as noções das nacionalidades, substitue, em geral, a lei do domicilio pela da patria, quando trata de apreciar a capacidade ou incapacidade das pessoas, porque todo homem é parte componente de uma collectividade politica, necessita da protecção de uma soberania, e deve serviços á nação, a que está vinculado pela tradição historica, pela raça e pelo affecto.

Quando foi redigido o *Esboço*, a systematização de SAVIGNY exprimia o ultimo progresso scientifico. Ainda não havia surgido a innovação de MANCINI, que fundou a escola italiana; muito menos se poderiam vislumbrar, no horizonte, os primeiros lineamentos da phase actual do direito internacional privado.

E, como essa idéa de determinar a capacidade pelo estatuto do domicilio se incrustou em algumas legislações, e, até certo ponto, coincide, muitas vezes, com a persistencia do territorialismo, que materializa as noções de soberania e de patria, não é facil tarefa des-arraigal-a.

Sequioso de perfeição, como evolucionária da *Consolidação* para o *Esboço*, quiz TEIXEIRA DE FREITAS erguer-se, do Código Civil, círculo já estreito para a expansão da sua mente, a um Código geral, abrangendo os elementos constantes da vida jurídica.

Na elaboração do *Esboço*, pareceu-lhe que um vício de lógica afeiava a classificação das leis civis, e lhes perturbava a vibração social. Por um lado, incluíam-se, no direito civil, preceitos communs a outros ramos da jurisprudência; por outro, delle se excluían noções, que lhe deviam pertencer. Pessoas, cousas e factos jurídicos são elementos de todos os direitos possíveis, em todas as espheras da vida." No entanto, é nos Códigos civis que se lhe expõe a theoria. Os actos da vida civil, exceptuados os beneficos, podem ser commerciaes. Portanto não ha fundamento para "essa separação arbitraria das leis"; e a persistencia do direito commercial só se explica pela "inerçia das legislações ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações jurídicas."

Esta questão, que, no momento, não interessou os nossos juristas, tornou-se-lhes thema favorito dos debates, depois que os livros italianos a puzeram em moda.

Note-se, porém, que o pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS é muito mais comprehensivo e elevado do que o da simples absorpção do direito commercial pelo civil. Elle queria que essa penetração involutiva fosse pre-

cedida de uma operação generalizadora, dentro da qual se movesse a codificação civil.

Ainda que no conteúdo e na orientação philosophica divirjam, approximam-se das idéas de TEIXEIRA DE FREITAS, as que, recentemente, expoz, com extraordinaria largueza de vistas, o Sr. PAULO DE LACERDA, que não accêita a unificação do direito privado, sem uma remodelação da estrutura actual dos codigos. Não são os materiaes existentes, que se devem agglutinar. São os proprios organismos, que se devem recompôr.

Convencido de que sómente á sciencia, e não á lei, cabe operar essas altas generalizações, que ambicionava TEIXEIRA DE FREITAS, abstenho-me de restaurar o debate, e quedo-me á espera de que os factos encontrem o seu caminho.

Na *Consolidação das leis civis*, TEIXEIRA DE FREITAS foi interprete guiado pelo senso juridico; doutrinario, nos momentos precisos; e organizador. No *Esboço*, mostrou-se constructor de uma audacia de pensamento, que impressiona os que lhe contemplam a serena ascensão aos cimos dominadores. Revelou-se critico dos mais competentes e argutos, em materia juridica, ao escrever a *Nova Apostilla*. Nos *Additamentos* á Consolidação, e ao Codigo commercial, como nas adaptações, ao fóro patrio das obras de PEREIRA DE SOUZA, CORREIA TELLES, GOVEIA PINTO e outros, mostrou-se o conhecedor exacto da lei, na sua

razão e nas suas consequencias, de modo a constituir-se um guia inestimavel, cuja lição todos acatam, cuja autoridade a todos se impõe.

Podemos dizer, portanto, que foi um grande jurisconsulto. Nosso, e do seu tempo.

Seu estylo, na redacção das leis, é claro, elegante e nobre. Nos commentarios, sem perder a sobriedade, que torna a phrase incisiva, nem sempre conserva a flexibilidade correspondente ao desdobrar do raciocinio, invariavelmente seguro, e a intuição, constantemente lucida.

A technica é perfeita, e, nas suas mãos adestradas, faz-se um poderoso instrumento de precisão, para as idéas, e de resonancia, para a argumentação.

Não teve os vãos de pensamento, que a visão philosophica inspira. Compensou, todavia, pela profundidade, o que, acaso, lhe faltou em altitude; e substituiu a orientação sociologica, por uma excepcional acuidade do senso juridico.

A *Novâ Apostilla* offereceu a TEIXEIRA DE FREITAS oportunidade de pôr em relevo uma face do seu espirito, que nas obras capitaes, a *Consolidação* e o *Esboço*, apenas se entrevê.

Analysando o Projecto de Codigo Civil Portuguez, teve o jurisconsulto brasileiro, de discutir idéas alheias, e de comprovar as suas, que lhe pareceram mais justas, confrontadas

com as do Visconde de SEABRA. O codificador portuguez, aliás nascido entre as ferteis serranias de Minas Geraes, sentiu-se magoado, e chamou diatribe á critica de TEIXEIRA DE FREITAS, que, em verdade, uma vez por outra, se açalora e acidula, um pouco mais do que a serenidade scientifica permite.

Mas não é, certamente, essa rude franqueza do analysta que torna o livro interessante. Tambem não precisaria, talvez, o leitor desse choque de doutrinas, para fazer justiça á solidez das concepções de TEIXEIRA DE FREITAS.

O que a *Nova Apostilla* accrescenta em dados para a caracterização da individualidade do jurisconsulto é: por um lado, a feitura literaria do livro, a vivacidade do estylo, a plasticidade da phrase, a escolha das expressões; e, por outro lado, é a circumstancia de nos proporcionar uma vista mais dilatada, sobre a educação philosophica do autor.

Nenhum trabalho de TEIXEIRA DE FREITAS nos revela melhor a sua cultura geral do que a *Nova Apostilla*. Lendo-a, sente-se, mais claramente do que em outro qualquer dos seus estimados livros, como elle se nutriu de psychologia, para prescrever normas ás manifestações da vontade, que tinha de apreciar em sua feição social; e como se fez senhor dos preceitos da logica, antes de se animar a distribuir, numa classificação nova, a materia do direito civil.

E' por este aspecto, como documentação do aparelhamento intellectual de TEIXEIRA DE FREITAS, que essas paginas animadas e tersas

são, particularmente, preciosas, a quem estuda a historia da litteratura juridica em nosso paiz, ou procura conhecer, em toda a sua extensão, a forte individualidade do consolidador das leis civis patrias, do primeiro architecto, e principal inspirador dessa construção recentemente concluida, o nosso Código Civil.

Sua acção estendeu-se alem das fronteiras do paiz.

Para o preparo do Código civil argentino, que goza do melhor conceito, entre os contemporaneos, contribuiu o *Esboço*, não somente com a orientação geral das idéas, como ainda, com o plano, o methodo e numero consideravel de soluções. VELEZ SARSFIELD é o primeiro a proclamal-o, convencido de que escolhera um guia de primor. Realmente o sabio jurisconsulto condensara no *Esboço*, os ultimos progressos da civilistica, e os adaptara a um paiz de cultura semelhante á da Argentina.

Por isso mesmo, ainda hoje, é grande a estima em que TEIXEIRA DE FREITAS é tido, entre os expositores do direito civil argentino. LHEREN, SEGOVIA, OLEGARIO MACHADO, RIVAROLA, ZEBALLOS, COLMO, distinguem-no, consideram-no, revereciam-no:

No Uruguay, se a sua influencia não foi tão estensa e profunda, é certo que não foi somenos. A commissão revisora do Código civil dessa Republica, dizia, em seu relatorio de 1867: "O Projecto do Sr. FREITAS, ainda não

concluido, é o trabalho mais notavel de codificação, tanto por seu volume quanto pelo estudo e reflexão, que revelam."

Ao Paraguay, a auctoridade do juriscunsulto brasileiro foi levada pelo Codigo civil argentino, que ali se converteu em lei nacional.

Não é somente uma gloria brasileira que, neste momento, nos congrega, em contemplação admirativa, e da qual esperamos inspiração para resolver os arduos problemas da vida juridica. E' tambem, um vulto da historia intellectual da America do Sul; que, ao lado de ANDRÉS BELLO, cooperou, nesta parte do mundo, para o avanço da organização civil, como Bolivar actuára para a organização politica, irradiando a luz das suas idéas através do continente. E', ainda, um mestre do direito, um nobilissimo espirito, que teria, vigorosamente, impulsado a evolução do direito humano, e não, simplesmente, o de um grupo de nações novas, se tivesse falado em lingua mais vulgarizada, e de um centro de prestigio mundial.

Disse, uma vez BUISSON, em discurso proferido na Sorbonne, que um homem só é verdadeiramente grande pelas idéas geraes, que exprimir. TEIXEIRA DE FREITAS, medido por essa craveira, tem incontestavel grandeza, porque soube exprimir idéas, que são noções essenciaes do direito, e que os seus discipulos e continuadores incorporaram ao patrimonio da sciencia juridica.

A sua gloria, refulgirá, mais fortemente, quando se consummarem dois acontecimentos que já se desenham no horizonte da civilização: o advento da America do Sul, e a reorganização da vida internacional sobre bases mais justas do que essas, que a guerra europeia está demolindo.

Na revolução franceza, não obstante a violencia da commoção produzida, que repercutiu em todo o Occidente, foram os moldes da politica interna de um paiz, que se quebraram e se substituíram. A crise, a que estamos assistindo, representa um outro momento da evolução social. Não é, somente, a organização politica de um povo, que se subverte para se reconstruir. A sociedade, que se desmoro-na para se reorganizar, é a dos Estados. O direito, que se esbarronda, em ruínas, para se reerguer mais luminoso, porque a evolução historica se não interrompe, é o das gentes. A revolução franceza convulsionou as camadas sociaes. Hoje é mais vasto o phenomeno de decomposição!

TAINE, apesar do poder da sua intelligencia e da sua preparação philosophica, teve uma falsa representação dos acontecimentos de 1789, porque os foi ver de muito perto, como analysta e psychologo. Não teve uma visão de conjuncto, que, esbatendo a grosseiria dos factos secundarios e as miserias, que ensombram a alma humana, desvendasse a curva geral, que descrevia a civilização, e a grandeza espiritual da humanidade, brillan-

do por entre o fumo dos incendios e a sangueira dos morticínios.

Nós estamos de longe, e em situação que nos favorece a perspectiva. Sentimos os movimentos convulsivos que extenuam o organismo social, mas percebemos, ao mesmo tempo, que, das ruínas da civilização militar, que se anniquilla, rugindo, em furia, vae resurgir, mais formosa, mais perfeita, a organização ethico-politica do mundo .

E a America do Sul, cujo preparo moral e mental se vae ultimando, como, eloquentemente, mostrou a segunda Conferencia da paz, e os factos vão comprovando, ha de ter uma função importante nessa recomposição.

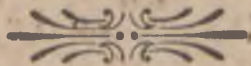
Ha uns versos de SCHILLER, *Die Theilung der Erde*, em que o poeta, por ser o ultimo a chegar não foi o que recebeu o menor quinhão. Ao contrario, abriram-se-lhe as portas da mansão celeste, para que elle tivesse um lugar ao lado de Jupiter. A America do Sul vem retardada, porem não para receber uma parcella da herança humana. Esta já lhe foi entregue, por adeantamento, ao emancipar-se. Cabe-lhe, agora, levar, ao acervo commum, a contribuição do seu proprio labor. O seu espirito novo, a sua isenção de preconceitos tradicionaes, as suas aspirações de liberdade, as suas tendencias humanitarias constituem riquezas moraes, que hão de ser vantajosamente utilizadas.

Diz RENAN, nesse tocante livro sobre a *Vida de Jesus*, que os persas concebem a evolução por series de mil annos, ou chiliasmos. No fim dos tempos, virá o paraizo definitivo.

“Os homens viverão felizes; a terra será como uma planície; não haverá mais do que uma lingua, uma lei, e um governo para todos.”

É um sonho? Mas ha sonhos, que actuam como força de attração para um mundo melhor. A unidade politica e juridica dos povos é irrealizavel, e não chega a ser dezejavél. O que é possível, e assim devemos interpretar a prophécia dos persas, é a harmonia dos interesses de todos os homens, de todas as classes, de todos os povos, sob o patrocínio da idéa de justiça, diversamente realizada nas legislações, mas identica em sua essencia, e nos sentimentos que, espontaneamente, a traduzem.

As nossas realizações do direito são sempre imperfeitas. Mas, a cada esforço de mão inspirada, um raio de luz se desprende, para a formação do sol, que ha de brilhar nos afastamentos do horizonte. E aquelles que conseguem, como TEIXEIRA DE FREITAS, despertar esse raio que dormia na pedra rude da estrada, merecem que os honremos, porque elles são crystallizações das energias sociaes, e assignalam momentos felizes da evolução mental da humanidade.



A ordenação do livro 4.º Tit. 80 § 1.º e o nosso futuro código civil

A Ordenação citada na epigraphie deste artigo dispõe da seguinte maneira:

“E querendo o testador fazer testamento pela forma cerrada, o poderá fazer desta maneira. Depois... *E não sabendo assignar, será assignado pela pessoa que lh'o escrever...*”

Depois de Lobão appareceram duvidas a respeito do modo de interpretar a ultima expressão transcripta acima e que griphamos, consistindo essa duvida em saber si o alphabeto podia ou não testar pela formá cerrada.

A maioria dos autores dos tempos de Lobão e posteriores resolveu e responde sempre pela affirmativa; mas alguns, pouquissimos, é verdade, gastaram e gastam rios de tinta no sentido de provarem que a verdadeira interpretação é a contraria, isto é, que nos termos

da mesma Ordenação o analphabeto não podia nem pode testar pela forma cerrada.

O nosso futuro código, a entrar em vigor em 1.º de Janeiro de 1917, derimiu a questão de um modo absoluto, quanto ao futuro, estabelecendo em seu artigo 1641 a prohibição ao analphabeto para testar por esta forma; mas terá estabelecido direito novo ou terá se limitado a interpretar a Ordenação citada?

E' o que vamos pesquisar e procurar esclarecer no presente estudo.

Toda a argumentação até hoje expendida no sentido de interpretar a Ordenação referida do Liv. 4.º, Tit.º 80, § 1.º, como prohibindo a forma cerrada dos testamentos ao analphabeto se funda ou se baseia sempre em Almeida e Souza, de Lobão, que por sua vez se fundou unicamente na opinião de Domat. Ora, Domat escreveu sobre direito completamente diverso do nosso e, portanto, não podia ser considerado autoridade no assumpto; como, porém, pensou elle interpretar a *LEI 21, de Testamentis, Cod. Liv. VI. Titulo XXIII*, não duvidamos em acceital-o como fonte de bom valor, e mostraremos que a sua opinião era errada em Direito Romano, não podendo ser invocada em Direito Brasileiro.

A citada Ord. Liv. 4. Tit. 80 § 1. diz—

“e não sabendo assignar, será assignado pela pessoa que lh'o escrever....”

e a referida *Lei 21, de Testamentis, Cod*; estatue:

“...*quod si litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat.*..”

Domat, querendo justificar, como proveniente do direito romano, e portanto com fundamento historico, a disposição nova do direito francez, —prohibindo fazer testamento mystico ou cerrado aos analphabetos —traduziu a expressão “*ignorare litteras*” por “*não saber assignar*”, admittindo que se referisse a pessoas que soubessem ler mas não soubessem assignar, para dizer que já o direito romano prohibia ao analphabeto o testamento mystico.

Ora, haverá alguem medianamente conhecedor da lingua latina que traduza tal expressão por —*não saber assignar*?

Haverá quem não saiba serem expressões equivalentes:

... “*ignorare litteras*” —*nescire litteras*” ...
e que as não traduza, ao pé da letra por —
“*não conhecer letras*?”

Parece que não; e seria uma traducção legitima si a PHRASE não tivesse uma traducção especial que se encontra em qualquer dictionario latino-portuguez, como o *Magnum Lexicon*, e é a seguinte:

“*Não saber ler nem escrever*”

A legitima traducção, pois, da menciona-

da Lei 21, na parte transcripta acima é a seguinte:

Quod si porém si
testador o testador
ignorèt litteras não sabe ler nem escrever
vel ou
nequeat não pode
subscribere subscrever . . .

E' esta a unica traducção admissivel da dita Lei 21; e depois diga-se com Domat, com Lobão, que foi esta Lei que prohibiu aos analphabetos de testarem pela forma mystica...

Algumas pessoas tem considerado intangivel esta opinião expressada na famosa Dissertação IV, Appendice ás Notas a Mello, de Lobão que, pelo seu vezo de se oppôr e contraditar ao insigne Mello Freire, que nunca foi capaz de imitar quanto mais de igualar, acceitou como ouro de lei, em direito portuguez a opinião de Domat sobre direito francez, totalmente diverso do portuguez e hoje nosso. Mas, si ha um escriptor nebuloso, como Lobão nenhum; si ha um autor onde se veja claro somente o desejo de se oppôr a um outro, cujo saber e fama nunca poude attingir, este é Lobão que a preocupação de impugnar quanto Mello Freire escrevesse e sustentasse, cifrando-se nisto somente o seu saber massudo, empolgava de todo.

Mas que seja, que fosse Lobão o insigne e unico sabedor do direito portuguez, o conheedor unico dos mysterios das Ordenações e deste pavoroso Livro 4.º de que nos fallam velhos

reirnicolas, e leiamos a famosa Dissertação IV, em seus paragraphos 7 a 12, onde vem a sua opinião sobre o debatido assumpto.

Uma argumentação toda duvidosa, de perguntas e respostas sempre sobre o direito francez, a confissão no § 7. de que as ultimas palavras do texto latino parecem poder comprehender os testadores que não sabem ler, a confissão no § 10º que os analphabetos testavam assignando de cruz, vindo afinal a dizer que o assumpto era bem digno de um *assento que nunca foi tomado* e terminando da seguinte maneira em que se vê a dubiedade, a incerteza de sua opinião:

....“*Não se admittam taes testamentos a analphabetos, como seminarios de falsidades. Interprete-se a nossa lei pela sua fonte, como se tem interpretado nas mais legislações. Pelo menos (A CONTINUAR O DOMINANTE ERRO), sejam os magistrados attentos nas qualidades dos escriptores das cedulas que se approvam. Si elles não forem de inteiro credito, si corruptiveis, si affeiçãoados aos herdeiros ou legatarios melhorados, si os testadores antes ou depois de taes testamentos fizerem, ainda perfunctoriamente, algumas declarações contrarias ao que se acha escripto, etc., SEJAM FACILIS EM ANNULAR EM TODO OU EM PARTE as taes disposições, e muito mais sendo escriptos herdeiros estranhos, pre-*

*teridos os consaguineos BENEMERITOS,
attentas as razões expostas na Diss.
2.ª*

Eis os que afinal Lobão conclue: eis que, afinal elle confessa, era corrente a opinião contraria a sua, o que classificava *dominante erro*; eis que afinal elle já se contenta que os juizes sejam attentos ás qualidades dos escriptores, que sejam faccis em annullar taes testamentos "*em todo ou em parte!*"

E chama-se a isto uma interpretação decisiva da Ord. Liv. 4.º, Tit. 80 § 1.º, sem se ver que Lobão traduziu erradamente a expressão "*ignorare litteras*" da Lei 21, de Test, Cod. Liv. VI Tit. XXIII, pois tal expressão significa...

"*não saber ler nem escrever*", como se poderá verificar em qualquer dictionario latino, verbum *littera, ae*, porquanto a expressão "*ignorare litteras*" é absolutamente a mesma "*nescire litteras.*"

Sustenta-se que não ha mudanças completas, fundamentaes no direito de um povo, guardando-se sempre uma relação ou sequencia historica, o que realmente é verdade pela maior parte das vezes.

Isto, porém, não é um principio absoluto.

Veja-se o Japão que adoptou em seuCodigo Civil um systema juridico differente; vejam-se todas as legislações que tem adoptado principios diversos dos originariamente acceitos.

Acceitavamos nós o casamento civil? O re-

gistro Torrens? A precedencia do conjuge ao collateral na successão?

Não são hoje principios juridicos acceltos e em pleno vigor na legislação brasileira?

Acceitavamos nós, na legislação actualmente em vigor a theoria da posse de accordo com os sentimentos do Ihering? Pelo contrario, não acceitavamos a theoria de Savigny?

E o nosso futuro Codigo Civil não estabeleceu quasi que integral e completamente a theoria de Ihering?

Dito isto respondamos a argumentação d'aquelles que affirmam ser o Art. 1923, do Codigo Civil Portuguez a interpretação authentica da Ordenação do Liv. 4.º, Tit. 80 § 1.º

A affirmativa é falsa. Lobão confessava dominar a opinião contraria, o que elle chamava "*dominante erro*", porque a Ordenação referida era interpretada de modo differente do porque elle fazia; confessava portanto que dominava a opinião de que a citada Ordenação permittia ao analphabeto testar pela forma mystica, pelo que terminou a sua Dissertação IV, já citada, com aquelles bons conselhos que acima foram transcriptos; mas a jurisprudencia continuou, sem se importar com a opinião de Lobão a julgar validos os testamentos mysticos de analphabetos e, ainda mesmo depois de estar em vigor o Codigo Civil Portuguez, se julgou que eram validos os testamentos mysticos de analphabetos, feitos e approvados antes da data em que começou o Codigo a obrigar.

Assim o affirma o insigne jurisconsulto

portuguez Dias Ferreira, commentador do mesmo Codigo, em a nota que faz ao art. 1764.

Eis como se expressa o mesmo autor:

....*“Já vimos julgado, por um juiz de 1.ª instancia, que era valido o testamento cerrado do individuo, que não sabia ler nem escrever, aberto depois da promulgação do Codigo, mas que tinha sido feito antes...”*

Desta sentença, refere o mesmo Dias Ferreira, na mesma nota, que houve appellação e que a Relação de Lisboa por accordam de 23 de Abril de 1873, decidiu:

....*“que era valido o testamento cerrado, feito antes do Codigo, por pessoa que não sabia ler nem escrever e aberto depois da promulgação do Codigo...”*

Que lei vigorava a respeito? que lei regia o assumpto, em Portugal, antes da promulgação do Codigo?

Ninguém o contestará: a Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.º, que os tribunaes portuguezes, portanto, declaram permittir ao analphabeto o testamento cerrado.

O mencionado e citado Dias Ferreira não concorda com o modo de decidir da Relação de Lisboa, porque o testamento de que se tratava fôra aberto depois de estar em vigor o Codigo; mas confessava que as ordenações

assim permittiam, ao analphabeto testar. A decisão da Relação de Lisboa, se fundava:

- 1.º em que o art. 1765 do Codigo manda regular a capacidade do testador pelo estado em que se achava ao tempo em que o testamento foi feito; e
- 2.º em que o art. 1762 do mesimo Codigo manda valerem os testamentos feitos anteriormente ao Codigo, si tinham as condições legaes do tempo em que foram feitos.

Portanto reconheceu e proclamou a Relação de Lisboa que o testamento mystico do analphabeto, feito ao tempo anterior ao Codigo, em que vigorava a Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1º tinha as condições legaes necessarias á sua validade.

Assim, em Portugal, foi considerado como tendo o art. 1923 do Codigo estatuido direito novo, direito bebido nas fontes francezas; que o dito art. 1923 estabeleceu a prohibição, que até então não existia, mas que todos os testamentos mysticos de analphabetos, feitos anteriormente ao Codigo, eram validos nos termos da Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.º, ainda que abertos depois de estar o codigo em vigor, pelos fundamentos e razões do accordam já citado.

São, pois, pontos estes liquidados:

- 1.º que em Portugal, apezar de opinião de Lobão, os testamentos cer-

rados sempre foram permittidos aos analphabetos, até que o Codigo os prohibiu de testarem por esta forma;

- 2.º que o art. 1923 do citado codigo não é interpretação da Ord. Liv. 4. Tit. 80 § 1., mas direito novo, *doutrina nova*, no dizer de Dias Ferreira;
- 3.º que os testamentos de analphabetos, mesmo abertos depois do Codigo, foram declarados e tidos como validos, si feitos e approvados ao tempo da Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1.º

Argumenta-se ainda com o testamento do cego e si o faz com fundamento no direito romano.

Ora em direito romano o cego sempre poudes testar por qualquer fórma até a promulgação da Constituição 8.ª do Tit. 22 do Liv. VI do Codigo, pelo imperador Justino, pois segundo se lê em *Paulus*, Sent. Liv. 3.º Tit. 4 A § 4.º

“Caecus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes.”

O Imperador Justino na dita Constituição cercou de mais formalidades o testamento do cego, permittindo-lhe somente a forma nuncupativa; quanto aos analphabetos, porém, a

citada Constituição ou outra qualquer nada prohihe.

Portanto, continuaram os analphabetos com a facção testamentaria, ou capacidade testamentaria activa, que nunca lhes foi cerceada em direito romano, direito que passou a fazer parte da legislação Justiniana e desta passou, para o direito moderno até que o Codigo Civil Francez, em seu art. 978, aliás reproduzindo uma ordenança anterior, prohibiu aos analphabetos de testarem pela forma mystica, prohibição que vem sendo acceita pelas legislações posteriores.

Domat foi um entusiasta desta prohibição e quiz mesmo justifical-a com o direito romano, aliás expresso em sentido contrario; mas nenhum outro autor existe que, embora apoiando e justificando semelhante disposição, não reconheça que foi uma innovação do direito francez, uma prohibição até então não existente.

Mas em França mesmo são estas, uma prohibição e opinião, muito criticadas, e, entre outros, pelo sabio e magnifico ERNEST ROGUIN, em seu *Droit Civil Comparé—Les Successions*, vol. 3. pag. 345 onde elle escreve:

“*Nous sommes incapable de saisir pourquoi une législation admettant l'acte olographe, ne ferait pas de même pour le testament mystique. En le régétant, la législation prive la personne incapable d'écrire du droit de pendre des DISPOSITIONS CONNUES DELLE SEULE OU DU MOINS*

DELLE ET D'UN AUTRE INDIVIDU AYANT
SA CONFIANCE."

E eguaes observações, diz o mesmo Roguin, faz o autor do "*Deuxième Project de Code Belge*."

O nosso Teixeira de Freitas, consolidando o direito brasileiro, ennumerou no art. 993 quaes as pessoas incapazes de testar por qualquer forma, entre ellas não incluindo o analphabeto, e nos arts. 1055 a 1059 em que trata do testamento cerrado tambem nenhuma incapacidade estabelece para o analphabeto.

Ora o assumpto tem como regra a capacidade, sendo a incapacidade a excepção, e portanto taxativa; logo capazes de testar mysticamente são tanto os cegos como os analphabetos.

O Sr. Dr. Joaquim Gonçalves de Lima que foi Juiz dos Feitos da Fazenda em Pernambuco, ao tempo do Imperio, assim se expressou no parecer que consta de sua obra—*Miscellaneas juridicas*, § 151 pag. 139:

"quanto á primeira, sou de parecer que, á vista da legislação vigente, não é prohibido ao analphabeto fazer testamento cerrado, nem o seu testamento é nullo por esta causa.

.O nosso legislador na Ord. Liv. 4 Tit. 81, individuando as pessoas que não podem testar, não falou do anal-

phabeto, antes na Ord. Liv. 4 Tit. 80 § 1. tratando especialmente do testamento cerrado, permite ao analphabeto dispor de seus bens por esta especie do testamento, como se vê das palavras: e não..."

..Todo esforço que em sentido contrario fez Almeida e Souza, na 4 dissertação jurídica, que serve de supplemento ás notas ao livro 3. de Mello, não é sufficiente para trazer á convicção a quem tiver algum conhecimento da legislação patria.

Embora me pareçam judiciosas suas razões, e sejam auxiliadas pela legislação de alguns paizes, e opinião de alguns jurisconsultos, não posso convir em que a sua doutrina deve ser considerada como —JUS CONSTITUTUM —entre nós. Lamento com este jurisconsulto que o nosso legislador não tenha providenciado... mas enquanto isso não acontecer, não se pode sustentar que o analphabeto não pode fazer testamento, nem irrogar nullidade ao seu testamento. O anno p. passado foi apresentado á Assembléa Geral um projecto de lei, em que se pedia a revogação do paragrapho 1. desta Ord. na parte em que permite o testamento cerrado ás pessoas, que não sabem ler nem escrever. Isso prova que a intelligencia que no paiz se dá a lei, não é a que lhe

deram os dous signatarios da proposta."

O velho Loureiro (Lourenço Trigo) em seu Direito Civil, vol. I, § 296, nota 134, referiu-se tambem a Const. 8.^a do Código, *de Testamentis*, salientando que prohibio aos cegos testarem, salvo pela forma nuncupativa ou publica, e dizendo que foi esta uma boa cautella, mas incompleta, no seu modo de pensar, "*porquanto DEVIA ESTENDER-SE aos que não souberem ou não poderem ler, como dispoz o Cod. Civ. Fr. art. 978...*"

DEVIA ESTENDER-SE, diz elle; LOGO SE NÃO ESTENDEU, pelo que os artigos 26 e 113 do Código do Processo, p. 1.^a não prohibiram tambem aos analphabetos de testarem pela forma mystica.

O Dec. n. 2878 de 23 de Junho de 1879 declara positivamente que nem a Ord. Liv. 4.^o tit. 80, nem qualquer outra lei, prohibe aos cegos de fazer testamento cerrado, sem absolutamente distinguir entre o cego que sabe escrever e o que o não sabe, ao *cego que é incapaz de ver a cedula testamentaria* que se vae approvar, *incapaz de ver si ella é ou não a mesma que escreveu ou fez escrever*; como pois, querer com fundamento em prohibição ao cego de fazer testamento cerrado, prohibição que não existe, sustentar que o analphabeto, sendo comparavel ao cego, o não pode?

O Sr. Dr. Clovis Bevilacqua, em seu *Direito das Successões*, § 56 pag. 195 e seg. trata da capacidade testamentaria activa, e a pag. 196, in princ., escreve textualmente:

“São capazes de testar todas aquellas pessoas a que a lei não retira essa faculdade.

E, sendo as incapacidades excepções, não comportam interpretações ampliativas, senão sob a medida da mais prudente circumspecção.”

Eis ahi a opinião, do Sr. Dr. Clovis Bevilacqua que ainda, a pag. 206 salienta poder o cego fazer testamento por qualquer forma, inclusive a cerrada, chamando a attenção para a “LINGUAGEM MUITO FRANCA” do Dec. n. 2898, que tem a assignatura de um mestre, de um jurisconsulto, como o Sr. Cons. Lafayette.

E ha quem diga que nas entrelinhas desse Decreto se deve ler a prohibição ao analphabeto de testar mysticamente, quando o sr. dr. Clovis acha-o de linguagem muito franca, *dissipando todas as duvidas!*”

Tambem o Sr. Cons. Teixeira de Freitas, que não foi ahi qualquer, escrevendo sobre o assumpto, é de uma clareza que se impõe, quando, em sua Nota 14 ao § 9.º do Tratado dos Testamentos e Successões, do G. Pinto, affirma que o Decreto n. 2878 de 23 de Julho de 1879, apezar de se referir sómente ao testamento cerrado, resolve todas as duvidas e pode o cego fazer testamento por qualquer forma, escrevendo-os por si ou *por outrem a seu rogo.*

A Ordenação referida, do Livro 4. Tit. 80 § 1.º foi sempre comprehendida, entre nós,

como permittindo aos analphabetos, testarem pela forma mystica, assim tendo sido praticado em todos os tempos.

O nosso direito portanto foi sempre pela permissão aos analphabetos de testarem pela forma mystica ou cerrada; e a vez unica em que tal se contestou em juizo, segundo todos os julgados colleccionados nas diversas Revistas de jurisprudencia, como se pode vêr em Rev. de Direito, de B. Faria, vol. V, pag. 368, no accordam unanime da Primeira Côte de appellação, do Rio, confirmando a bellissima sentença que se encontra na mesma Revista e volume V a pag. 362, proferida pelo Sr. Dr. Enéas Galvão, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, a decisão foi pela validade do testamento.

De todos os projectos de Codigo Civil Brasileiro, sómente o do Sr. Dr. Coelho Rodrigues incluiu em seu texto a disposição prohibitiva do texto francez, codigo civil art. 978.

O Projecto do Sr. Dr. Felicio dos Santos trata nos arts. 1619 a 1631 do testamento cerrado; não prohibe ao analphabeto forma alguma e, o autor, em seus commetarios,, affirma que reproduziu o direito constante da Ord. Liv. 4. Tit. 80.

O projecto do Sr. Dr. Clovis Bevilacqua, em sua forma primitiva, d'elle proprio, tambem nada prohibe, como se pode ver dos arts. 1798 e 1800 e 1808 a 1811, em que se refere ao testamento cerrado e a capacidade do testador. Esse texto primitivo do Codigo foi revisto por uma commissão de jurisconsultos,

nomeada e presidida pelo Dr. Epitacio Pessoa, sendo então o segundo texto, redigido pelo professor Ernesto Carneiro, remetido ao Congresso; foi nesse segundo texto que appareceu a prohibição referida, no n. 5 do art. 1963.

Na Camara, pela Commissão dos 21, passou ella a formar um artigo especial, o 1679, que teve no Senado sua redacção modificada pelo sr. Cons. Ruy Barbosa e é hoje o art. 1641 do nosso Codigo Civil, a entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1917.

Feito assim o historico da disposição, leiamos a a discussão que a respeito houve no seio da commissão dos 21, para trabalhar com a qual foram convidados os maiores juristas brasileiros, entre elles, representantes maximos das correntes scientificas, os Srs. Cons. Dr. Andrade Figueira e Dr. Clovis Bevilacqua; a pag. 281-282 do vol. 6. dos Trabalhos da Camara, se encontra que o Sr. Dr. Andrade Figueira, depois de salientar quanto era "*cruel*" a disposição do artigo, quanto era perigosa a *innovação* de distinguir entre "*não saber ler*" e "*não saber assignar*", assim termina:

"Daria a todos o direito que elles têm pelas leis actuaes..."

E o Sr. Dr. Andrade Figueira não teve de toda aquella assembléa, illustre pelo saber, uma só contradicta de que a capacidade testamentaria activa do analphabeto era e é de facto reconhecida "*pelas leis actuaes*", em toda sua plenitude, não lhe sendo defesa forma alguma de testar.

Pelo contrario, ao ser redigido o parecer para a votação, o Sr. Relator Dr. Alfredo Pinto Vieira de Mello, nelle incluindo as reflexões do Sr. Cons. Andrade Figueira acima explanadas, escreveu a pag. 493 do mesmo vol. VI dos Trabalhos da Camara —“o Sr. Dr. Andrade Figueira apresentou as seguintes reflexões, QUE TEM TODA PROCEDENCIA.

E as transcreveu.

E' claro, pois, que a disposição do art. 1641 do nosso Codigo a entrar em vigor em 1. de Janeiro de 1917, é uma innovação que não existia nem existe no nosso direito, *actualmente* em vigor.

Mas como poderá testar o analphabeto quando o codigo estiver em vigor?

O art. 1641 lhe prohibe a forma cerrada: o art. 1635 exigindo que o testador possa *verificar pela leitura*” as disposições que dictou para que possa testar publicamente, lhe prohibe o publico; o art. 1645 n. 1 lhe prohibe o particular, sendo estas as unicas formas ordinarias de testamento que o futuro codigo reconhece.

Das formas especiaes reconhece somente o maritimo e o militar, com tantas limitações que não é possivel ao analphabeto uzar dellas, nem mesmo sendo maritimo ou militar, dado que todos os analphabetos fossem maritimos ou militares; o nuncupativo?

Mas o codigo o reconhece somente na hypothese do art. 1663, de modo que necessario será ao analphabeto ser militar e ser ferido em combate, não convalescendo dos ferimentos, para que possa testar!

Digamos, pois, como o Sr. Cons. Andrade Figueira;

..“E demais! nega-se ao analphabeto todas as formas de testar, mystica, publica, particular e nuncupativa!”

E' assim o nosso futuro Codigo! Um codigo com prohibições destas, em um paiz de analphabetos!

E' assim a nossa futura lei. Mas a actual não; a constante deste Liv. 4 das Ordenações d'El Rey D. Phelippe; a actual promulgada por um rei absoluto, ha trescentos annos, para povos ignorantes de seus direitos, atrasados em qualquer sentido, acostumados ás mais ferrenhas, ás mais rigorosas, ás mais tristes limitações de seus direitos era e é a lei justa, a lei liberal, a lei adiantada para um paiz de analphabetos, em comparação com o novissimo codigo ainda não em vigor.

A actual lei estará em vigor até 31 de Dezembro de 1916; até lá a capacidade testamentaria activa será por ella regida e os testamentos até então feitos serão em tudo validos, em tudo por ella regidos, valerão plenamente nos termos do art. 1628 do futuro codigo, porque a incapacidade superveniente não invalida o testamento efficaz, isto é, feito em forma legal e por quem tinha capacidade para fazel-o ao tempo em que foi feito.

Recife, Abril, 1916.

Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.

Testemunhas dos testamentos cerrados

Consulta e Pareceres

Pode o escriptor do testamento cerrado, que o escreveu e assignou a rogo do testador por não saber este ler nem escrever, ser uma das cinco testemunhas de numero do auto de approvação, assignando-o tambem a rogo do testador?

Respondo affirmativamente ao quesito proposto. Não havendo lei prohibitiva a respeito da hypothese, manda a logica juridica que prevaleça o acto contra o qual nenhuma disposição legal pode ser invocada. A lei reguladora das formalidades extrinsecas do testamento cerrado apenas exige que o acto de approvação do mesmo seja assignado pelo testador e cinco testemunhas e que, não sabendo ou não podendo o testador assignar, assigne por elle uma das testemunhas, declarando que

o faz a seu rogo e ~~por não~~ saber ou não poder elle assignar.

Por outro lado permite a lei que o testamento cerrado possa ser escripto por terceira pessoa e assignado pela mesma a rogo do testador por não saber este assignar. E uma vez que entre as pessoas que não podem ser testemunhas nos testamentos cerrados não incluiu a lei o escriptor do mesmo, é obvio que o permittiu, sendo portanto valida a sua assignatura, como testemunha e a rogo do testador. Não me parece mesmo que esse caso possa dar logar a duvida seria.

E' como penso, salvo melhor juizo.

Recife, 10 de Dezembro de 1914.

DR. ADOLPHO CIRNE.

Não conheço lei alguma que prohiba ao escriptor do testamento cerrado, que assignou o mesmo testamento a rogo testador, que não sabia ou não podia escrever, ser testemunha no respectivo instrumento de approvação, assignando-o tambem a rogo do testador.

Por outro lado não vejo repugnancia entre as duas funções de escriptor do testamento e de testemunha na approvação; ao contrario ellas se accommodam com os principios de direito, que permittem que o Tabellião escreva e assigne o testamento a rogo do testador e o approve, conforme o Assento n. 401 de 23 de Julho de 1811 que declarou não terem nullidade quaesquer testamentos escriptos

tos pelo Tabellião e depois approvados pelo mesmo.

A doutrina do Assento citado se acha reproduzida na Cons. das Leis Civis de Teixeira de Freitas, Nota 24 ao Art. 1059, e na Consol. das leis relativas ao Juizo da Provedoria por Ferreira Alves, § 72 n. 10.

E' o que penso.

Recife, 11 de Dezembro de 1914.

DR. AUGUSTO VAZ.

Respondo a consulta pela affirmativa. Nem preciso de longa dissertação ou de muitos argumentos para sustentar a resposta.

Basta considerar em que nenhuma lei o prohibe directa ou indirectamente para chegar-se natural e juridicamente á conclusão de que qualquer pessoa, tendo escripto e assignado um testamento a rogo do testador por não saber este ler nem escrever, pode, a rogo d'elle e pelo mesmo motivo assignar o instrumento de approvação, como uma das cinco testemunhas exigidas para este acto, declarando ao pé de sua assignatura que o faz a rogo do testador por não saber elle ler nem escrever do mesmo modo que "nada obsta que o tabellião tenha escripto o testamento e o approve depois como pessoa publica", conforme a Assento de 23 de Julho de 1811, segundo se vê de Gouveia Pinto, Trat. dos Testamentos e

Successões, ed. T. de Freitas, § 72 e seguintes, e notas.

Recife, 22 de Dezembro de 1914.

Dr. Hersilio de Souza.

Respondo affirmativamente, Quem escreveu e assignou o testamento a rogo do testador, por este não saber ler, nem escrever, pode figurar depois como testemunha da approvação do mesmo testamento.

Não descubro incompatibilidade entre as duas funções, exercidas em actos inteiramente distinctos, que podem occorrer em tempos e logares differentes.

A intervenção no primeiro acto não exclue qualquer outra no segundo, e a prova está em que o testamento pode ser escripto em character particular pelo proprio tabellião que officialmente o tem de approvar.

Recife, 3 de Janeiro de 1915.

Dr. Gondim Filho.

*
**

Para responder á consulta feita, basta responder a esta outra questão:

“Quem pode ser testemunha, em materia de testamentos?”

Teixeira de Freitas, o sempre sabio e summo jurista patrio, no Tratado de Testamentos e Successões, de G. Pinto, affirmou:

§ 46. Podem ser testemunhas nos testamentos todas as pessoas naturaes, contanto que não sejam prohibidas no subsequente § 47;...

E no dito subsequente

—§47. Não podem ser testemunhas nos testamentos, pena de nullidade:

- 1.º—as mulheres, a não ser nos testamentos nuncupativo e militar;
- 2.º—os impuberes;
- 3.º—os loucos;
- 4.º—os prodigos;
- 5.º—os mudos e surdos;
- 6.º—os cegos;
- 7.º—o herdeiro instituido e os filhos sob seu patrio poder;
- 8.º—o pae, sob cujo poder estejam os herdeiros, instituidos estando todos sob o poder de seu pae;
- 9.º—os irmãos do herdeiro instituido estando todos sob o poder do pae;
- 10.º—o escravo, a não ser reputado livre.

Tambem o conhecido *Coelho da Rocha*, nas Instituições de Direito Civil, § 686, diz que podem ser testemunhas nos testamentos quaesquer pessoas não excluidas por lei. Depois diz textualmente:

São impedidos por defeito natural: 1.º os impuberes; 2.º os dementes, furiosos e interdictos; 3.º os surdos ou mudos; 4. os cegos; Por prohibição de lei: 5.º as mulheres, excepto nos testamentos nuncupativo e militar e nos codicillos; 6.º os herdeiros instituidos bem como o pai, filhos ou irmãos destes.

Cloris Berilacqua e todos os autores brasileiros ou portuguezes, (que nos regemos ainda pelas Ordenações), todos, sem excepção de um só, são unanimes, acompanhando T. de Freitas e Coelho da Rocha. Uns enumerando mais explicadamente outros menos explicadamente, todos dizem prohibidos de ser testemunhas nos testamentos as mesmas pessoas enumeradas por T. de Freitas e Coelho da Rocha. Não ha um só, um unico que diga prohibido de ser testemunha o escriptor do testamento.

Mas pelo contrario, o sabio commentador do Codigo Philippino, o egregio *Candido Mendes*, referindo-se ao testamento particular, quando commenta a Ord. Livro 4. Tit., 80, § 3. affirma positivamente que o escriptor do testamento pode ser uma das suas testemunhas.

Eis ahi: nenhum autor, nenhuma lei contraria que o escriptor de um testamento possa ser uma das testemunhas do auto de approvação dos cerrados. Isto, *de jure constituto*; e *de jure constituendo*?

Veja-se o art. 2459 do Projecto do Codigo Civil, do Snr. Conselheiro Coelho Rodri-

gues e se verificará que apenas prohibe serem testemunhas nos testamentos aos praticantes e empregados do tabellião que o fizer ou receber; ou pessoa particularmente dependente do mesmo por qualquer causa.

Veja-se o projecto anterior do Smr. Dr. Joaquim Felicio dos Santos, art. 1654 e se verificará tambem que ali não figura prohibição ao escriptor de ser testemunha nos testamentos.

Veja-se finalmente o Projecto Clovis Bevilacqua, já approvedo pela Camara e Senado, de onde voltou com emendas para aquella casa do Congresso Nacional, onde elle estatue:

Art. 1657 —Não podem ser testemunhas em testamentos:

I os menores de 14 annos; II os loucos de todo genero; III os surdos mudos e os cegos; IV o herdeiro instituido, seu conjuge e os filhos sob o patrio poder do instituido; V o pai ou mãe sob cujo poder estiver o instituido: VI os irmãos do herdeiro instituido, si todos estiverem sob o patrio poder; VII os legatarios, salvo quanto ao auto de approvação do testamento cerrado.

No Senado as emendas approvedas foram quatro: tres supprimindo os numeros V e VI e o final do numero VII e uma outra augmentando a edade marcada no numero I para 16 annos.

Eis ahi; nem os autores, nem as leis, nem os projectos de leis prohibem ao escriptor de um testamento ser testemunha do mesmo ou do auto de sua approvação.

Haverá uma lei que impeça, prohiba figurar como testemunha do auto de approvação quem quer que conheça as disposições do testador?

Nenhuma, absolutamente nenhuma, responderão todos, por mais mediocrementemente conhecedores do direito que sejam. Pelo contrario: não póde o tabellião escrever o testamento cerrado como pessoa particular e depois approval-o como pessoa publica, como tabellião?

Parece-nos que não é necessario lembrar ter o Assento n. 401 de 23 de Julho de 1811 resolvido pela affirmativa, isto é, que os testamentos cerrados escriptos e approvados pelo mesmo tabellião, são validos, perfeitamente validos.

Aliás, muito mais grave é o acto do tabellião, do que o da simples testemunha, aléin de que desde o direito romano se sabe que *homo plures personas sustinere potest*. Quér isto dizer que uma só pessoa pode representar mais de um papel. Assim o consul que possuia escravos podia figurar no acto de libertação dos mesmos, como *pessoa particular*, o senhor que concedia a liberdade, e como *pessoa publica*, o consul que presidia o acto para que fosse legal; assim o tabellião, como *pessoa particular*, póde escrever, ser o escriptor de um testamento cerrado, e como *pessoa publica* ser o tabellião que depois o approve; assim póde

uma pessoa qualquer ser o *escriptor* de um testamento cerrado e depois *testemunha* do acto de sua appovação; assim pôde uma pessoa ser o *escriptor* de um testamento particular aberto e depois ser *testemunha* do mesmo testamento, porque em qualquer desses casos a pessoa figura em character diverso em cada acto.

Em nenhuma parte as Ordenações prohibem ao *escriptor* do testamento de ser *testemunha* do mesmo, portanto de, no cerrado, ser *testemunha* do acto de sua approvação. E é bem sabido, conhecido e reconhecido serem actos completamente distinctos —a factura de um testamento —e— o acto de sua approvação—, podendo entre elles medeiar dias, semanas, mezes, annos, de maneira que não é possível comprehender-se ter figurado em character unico o *escriptor* de um testamento cerrado que depois serviu de *testemunha* no acto de sua approvação. Não, o *escriptor* que depois serviu de *testemunha*, *duas personas sustinuit*, segundo o velho principio de direito romano. Portanto,

“pôde o escriptor de um testamento cerrado ser testemunha do acto de sua approvação.”

Recife, Outubro, 1915.

Dr. Joaquim I. de A. Amazonas.

Não ha impedimento algum, geral nem especial, para o escriptor do testamento cerrado subscrever o auto de approvação do mesmo testamento, como testemunha, assignando-o tambem a rogo do testador.

Da falta de prohibição legal, conclue-se a permissão.

Ao tabellião, que approva o testamento, a lei permite que o escreva a rogo do testador: porque havia de prohibir á testemunha do mesmo auto lavrado pelo tabellião?

No testamento cerrado, ha dois actos successivos: a carta testamentaria, que é secreta, e o instrumento de approvação, que é publico. As testemunhas apparecem no segundo acto, e, de ordinario, ignoram o conteudo do primeiro, mas, por conhecerem ellas ou algumas dellas as disposições testamentarias, não perde o testamento o seu valor nem seu caracter.

As testemunhas o que attestam é a solemnidade da approvação, desde o momento, em que a carta testamentaria é apresentada ao tabellião até á sua conclusão pelas respectivas assignaturas. São alheias ás disposições do testamento: por isto, no caso de impedimento do testador é licito que o escriptor do testamento, que o escreveu e assignou a rogo do testador, funcione como testemunha do auto de approvação e ahi tambem assigne em nome do testador, declarando porque o faz.

Rio de Janeiro, 18 de Janeiro de 1915.

Dr. Clovis Bevilacqua.

Uma lição de theoria do processo

**Acção e excepção; definição e accepções,
Acção em sentido objectivo, como con-
sectario do direito. Distincção primordial
entre acções de declaração e de con-
demnação.**

I

Conhecidas as leis do processo, indicadas as regras e preceitos para fazer valer as pretensões jurídicas, resta fazer referencia á *faculdade* de usar dessas regras e ao *modo* do seu emprego.

E' o que se chama *acção*.

Esta palavra vem de *agere*, *agir*, *pôr-se em movimento*; e significa exactamente o facto de promover perante o poder social a realisação do direito que se pretende.

Mas para isto a acção presuppõe o concurso de duas partes adversas, uma que pensa poder invocar o direito em seu favor, e outra de quem se exige a realisação desse direito. — (1).

E' de um lado o sujeito activo do direito,

(1) Não é ainda tempo de fallar de uma terceira pessoa que conhece da acção; o Juiz.

o seu titular, o credor, o *autor*; do outro lado é o sujeito passivo do direito, o onerado da obrigação, o devedor, o *reu*.

A este pode competir também um direito que venha excluir as pretensões do autor; e o reconhecimento e a realização do seu direito é tão sagrado quanto o do seu adversario.

Considerada portanto em seu aspecto mais geral, a acção comprehende não só o direito e os meios de que dispõe o *autor*; mas ainda os que competem ao *reu*.

De facto o *reu* em sua defeza pode allegar tudo quanto exclua a acção proposta, e muito principalmente direitos seus que devem também ser respeitados e satisfeitos pelo autor.

Assim, portanto, nessa accepção mais vasta e mais geral, a acção comprehende a allegação do direito de forma propositiva, que é a acção propriamente dita, em sentido restricto; e a allegação de forma *defensiva*, que toma o nome especial de *excepção*. (2)

Essa palavra "*excepção*" também significa de um modo geral a defeza do *reu*, mas aqui se entende unicamente como excepção a affirmativa de um direito contrario, isto é, em que o *reu* allega direito seu, excluindo o do autor (3).

(2) Assim dizia Ulpiano Dig. 44 —1—fr 1.º *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.*"

Essa forma da acção propriamente dita, que aqui chamamos *propositiva*, podia-se também chamar *invocativa*, ou *provocativa*, mas este ultimo qualificativo poderia trazer confusão com as acções provocatorias a que tenho de me referir em outra lição.

(3) Em outro lugar temos de fallar das diversas espécies de excepção e suas differentes accepções.

A excepção neste sentido não é simplesmente um meio de defeza, mas é antes de tudo um meio de fazer valer uma pretensão jurídica, da mesma forma que a acção propriamente dita.

Essa distincção torna-se importante quando se considera que ha direitos cujo reconhecimento e efficacia não se pode exigir por meio de acção propriamente dita; ao passo que podem sel-o por meio de excepção, como adiante havemos de ver.

II

A palavra acção, nesse sentido mais amplo, não é usada senão quando se estabelecem os seus principios mais geraes; sendo mais empregada em sentido restricto, como opposto de excepção. (4).

Em todo caso é ainda com vantagem aceita a celebre definição de Celsus, que nos deixaram as fontes do Direito Romano:

Acção é o direito de promover em juizo aquillo que nos é devido: "*jus persequendi in judicio quod sibi debetur.*" (5)

Vê-se por ella que a acção é sobretudo um direito, *jus*; que deve ser dirigida a um poder publico incumbido de administrar a justiça, —*in judicio*; e que tem por fim reconhecer e

(4) E' a esta accepção que se refere Paulus, Dig. 50-16--fr. 8 § 1. : "*Actionis verbo non continetur exceptio.*"

(5) Inst. IV—6— pr. : *Actio autem nihil aliud est quam jus sequendi judicio quod sibi debetur*, Dig. 44—7—fr. 51. : (Celsus) "*Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi.*"

conferir um outro direito: "*quod sibi debetur.*"

Essa definição, justamente celebre, tem a vantagem de exprimir com fidelidade o que é actualmente, e o que tem sido a acção em todo o percurso da evolução do processo.

Pode bem exprimir o solemne ritual de qualquer das cinco acções da lei, isto é, as formas processuaes primitivas das *legis actiones* do Direito Romano. Depois ainda significa a formula redigida pelo pretor, quando *tinha* de nomear ou approvar o juiz ou arbitro, "*—judicium dare.*" E por ultimo significa o processo realiado somente perante o magistrado.

A expressão *—in judicio*, que a principio apenas designava a competencia do julgador nomeado, passou a significar, como ainda hoje, a função de qualquer magistrado a quem incumbe conhecer do litigio.

Finalmente —o "*quod sibi debetur*" — exprime em geral o direito que se allega, e cujo cumprimento se deseja.

Tem havido quem considere incompleta a definição, sob o pretexto de que a expressão "*quod sibi debetur*" só se pode referir ás *diridas* ou ás obrigações pessoaes, e não comprehende o dominio e outros direitos reaes.

Propõem acrescentar a expressão: *quod nostrum est*; para significar as relações resultantes desses direitos. (6).

(6) Veja-se em João Monteiro Theor. do Proc. Civ. e Com. § 15 nota (1) a referencia e refutação a todos os autores que fazem essa censura, desde Daniel até Mat. tirolo.

Vide tambem Paula Baptista Compendio de Theor. do Proc. § 3.º; Levindo Lopes Licções Ponto 2.º

Mas é innegavel que a expressão da definição de Celsus pode muito bem comprehender actualmente, de um modo geral, todo e qualquer direito susceptível de ser reconhecido em juizo. Seria portanto deturpar sem vantagem a sua concisão maravilhosa o acrescimo que se pretendeu fazer-lhe.

Tambem tem se negado que a acção seja realmente um *direito*, quando o seu fim já é affirmar direito preexistente. E neste sentido Heineccius substitue a classica definição de Celsus, dizendo que a acção é um meio de promover os *direitos* em juizo. *Actio est medium persequendi in judicio jura qua cuique competunt*. (7)

O certo é que a acção é antes de tudo um *direito*, e nem por isso deixa de ser tambem um *meio*.

E' um direito, emquanto de nós depende o seu exercicio, é um meio quando realmente, procuramos exercel-o. E' o que diz Mello Freire com a visão clara das cousas: (8)

Actiones nos hic adcipimus non tamquam jura, quæ nobis competunt, sed tamquam medium jus nostrum in judicio prosequendi.

(7) Veja-se ainda João Monteiro, Obra citada § 13 nota (1) e § 14 nota (1) aonde se faz referencia e refutação ás diversas opiniões a respeito, quando trata do fundamento *juridico da acção* e da *determinação analytica da ideia de acção*: Heineccius em sua *Recitationes* § 926 é quem mais expressamente faz as duas referidas censuras á definição de Celsus. Diz o seguinte: "*quæ definitio in duobus nævis laborat; nam 1.º) actio in hoc titulo non est jus, sed medium jus obtinendi, 2.º) actione non solum petimus quod nobis debetur sed et quod nostrum est.*"

(8) Mello Freire. *Inst. Jur. Civil Lusit.* 4—6 § 1.º

Essas duas accepções se empregam, conforme se considera especialmente a acção quanto ao seu *sujeto*, ou ao seu *objecto*, e equivalem portanto, a dous sentidos em que ella pode ser tomada: *subjectivo*, e *objectivo*.

III

No sentido *subjectivo* a acção é um direito de que pode usar quem tem uma pretensão juridica, e no sentido *objectivo* é um *meio*, que a lei fornece para a declaração e realisação do direito pretendido.

Alem destas, a palavra acção tem ainda uma terceira accepção, toda *formal* e que é relativa ao seu *modo* de ser.

Nesse ultimo sentido a acção vem a ser synonyma de *processo* ou forma processual, e neste caso o seu numero é naturalmente limitado, porque corresponde ás formas de processo admittidas. (9)

Temos de nos cingir por emquanto á acção tomada no seu sentido *subjectivo*, isto é, considerada em relação ao seu *sujeito*, ou á pessoa que della pode usar.

Geralmente se tem a acção como uma con-

(9) Essas formas processuaes determinadas constituem: por um lado a acção *ordinaria*, a *summaria*, a *executiva*, a *decendiaria*, a *comminatoria*, que se applicam a quaesquer relações de direito, dadas certas e determinadas condições de prova, e por outro lado as de deposito, de seguros, de partilha, de divisão, de demarcação e outras especiaes para as relações juridicas de que tomam o nome.

sequencia, ou como consecretario de um direito preexistente.

Já das lições que precederam se vio que historicamente este principio não é verdadeiro.

Quando nas aggremações primitivas houve necessidade de tornar obrigatorias certas normas de conducta, o meio de conseguil-o foi exactamente forçando ou obrigando á pratica e exercicio dessas normas.

E é precisamente nessa pratica ou nesse exercicio que consiste a acção; com a sua repetição se determinava a norma juridica. O direito nasceu por tanto da acção. (10)

Ainda, em um periodo avançado da civilisação romana, eram os pretores que, conferindo a *acção* ás partes que o invocavam, iam reformando e constituindo o direito.

Depois, com a separação dos poderes legislativo e judiciario, a acção veio a ser um consecretario do direito.

E' este modernamente o conceito que della se tem, e o nosso legislador veio proclamar-o solemnemente no Art. 75 do Codice Civil com as seguintes palavras: "*A todo o direito corresponde uma acção que o assegura.*"

Este principio, porem não deve ser entendido de um modo absoluto.

(10) Sobre este ponto veja-se especialmente *Cogliolo: Saggi Sopra l'Evoluzione del Diritto Privato, passim e Capo XIII* pg. 101 ed. de 1881; *Idem, Filosofia del Diritto Privato* § 3.º ed. 1891 pag. 28: "*nel diritto romano ivi prima nasce l'actio, e poi dall'actio nasce l'jus.*"

IV

Antes de tudo, é preciso verificar a relação que existe entre o direito de acção, propriamente dito, e o direito que ella pretende declarar e garantir.

Neste ponto tem se suscitado duvidas para saber qual a verdadeira posição e a correlação que existe entre o direito e a acção que lhe corresponde. (11)

As opiniões diversas podem reduzir-se ás duas seguintes:

Pela primeira se affirma que a acção não constitue um direito differente d'aquelle que protege. E' um meio auxillar, é um accrescimento ao direito, é a parte constitutiva do direito, é uma manifestação differente do mesmo direito, mas não é de modo algum um direito distincto.

A outra, pelo contrario, affirma que a acção é um direito autonomo e independente das relações juridicas que estabelece ou que garante.

Ainda, neste ultimo caso, se pode conceber a autonomia da acção, ou presuppondo sempre a *necessidade* de um direito anterior, ou con-

(11) Vide nota (7) que tem aqui inteira applicação. Alli discutia-se se a acção era ou não um direito; aqui discute-se a natureza desse direito, e se é elle distincto do direito que a acção protege. Disto trata especialmente a nota (1) do § 13 de João Monteiro, ob. citada, aonde se referem as diversas opiniões e escolas a respeito. São muito interessantes sobre esse ponto as observações de Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. Cicala § 44 nota (2) e nota (5) final.

siderando-a de todo independente da existencia ou não um de um direito pre-existente.

Esta ultima opinião é a preferivel. (12)

A acção tem realmente por fim assegurar a realisação do direito; mas não é este o seu fim unico.

O direito que se allega nem sempre é certo e incontestavel; é até na maioria dos casos susceptivel de duvidas em sua existencia, em sua extensão, em sua applicação.

Ora, a acção tem por fim antes de tudo resolver as duvidas sobre o direito allegado sobre as pretensões apresentadas.

Vê-se, portanto, que a acção é um direito tão independente e autonomo que pode existir sem outro qualquer direito preexistente.

Verifica-se bem este facto quando, depois de promovida uma acção, o juiz reconhece afinal que o autor não tem o direito que allegava.

Entretanto o direito de acção existia, vista como a acção foi acceita e passou por todos os seus tramites até a decisão final.

E' d'ahi a consequencia de que *pode existir acção sem direito*. (13)

(12) Assim diz Chiovenda em uma Dissertação "*Sulla Tutella Giuridica Processuale (L'Azione nel Sistema dei Diritti*"; dissertação que vem inserta no seu livro *Saggi di Diritto Processuale Civile*, 1904, pag. 52. Eis as suas palavras: "*Este direito de agir é pois diverso do direito privado offendido, quer em relação ao sujeito passivo, quer em relação ao conteúdo.*" Toda a dissertação referida, que versa sobre a materia do texto, é muito interessante; e a esse respeito falla na opinião de que o direito de agir é um direito subjectivo *publico*, ao passo que o direito *offendido* ou (na minha expressão) o direito que a acção invoca, é um *direito privado*.

(13) Bem entendido, *sem direito subjectivo*, por que

V

Ainda verdadeira é a consequencia inversa. *Pode haver direito sem acção.*

E' verdade que o nosso legislador parece affirmar exactamente o contrario quando diz no Codigo Civil art. 75: "*A todo o direito corresponde uma acção que o assegura.*"

Esta affirmação, porém, deve ser tomada em termos habeis, e *acção* ali só pode ser entendida no sentido mais amplo de que fallamos como meio judicial de reconhecimento do direito, isto é, comprehendendo tambem a allegação do reu, ou a *excepção*."

Na memsma ordem de ideias é muito melhor a redacção do Codigo Civil portuguez art. 12: "*Toda lei que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para seu exercicio.*"

De facto, sendo um dos fundamentos caracteristicos do direito a possibilidade de ser exigido por coacção, segue-se que a todo direito deve corresponder esse meio coercitivo de fazel-o realisar.

Mas ha casos em que a lei, não podendo negar o direito, porque este deriva de um prin-

toda acção deve naturalmente ser fundada em uma lei ou direito objectivo que a autoriza. Chiovenda *Obra citada* pag. 72: "*Può darsi in certi casi azione senza diritto subbiettivo.*" Na pagina 56 este escriptor falla em um *direito que precziste ao pedido judicial*, mas esse é o *direito subjectivo publico*, independe da existencia (*spettanza*) effectiva de um direito privado." *Idem* pag. 55.

Não se entende porém que esse direito de agir em juizo compete indistinctamente a todos, continua Chiovenda, mas somente ao autor que se refere a uma norma de lei existente. Compete, por exemplo, á restituição de um mutuo mas não ao pagamento de uma divida de jogo."

cipio logico superior á propria lei, nega entretanto, a acção para realisá-lo.

O direito então não deixa de existir, nem deixa de ser reconhecido, porque uma vez voluntariamente effectuado, a lei garante a sua efficacia, mas ella não admite uma acção que possa fazel-o valer.

Taes são os casos de divida prescripta, Cod. Civil arts. 177 e 970, de emprestimo a menores, Id. Art. 1259, de dividas de jogo, Id. art. 1477, e de repetição de dividas para fim illicito, art. 971; e outros ainda. (14).

(14) Essa materia se relaciona com a das obrigações naturaes, de que aliás falla expressamente o art. 970 do nosso Codigo Civil. Diz Windscheid nas suas *Pandette* trad. Faddu e Bensa § 288: "*A importancia juridica que refere-se a obrigação natural (ou obrigação impropria) é antes de tudo, determinar-se negativamente. A obrigação natural não dá ao credor a faculdade de acção* (Dig. 46—1—fr. 16 § 7 e Dig. 46—3—fr. 94 3). *Por outro lado a FACULDADE DE AGIR é de tal forma o presupposto da realisação do poder concedido pelo direito, que aonde ella falta, ha motivo para se fallar de um direito apenas improprio.*"

O mesmo autor ja tinha dito, em nota 3 ao § 44, que as *OBLIGATIONES NATURALES*, como qualquer cousa de anormal e excepcional, devem ser deixados de parte quando se trata de aprofundar a essencia dos direitos." Por sua vez *Dernburg, Pandette*, (traducção Cicala) § 137 refere-se a assumpto semelhante; a saber se um direito existente pode ser invalidado por meio de excepção.

Muitos, diz elle, affirmam que nesse caso ha uma *contradictio in adjecto*, mas não ha duvida que pelo Codigo Civil allemão está resolvido que pode faltar um direito de agir, o qual só pode realisar-se por meio de excepção." No § 150 da mesma obra diz ainda *Dernburg*, referindo-se á prescripção: "que realisada está, continua a subsistir o credito, embora falem ao credor os meios de realisá-lo coactivamente. Se o devedor paga voluntariamente, isto não constituo uma doação, elle apenas realisa o pagamento de um debito, aqui se manifesta a subsistencia de uma obrigação natural," Acha-se assim justi-

Nos dous ultimos casos a lei não reconhece a existencia da divida e portanto o *direito* do credor, de modo que se este tiver recebido o pagamento não é obrigado a restituir; mas nega-lhe a acção para haver directamente esse pagamento.

Nos dous ultimos casos a lei não reconhece a divida, considera-a illegitima; mas uma vez paga, não dá tambem acção para repetil-a ou rehavê-la, apesar do pagamento indevido.

VI

Do exposto conclue-se que o fundamento juridico da acção não é precisamente *um direito anterior violado*.

Não é sempre a *preexistencia* de um direito, porque a acção pode ter por fim pedir apenas a declaração de uma relação juridica que é duvidosa; e mesmo quando pede a realisação e a obediencia a um direito, que o autor julga certo e evidente, pode dar em resultado a negação do supposto direito, ou pelo menos a sua modificação.

O fundamento portanto da acção não é propriamente o *direito*, mas sim a *incerteza*, a duvida que se pode ter sobre a existencia e a extensão do direito pretendido. (15)

ficado o que se diz no texto: o direito existe, mas o meio juridico de fazê-lo valer não é a acção; será a excepção e em certos casos a retenção.

(15) Note-se a esse respeito o que diz J. Monteiro Obr. cit. No § 18 elle enumera como condições subjecti-

Por mais claras, mais precisas e previdentes que sejam as normas jurídicas, sempre despertam e hão de suscitar duvidas sobre a sua applicação aos factos occorrentes.

Essa duvida ou incerteza sobre o direito pode provir ou de uma contestação, de uma resistencia de outrem, ou de uma *incerteza*, de uma falta de documento do proprio autor.

No primeiro caso a contestação e a resistencia é que caracterisam e justificam a acção, estabelecendo ou provocando o debate entre as partes interessadas.

Isto succede, quer o reu se negue ao cumprimento de uma obrigação que se lhe exige, deixando de reconhecê-la, quer desrespeitando e violando um direito real que o autor allega.

Então a necessidade de um reu certo e determinado, de uma pessoa contra quem se proponha a acção é uma das condições da existencia della.

No segundo caso, isto é, quando a duvida sobre o direito provém de uma incerteza, de uma falta de documentos, então a contestação é um facto secundario; a acção pode existir sem reu certo e determinado, pode ser proposta pedindo-se a citação de pessoas incer-

vas do exercicio da acção: 1.º "*a existencia de um direito*", mas logo no § 19, nota (1) diz: "que o direito de que se trata não pode significar uma relação jurídica, *ISENTA DE QUALQUER IMPUGNAÇÃO*, aliás nem se conceberia possível sentença que concluísse pela absolvição do *accionado*, basta que se *PRETENDA* certa relação de direito. As simples *pretensões de direito* devem ser tuteladas pela *autoridade judiciaria*."

tas ou desconhecidas que tenham interesse em contestal-a.

Neste particular a acção de declaração tem *alguma semelhança* com as acções reaes e por isso os romanos incluíam ambas na expressão *acções in rem*, isto é, impessoaes ou objectivas.

Em qualquer caso sempre que as partes se vem embaraçadas por essas duvidas a respeito do direito que suppõem ter, invocam a intervenção de um poder competente para resolver-as. (16)

E' este facto que determina e justifica a acção.

Veremos a seu tempo, e desde já se comprehende, que além desse fundamento, a acção se caracteriza pela existencia real ou presumivel de pretensões oppostas, e se deve justificar por um interesse da parte de quem a promove, e por sua perfeita adaptação ao direito que se pretende provar.

VII

Do que se tem dito depreheende-se desde já uma primeira divisão das acções.

(16) E' preciso não confundir essas acções que vão simplesmente declarar um direito duvidoso com os actos de jurisdicção voluntaria ou de mera administração do poder judiciario. Esses actos não são *acções*, isto é, não são destinados a suscitar debate ou controversia entre partes oppostas; elles tem por fim ou tomar uma medida administrativa ou sancionar por meio de homologação accordos e transacções das partes.

Ou ella tem por fim determinar uma simples relação juridica duvidosa, estabelecer um direito que ainda não é certo, e neste caso ella só visa o reconhecimento e a declaração desse direito, sem se preoccupar com a condemnação de quem quer que seja.

Ou ella visa especialmente uma determinada pessoa, exigindo que esta seja condemnada a cumprir com uma obrigação certa e definida, a respeitar um direito violado.

No primeiro caso a acção é de simples *declaração* ou de *reconhecimento*; no segundo caso ella é de *condemnação*.

Todas as acções tem o seu periodo ou phase de declaração, em que, depois dos debates das partes, o direito é reconhecido e determinado.

Mas nas primeiras o processo termina no reconhecimento ou negação do direito que se pretende; não ha nellas condemnação nem execução propriamente dita.

Podem ser propostas contra um reu, de quem o autor suspeite, que tenha interesse em se oppor á sua pretensão. Esse reu pode contestar as pretensões do autor se realmente for nisto interessado; mas qualquer que seja o resultado final da acção não se dará nella *condemnação* no sentido juridico da palavra.

A satisfação das custas não provém propriamente de uma condemnação, mas de um onus que a lei impõe a aquelle, que menos razão tinha no debate suscitado; ella se dá em virtude da lei, mesmo quando o juiz deixa de pronuncial-a.

Ha mesmo casos em que nessas acções in-

têrvem muitos interessados, e a nenhum delles cabe propriamente o nome de autor e de reu, e são todos *litis consortes*.

Isto dá-se especialmente nas acções de *juízo divisorio*: partilha, divisão e demarcação, em que afinal as custas são rateadas.

VIII

As acções de declaração são conhecidas desde o Direito Romano, e admira, de facto, como entre os juristas e processualistas posteriores passaram ellas despercebidas quanto ao seu verdadeiro character, de acções *sem condenação*.

No Direito Romano ellas se denominavam acções *prejudiciaes*, e tinham certa semelhança com as acções reaes pelo seu character de completamente *impessoaes*: (17)

Segundo as Institutas ellas comprehendiam as acções de estado das pessoas: *liberdade, cidade e familia*. Mas segundo outras fontes do Direito Romano, ellas tinham muitas vezes por fim averiguar um facto, a importância de um dote, a responsabilidade de certos fiadores, o valor de uma cousa a demandar, e assim por diante. (18)

(17) Assim diz-se expressamente nas Institutas de Justiniano IV —6—§ 13: "*Præjudiciales actiones in rem esse videntur*."; e essa expressão *in rem*—não quer dizer somente real, ou referente a cousas, mas também impessoal ou objectiva, isto é, sem referencia a pessoa certa

(18) GAIUS, INST. IV—44 Vide Ortolan Inst. de Justiniano Vol. 2.º n.º 2412 Commentario a Inst. 4—6—§ 13. 6

Essas causas se caracterisavam exactamente pelo facto de não conterem condenação.

IX

Podia-se, imitando as fontes do Direito Romano, chamar *acções prejudiciaes* a essas acções de *declaração* ou de reconhecimento

Mas seria necessario que nellas se includessem não só as acções de estado das pessoas, como ainda todas aquellas que não tem por fim pedir uma condenação; e isto seria ir de encontro a uma tradição ja muito arraigada.

Dos processualistas modernos, que tocam neste assumpto, temos o Dr. Alberto dos Reis, professor de Coimbra, que adopta para essas acções a denominação de acções de *apreciação*.

Os autores italianos como Chioventa e Manfredini, dão-lhes o nome de acções de *reconhecimento*, (*accertamento*) ou de declaração (*dichiarative o ricognitive*). Dernburg por seu traductor chama-as acções de verificação (*constatazione Feststellungklage*) acção de terminação do estado. (19)

(19) CHIOVENDA, *Obra e local citados*, MANFREDINI *Corso di Diritto Giudiziario* ns. 144 a 199 pags. 162 a 166, o n. 179 pag. 128. — MORTARA no seu *Commentario alle Legge di Procedura* Vol 4, n.º 38, adopta tambem ha para as sentenças esta distincção: "de simples declaração ou reconhecimento (*accertamento*) e de declaração com condenação. A palavra italiana *accertamento*, applicada ás acções de declaração ou reconhecimento vem do Cod. Civil Italiano arts. 1935 e 1989 onde se falla de assignaturas ou firmas *autentiche da notaio od ACCERTATE giudizialmente*.

Dou preferencia á denominação de acções *de declaração*, ou *declaratorias*, porque mostra que essas acções se exhaurem e terminam com a primeira phase do processo a que se dá a mesma denominação.

X

A essas acções de declaração se contra-põem ás de *condemnação* ou *condemnatorias* que são as mais communs, e por isso em muito maior numero.

Emquanto as outras terminam no reconhecimento ou na declaração do direito, as acções de condemnação não dispensam esta ultima parte da sentença, e juntamente com o direito que reconhecem, devem conter a condemnação, creando para o reu uma obrigação certa e definida.

✓ *Dr. Methodio Maranhão.*

Discurso

pronunciado pelo Dr. Octavio Hamilton Tavares Baretto, como paranymphe, na solemnidade de collação de gráo aos bachareis que se formaram em Dezembro de 1916 pela Faculdade de Direito do Recife.

Meus jovens collegas:

No mais bello dia da vossa vida academica, no momento em que vêdes realizadas as aspirações com que entrastes nesta Escola de Direito, ha cinco annos, entendestes de me conferir a honra insigne de dirigir-vos a saudação de despedida. Por um requinte desta bondade de que está sempre aquecido o coração dos moços, deliberastes chamar ao desempenho de uma missão tão sympathica o mais modesto entre os professores desta Faculdade, convencidos, como deveis estar, de que os meus collegas, todos mais illustres do que eu, podem dispensar d'ora em diante estas distincções escolares, uma vez que bastam, para o relevo dos seus nomes, as conquistas que já realisaram.

Eis-me, pois, na tribuna para attender ao vosso appello tão gentil, desde que nada posso recusar-vos.

Meus jovens collegas.

Ser-me-ia muito aprazível que no momento da nossa separação eu pudesse estar tranquillo quanto ao vosso futuro na vida publica, que se vae abrir deante de vós. Pelo muito que vos estimo, eu desejaria que fosseis encontrar lá fóra uma carreira tranquilla e segura, onde vos fosse permittido attingir a prosperidade e as honras sem grandes luctas e sem dolorosos sacrificios.

Infelizmente, o momento que atravessa a civilisação não é muito para inspirar prognosticos optimistas.

A humanidade civilisada transpõe na hora actual uma das mais profundas crises da historia.

Até ha bem pouco tempo estava quasi generalisada a crença num futuro de progresso constante, de felicidade sempre crescente e de perfectibilidade absoluta para a sociedade.

Já se ia acreditando na victoria definitiva da Justiça e do Direito, e os espiritos generosos principiavam a apregoar a proxima realisação do velho sonho da paz universal.

O vate immortal da *Lenda dos Seculos* prophetisara um dia que a Europa no seculo XX havia de constituir uma só nação, ou antes uma só familia. "*A idéa de trabalho ficará expurgada da idéa de servidão; da igualdade sahirá perfeita a instrucção gratuita e obrigatoria; o ensino substituirá o castigo e a prisão transformar-se-á em escola; ficará*

*abolida a ignorancia; o homem que não saiba lêr será tão raro como o cego de nascença; comprehender-se-á o JUS CONTRA LEGEM; a politica ficará abolida pela sciencia. Chamar-se-á Europa no seculo XX (esta nação), e nos se-
culos seguintes outra vez transfigurada chamar-se-á Humanidade. A Humanidade será a nação definitiva entrevista pelos pensadores."*

E' certo que os estadistas traquejados no manejo dos homens esboçavam um sorriso de ironia e punham sempre em duvida que isto fosse alguma coisa mais do que um sonho de poetas. A verdade, porém, é que não eram somente esses eternos ideologos a acreditar na consolidação definitiva da paz entre as nações. Esta crença penetrava pouco a pouco no recinto dos parlamentos e até já era afagada nos gabinetes dos ministros e nas conferencias dos embaixadores.

O Tribunal de Haya ia tomando a serio os seus laudos, e mais de uma vez foi discutida com uma certa gravidade a proposta de desarmamento das grandes potencias mundiaes.

Hoje todas estas coisas pertencem ao dominio do passado, e tão grande foi a desillusão experimentada, que esse passado já parece tão afastado de nós e tão longinquo como os tempos em que Campanéla escreveu a sua *Cidade do Sol*, em que veio á publicidade a *Utopia* de Thomaz Morus, ou, melhor ainda, como a epocha ha tanto esvaecida das illusões douradas da *Republica* de Platão.

Quando ha dois annos as nações mais poderosas da Europa, e por isto mesmo consi-

deradas como as mais interessadas em conservar e defender o patrimonio de uma civilização de tantos seculos, se atiraram aos azares dessa guerra sem exemplo, de que não podemos prever a duração nem as consequências, pode-se dizer que o mundo mergulhou nas sombras do desconhecido para reaparecer sob novas formas, que as intelligencias mais videntes e mais profundas ainda não podem delinear com segurança.

Guilherme Ferrero, o grande historiador italiano, estudando as causas remotas e os motivos apparentes do assombroso cataclysmo, considera um erro grosseiro a opinião dos que sustentam não existir na conflagração européa mais do que uma guerra entre nações, em vez de uma crise nunca vista, em que se hão de resolver problemas essenciaes, de que vão depender os destinos mesmos da civilização.

“Os tratados de alliança, os tratados de commercio, os principios politicos e juridicos, a organização da industria e do banco, as relações entre os Estados, os povos, as classes, tudo foi destruido, supenso, abalado, revolvido.” “Cada um de nós, —asserta aquelle pensador, —recorde-se de como via o seu paiz, o mundo, a vida e seus deveres na primeira metade do anno de 1914 e compare o que pensava então com o que pensa hoje. Que differença! Como os tempos de antes da guerra nos parecem afastados! Não ha uma pessoa só, das menos habitudas mesmo á reflexão, que não experimente hoje o sentimento de ter vivido a primeira parte da sua existencia na

illusão e no erro, e de haver sido bruscamente chamada á verdade por um violento abalo.”

E' uma grande obra de reconstrucção a que se vae realisar, sem duvida, e é immensa a responsabilidade dos que têm de cooperar por qualquer forma nesta empreza gigantesca.

Mas para a nossa patria especialmente é de graves apprehensões a hora que passa.

Este quadro de tão carregadas côres, a nós brasileiros é que apresenta o seu aspecto mais sombrio.

A' confiança na solidez do nosso edificio politico-social succederam duvidas bem graves a respeito do nosso futuro.

Por toda a parte vê-se lavar a descrença, e os dirigentes da opinião publica não se mostram tranquillos a respeito dos nossos destinos.

A repercussão da crise européa veio mostrar que não são tão solidos, como pareciam, os alicerces sobre que assenta a nossa nacionalidade.

As nossas condições economicas, a situação financeira, a força de resistencia das instituições politicas, a constituição moral, os costumes politicos do Brasil, tudo é considerado inconsistente.

A imprensa e a tribuna do parlamento clamam sem cessar, annunciando o descalabro que vae imperando.

A politica malsã avassala e corrompe tudo, falseando as eleições, accendendo a lucta fratricida entre as facções nos diversos Estados da União, invadindo o mais elevado pre-

torio da Justiça para impôr aos magistrados a parcialidade nas contendas dos partidos.

Vae-se enervando dia a dia a repressão dos crimes. A criminalidade avulta em crescendo impressionante.

O Jury absolve systematicamente os delinquentes protegidos. Os rigores do Codigo são para os proletarios.

Deturpa-se o instituto do *habeas-corpus*, que vae sendo astuciosamente convertido no mais seguro meio de successo dos ardis e tranquiernias partidarias.

A improbidade campeia, e os desfalques dos dinheiros do Erario consomem uma bôa parte das rendas do paiz.

As baixas camadas sociaes justificam os seus desvios allegando que o máos exemplos vêm do alto.

São geraes a insatisfação e a intranquilidade e, para mais aggraval-as, resoam todos os dias nas tribunas da Camara e do Senado os toques de febate, chamando os republicanos a mais uma vez cerrar fileiras em torno das instituições, ameaçadas por conspirações surdas, que talvez venham a explodir.

Eis ahi, sem o menor exaggero, a situação da nacionalidade brasileira.

Tudo isto, aliás, não constitue novidade para nenhum de vós. As Academias não são em nossos dias, como já foram outr'ora, especies de mosteiros fechados aos rumores e ás agitações do seculo. Aqui se sentem todas as vibrações da vida social, e nada do que acabei de referir irá lá fóra causar-vos a menor surpreza.

Do que digo, porém, não vades erradamente suppôr que eu queira concluir por aconselhar-vos, o fatalismo musulmano. Não: bem longe disto.

O que eu tenho em vista é tão somente dar-vos a sentir agora que vae ser muito mais ardua a vossa tarefa na obra da remodelação da patria, uma vez que é aos juristas que ha de caber sempre a participação mais immediata e mais directa na orientação da vida social.

O dr. Pedro Lessa, o altanado espirito que tanto honra a nossa Suprema Côrte de Justiça, já teve occasião de proclamar com a sua incontestavel autoridade de jurista philosopho: "Apague-se a historia das academias juridicas do Brazil, e a historia da nação brasileira será um enigma."

Para que possaes dar nobre e cabal desempenho á vossa missão de juristas, tereis, portanto, que despender maiores esforços e fazer mais penosos sacrificios do que outros collegas vossos daqui sahidos em tempos mais felizes.

Era esta a conclusão a que eu queria chegar.

Meus jovens collegas:

Por um phenomeno reflexo perfeitamente explicavel pela psychologia das collectividades, quando a atmospherá está por toda a parte tão carregada da electricidade da guerra, acaba de apoderar-se do nosso paiz um incoercivel enthusiasmo guerreiro, que só na

militarisação do Brasil descobre o remedio eficaz para curar os achaques de que elle tanto padece. Desde o sr. Hermes da Fonseca, a mais alta patente do nosso exercito, até ao sr. Olavo Bilac, o principe dos nossos poetas, apre-goam todos que é na instrucção militar ministrada sob todas as suas formas á mocidade brasileira que havemos de encontrar a salvação, e attingir rapidamente ao nivel daquella grandeza e daquella felicidade que a Allemanha já conseguiu alcançar entre as demais nações.

Não me deixei tomar da vertigem, e não sigo com esta corrente, consequencia talvez de me haver feito a ingrata natureza demasiado inapto para o mister das armas.

Acredito, erradamente por certo, que uma nação pode chegar ao mais elevado nivel de progresso, fóra do regimen dos grandes armamentos e da paz armada, e a quem esboçar uma duvida eu contestarei com este argumento irretorquível: os Estados Unidos da America do Norte.

Alli a mocidade não se prepara para a vida publica, aprendendo no Evangelho do Marechal Moltke que —“a guerra origina e estimula nos homens as qualidades heroicas e viris, que no rithmo quotidiano e regular da vida esmorecem e se extinguem”; alli não encontrará admiradores aquelle outro guerreiro allemão, que provou aos primeiros embates da guerra de 1914 a maxima, tão impregnada de piedade christã, que —“a guerra, quanto mais cruel e implacavel, mais rapida, e portanto mais humana.” A estas horas aquelle benemérito da humanidade e da civilisação ha de es-

tar verificando, por entre as ruínas fumegantes da Belgica martyrisada, a efficacia do seu ensinamento.

Não. Nos Estados Unidos os cathecismos que os srs. Bryan e Theodoro Roosevelt compõem para uso de seu povo contem doutrinas de outra natureza, não tão elevadas e profundas, talvez, mas sem duvida mais assimilaveis para os homens civilisados dos nossos tempos.

A grande republica norte americana não tem epopéas guerreiras para mostrar ao mundo; lá não se encontram as tradições heroicas de um Carlos Magno, Frederico —o Grande ou Napoleão 1.º; lá o sangue ha sido derramado tão somente pela liberdade e pela independencia; não são as virtudes marciaes as que se cultivam de preferenciã no coração da mocidade.

Mas eil-a, a altiva patria de Washington, grande, prospera, cheia de força e de prestigio, cercada pelo respeito e pela admiração do mundo.

Atravesse-se a Allemanha, essa formidavel potencia guerreira, no caminho que vae seguindo ovante a gloriosa Federação Americana, e eu duvido muito que os compatriotas do sr. Wilson hajam de empallidecer e de voltar as costas aos legionarios do Imperador Guilherme.

Deixemos a Europa fascinada pelo seu velho ideal procurando firmar a civilisação sobre as conquistas da força, e, sigamos nós outro caminho. Em vez de pregar aos moços o odio entre os povos, formemos o character da juventude pelo cultivo das virtudes civicas,

fortalecamos nella o sentimento da solidariedade humana. e procuremos assentar a nossa grandeza sobre as bases muito mais duradouras da paz e do trabalho.

Meus jovens collegas:

Muito embora os obstaculos de que está ericado o caminho que ides percorrer, eu tenho plena confiança em que haveis de transpôl-os todos, e tenho esta confiança porque de perto vos conheço, e posso aquilatar de que valor é a vossa enfiatura moral.

Conheço entre vós aquelles que já sahem daoui maneando a penna como jornalistas consumados. Conheço os que são dotados de espirito calmo e reflectido, sabendo orientar-se em qualquer occasião pelo criterio mais seguro. Conheço os que já estão habituados a travar os combates da palavra, subindo com intrepidez á tribuna, que mais tarde não terá segredos a desvendar-lhes.

E em todos folgo de reconhecer esse ardor, esse enthusiasmo espontaneo, essa bravura moral, enfim, que é a primeira condição de successo na existencia.

Eu tenho, portanto, a certeza de que haveis de ser dignos desse titulo que vos foi ha pouco conferido pelo venerando Director da Faculdade, e que haveis de exercer com gallardia qualquer das muitas profissões para que vos torna aptos o diploma de bacharel em direito.

Como homens de imprensa, haveis de comprehender que se a penna do jornalista na

mão leal de um Evaristo da Veiga, de um João Francisco Lisboa, de um Ruy Barbosa, de um Quintino Bocayuva, de um Joaquim Nabuco ou de um Martins Junior é um instrumento de governo, de doutrinação e de moralisação de um povo, a penna do jornalista na mão desses follicularios vis; que a einbebem no veneno da mentira para intrigar, para mystificar, para dilacerar a reputação alheia, a penna na mão de uns taes é um instrumento mais perigoso do que a navalha na mão do *apache*. Nunca haveis de aviltar a vossa penna.

Se vos devotardes á carreira politica, por certo não haveis de alistar-vos ao mando dos politicos profissionaes que têm por lemma a maxima que “os fins justificam os meios”, e que adoptam a theoria proveitosa, mas não honesta, das duas moraes: uma moral rigida para o homem particular, e para o homem publico uma moral accommodaticia e elastica, que comporta a perfidia, a trahição e até o crime. Não não posso acreditar que para obter successos rapidos e facéis sejais capazes de sotopor o bem publico ás conveniencias pessoases, jurando bandeira nas hostes de uns tantos caudilhos, principaes responsaveis pelos desastres da nossa patria: caudilhos que se não foram capazes de aprender no *Principe* de Nicoláo Machiavel as suas argucias e subtilezas florentinas, podem dar-lhe, entretanto, licções de corrupção e violencia.

Magistrados, haveis de ter sempre em mente a advertencia austera do Chanceller d'Aguesseau: “Juizes, reflecti sempre que vós

julgaes os homens, mas o povo julga a vossa justiça.”

Fortalecidos pelo estudo e envoltos na couraça adamantina dos vossos principios, eu tenho fé em que não vos haveis de deixar enleiar pela chicana dos rabulas, nem intimidar pelas ameaças dos potentados.

Se por essa alta e nobilitante profissão de advogado se manifestarem as vossas preferencias, nunca tomareis por norma que todas as causas são boas para o advogado, como todos os casos clinicos são bons para o medico. Lendo ha tempos as obras de um grande advogado francez, que depois de haver conquistado todos os louros que a tribuna forense podia prodigalisar á sua eloquencia dominadora, ascendeu ao posto de *batonnier*, que só Berrier tinha sido capaz de honrar tanto como elle, deparei num dos seus magnificos discursos de abertura das sessões da Ordem dos Advogados de Paris conselhos dignos de um juriconsulto dos bellos tempos de Cicero. “O ministerio que nós exercemos, meus caros confrades — dizia o grande Chaix d’Est Ange — não é para nós inteiramente facultativo e voluntario: é uma especie de ministerio publico e de patronato que nos crêa deveres para com os nossos concidadãos. Este gabinete em que estamos não é somente um refugio para tranquillos estudos: é tambem como que um logar de asylo, constantemente aberto a todos os interesses licitos e a todos os direitos legitimos.

E’ aqui que se nos revela um outro dever, cujo cumprimento é tambem necessario á dig-

nidade da nossa profissão, um dever sem o qual ella perderia toda a consideração que lhe é devida, e não seria mais do que um miseravel trafico: eu quero fallar da escolha das causas.

Quando, apoiando-se na mentira e na fraude, um pleiteante tenta enganar a justiça, reflecti bem que, vos fazendo os órgãos de sua pretensão, vos tornaes os cúmplices de sua deslealdade.

Que nenhuma consideração, nenhum interesse vos determine a acceitar este papel que a vossa probidade deve repellir.

Mas não é somente nas causas cíveis que esta reserva vos é imposta; deveis observal-a tambem nas causas criminaes.

Que o vosso talento, o vosso ministerio, não sirvam para trazer ao seio da sociedade um culpado, do qual os novos crimes seriam obra vossa, cuja impunidade escandalosa seria para outros um estimulo e para a sociedade um flagello.

Os successos assim obtidos seriam cruelmente pagos. Vendo o talento do advogado sempre prompto a se ageitar a todas as causas, ficar-se-á sabendo o que vale este calor sempre prompto, esta habilidade que consiste na dissimulação, no equivoco, na mentira, e, dentro em pouco, cercado pela desconfiança geral e legitima, esse advogado verá perecer ao mesmo tempo a sua consideração e a sua clientela."

A divisa do advogado ha de ser sempre a velha divisa "*Non omnia, sed bona.*" E esta ha de ser a vossa norma.

Meus jovens collegas:

Eu não devo ir mais longe. Haveis de estar anciosos pela ocasião em que possaes estreitar ao peito os vossos pais e os vossos amigos, aquelles, enfim, pelo amor e pela dedicação de quem adquiristes o direito de usar d'ora em diante a toga de jurista, que conto haveis de saber prezar, como os jovens patricios romanos prezavam a toga pretexta que revestiam no limiar da vida publica.

Eu não quero afastar o momento de tão justas e tão puras expansões.

Duas palavras, portanto, antes de terminar, e estas serão as nossas despedidas.

Meus jovens collegas:

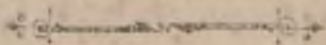
Podeis levar a certeza de que nunca se apagará em meu espirito a lembrança das provas de sincera e desinteressada amizade que me prodigalisastes enquanto estivemos reunidos nesta casa, e com esta recordação perdurará tambem em mim o desvanecimento de haver alcançado taes provas a moços de tão formosos predicados.

Daqui ficarei attento á vossa marcha ascensional para o futuro, e, animado da mais calorosa sympathia, serei solícito em bater palmas aos vossos triumphos, que não vos pertencerão exclusivamente, pois hão de ser incorporados ao patrimonio moral deste Insti-

tuto quasi secular, o solar commum em que se educou o nosso espirito, e cujos brazões todos nós temos o dever sacratissimo de zelar.

Meus jovens collegas, meus caros amigos:

Ide e sêde felizes.





Dr. Constancio do Santos Pontual

Em 25 de Dezembro de 1916, após longos sofrimentos veio a fallecer, n'esta cidade do Recife, o velho cathedratico de Medicina Publica em nossa Faculdade de Direito, o Dr. Constancio dos Santos Pontual.

Talento de escól, preparo não commum, o Dr. Constancio Pontual foi escolhido professor de Medicina Publica por ocasião da reforma do ensino, conhecida pela de Benjamim Constant, no Governo Provisorio, portanto, tendo sido assim quem inaugurou esta classe de estudos em nossa Faculdade.

A escolha do governo não podia ser mais acertada, tendo sido o Dr. Constancio Pontual um dos professores que fizeram epocha e crearam discipulos, que se tem espalhado por todo o paiz, levando os ensinamentos de suas eloquentes e, sabias lições.

O seu fallecimento foi uma perda sensibillissima para a Faculdade, que por occasião do infausto acontecimento, prestou á sua memoria as homenagens merecidas aos seus talentos e ao seu character.

Por sua vez, a *Revista Academica* rende, nesta pagina, á memoria de seu illustre companheiro, o mais profundo preito de admiração e de saudade.



Vittorio Sacerdoti

Em Modena, sua cidade natal, se finou quasi repentinamente, em Março ultimo, aos 33 annos apenas de idade, o illustre mestre italiano cujo nome encima estas linhas.

Formado em direito em 1903, pela Universidade de Parma, derigidos os seus estudos pelo sabio Sraffa, *Sacerdoti*, que em 1904 entrara para a magistratura, abandonou em 1910 esta carreira e em concurso brilhantissimo conquistou uma cadeira de professor na Universidade de Urbino, da qual em 1915 foi transferido para a de Ferrara.

Os estudos de direito eram a sua occupação favorita; os seus trabalhos sobre prescripção em materia de sociedades, sobre compensação em fallencia, sobre direito cambiario, muito difficilmente poderão ser excedidos.

As letras juridicas perdem assim, na flôr dos annos, um dos mais futurosos juristas dos ultimos tempos.

Lista dos directores, vice-directores e lentes da Faculdade de Direito do Recife, desde a sua criação, e data das respectivas posses.

(Em continuação do n. 16 desta Revista)

Directores effectivos

- 14—Dr. Augusto Carlos Vaz de Oliveira—2 de Maio de 1911.
- 15—Dr. Adolpho Tacio da Costa Cirne—2 de Janeiro de 1913.
- 16—Dr. Sophronio Eutichiniano da Paz Portella—2 de Janeiro de 1915.
- 17—Dr. Adolpho Tacio da Costa Cirne (2.^a vez)
—6 de Fevereiro de 1917.

Lentes

- 85—Dr. Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas
—substituto em 11 de Setembro de 1909 e
cathedratico em 5 de Março de 1910.
- 86—Dr. Gilberto Amado—substituto em 8 de Maio de 1911.
- 87—Dr. Bento Americo Cavalcanti Sobrinho
—substituto em 19 de Junho de 1911.
- 88—Dr. Sebastião do Rego Barros,—substituto
em 27 de Outubro de 1914.
- 89—Dr. Antonio Vicente de Andrade Bezerra—
substituto em 17 de Dezembro de 1915.

- 90—Dr. Francisco de Assis Chateaubriand—
substituto em 5 de Janeiro de 1916.
- 91—Dr. Methodio Romano de Albuquerque
Maranhão—substituto em 27 de Junho de
1916—Cathedratico em 19 de Agosto de
1916.
- 92—Dr. Mario de Almeida Castro—substituto
em 19 de Agosto de 1916.

Observações

E' necessario fazer as seguintes addicções á
lista anteriormente publicada (vide n. XVI desta
Revista)

- 67—Dr. Adolpho Simões Barbosa—Passou a ca-
thedratico em 26 de Janeiro de 1917.
- 78—Dr. Thomaz Lins Caldas Filho—Passou a
cathedratico em 24 de Setembro de 1913.
- 80—Dr. Genaro Lins de Barros Guimarães—
Passou a cathedratico em 10 de Maio de
1911.
- 83—Dr. Hercilio Lupercio de Souza—Passou a
cathedratico em 2 de Junho de 1915.
- 84—Dr. Octavio Hamilton Tavares Barretto—
Passou a cathedratico em 14 de Abril de
1909.



Lista dos bachareis formados pela Faculdade de Direito do Recife em Março e Dezembro de 1916

NOME	Naturalidade	Data em que recebeu o grão
<i>Anno de 1916</i>		
Euclides Pinto	Pernambuco.....	29 de Março
Manoel Artuur Albuquerque Maranhão.....	»	» » »
José Cezar Brazil.....	»	» » »
Cicero Cavalcanti Feitoza...	»	9 de Dezemb.
Mario Augusto da Silva Guimarães.....	Alagoas.....	» » »
Pedro Xavier Bastos.....	»	» » »
Nestor de Souza Monteiro	Pernambuco.....	11 de Dezem.
Oscar de Macedo Cavalcante.....	»	» » »
João Lapenda.....	»	» » »
José Luiz de Sá Fonseca e Albuquerque.....	»	» » »
Rodolpho Santa Cruz Oliveira	»	» » »
Francisco Duarte de Lima	Parahyba.....	» » »
Ademar de Freitas Bastos	Espirito Santo...	12 de Dezem.
Eugenio de Oliveira Antunes.....	Pernambuco.....	» » »
Annibal Gonçalves Fernandes.....	»	» » »
Agamenon Sergio de Godoy Magalhães.....	Pernambuco.....	» » »
Hermínio de Paula Castro Barroca	Alagoas.....	» » »
Manoel Guedes Alcoforado	Pernambuco.....	» » »
Nabor Bezerra Cavalcanti...	»	» » »
José Marcelino da Rosa Silva ilho.....	»	» » »
Boaventura Tavares de Lima	»	» » »
Clovis de Barros Wanderley	»	» » »
Antonio Pires da Costa Cirne	»	» » »
Sergio Loreto Filho.....	Espirito Santo...	» » »
Amaro Bezerra de Albuquerque	Pernambuco.....	» » »

NOME	Naturalidade	Data em que recebeu o grão
João Rodrigues da Fonseca	Pernambuco.....	12 de Dezem.
Garcilazo Vellozo Freire...	Parahyba.....	» » »
Jasé Ignacio Carneiro Filho	Pernambuco.....	» » »
José Saldanha de Araujo...	Parahyba.	» » »
Flavio Meirelles Ribeiro de Castro.....	» » »	» » »
Theodulo Pio Valença.....	Pernambuco.....	» » »
Augusto Pereira da Costa...	Alagoas.....	» » »
Olavo Oliveira.....	Ceará.....	» » »
Americo Netto do Rego Cavalcanti.....	Pernambuco.....	» » »
Raymundo Dias de Freitas	Piauhy.....	» » »
João Tavares da Silva.....	Pernambuco.....	» » »
Felippe Correia de Oliveira Andrade.....	» » »	» » »
Oscar Gonçalves Tavares de Mello.....	» » »	» » »
Cicero Jorge de Salles.....	» » »	» » »
Agostinho de Almeida Prado	S. Paulo.....	» » »