
JORNAL DE COIMBRA.



Num. XXXIII. Parte II.

Dedicada a todos os objectos que não são
de Sciencias Naturaes.

ART. I. DISCURSO
SOBRE A PENA DE MORTE,
E
REFLEXÕES SÔBRE ALGUNS CRIMES.

PELO DR. A. R. S.

EU divido os objectos d'este Escrito em quatro partes, e da
maneira seguinte :

- I. Se he licita, e até que ponto a Pena Capital.
- II. Se ella convêm no estado ordinario da Republica.
- III. Sôbre a Pena dos Trabalhos Públicos como substituição da
Pena de Morte.
- IV. Sôbre o Arbitrio em Casos Penaes ; Consummação ou só-
mente projecto do Crime ; Cumplices ; O que não evi-
tou o Crime podendo ; Denúncias ; etc.

 P A R T E I.

SE HE LICITA, E ATÉ QUE PONTO A PENA CAPITAL.

Não he meu animo combater o uso de Pena de Morte na Republica ; se a Lei a-manda , a Lei deve ser obedecida : desejava porém , se os meus votos podessem chegar um dia ao Throno de Nossos Principes , que ella fosse menos frequente , e se-reduzisse aos unicos casos , em que fosse absolutamente necessaria. Só com éstas puras intenções de um coração sensível á Humanidade , e ao bem da minha Patria , he que lanço n'este Discurso as minhas ideias e sentimentos , que já o-forão de muitos Varões Sabios.

N'êsta Materia ha duas questões : uma de Direito , outra de Politica : as quaes fazem a I. e II. Parte d'este Escrito.

PRINCÍPIO D'ONDE RESULTA A PENA DE MORTE.

Cessão dos Direitos do Homem contra os seus violentos Aggressores. Não está ainda bem provado até que ponto pôde a Sociedade Civil dispôr da vida de um de seus Socios Criminosos ; mas pôdemos pôr como Princípio certo e claro que assim como o Homem no Estado Natural pôde matar o aggressor da sua vida , quando de outro modo a não pôde salvar , assim tambem a Sociedade Civil , na qual os Homens depositarão seus Direitos n'êsta parte , pôde dar morte ao Cidadão Criminoso , que a-ataca , quando por outro modo não pôde conservar ou a sua existencia politica , ou a sua geral tranquillidade ; por quanto a Sociedade tem na Ordem Civil o mesmo Direito , que tinha o Homem na Ordem Natural , e nas mesmas circunstancias , em que elle o-tinha.

Este he o Princípio , e talvez o unico , que se-pôde tomar para o Direito d'impôr Penas Capitaes ; isto he a Cessão que o Homem fez á Sociedade dos Direitos que tinha no Estado Natural sôbre a vida dos seus injustos Aggressores.

Exclue-se o Princípio da Cessão que fez o Homem dos Direitos sôbre a sua vida. Excluo por tanto outro Princípio que alguns tomárão da Cessão que o Homem fez , entrando na Sociedade , do Direito que tinha sôbre a sua propria vida no Estado da Natureza , que certo nenhum tinha , e nenhum por consequencia

podia dar, ou ceder; nem se-poderia presumir que o Homem fizesse esta Cessão ainda quando a-podesse fazer, pois que o objecto e fim principal, porque elle saindo do Estado Natural se-passou para o Social e Civil, foi por certo a guarda e conservação de sua vida, que mais segura lhe-ficava n'este Estado que no outro: d'onde posto que para obter este bem particular subordinou ao bem commum da Sociedade, que se-encarregou de lh'o-guardar, as suas fôrças, as suas faculdades, a sua liberdade, tudo quanto elle podia ter e obrar; todavia não lhe-quereria sacrificar a sua vida por ser este o objecto principal da sua associação e subordinação Civil; por ser o unico depósito que elle confiou á Sociedade com a condição de lh'o-salvar.

Se nos-repozerem o Direito da Guerra, em que o Cidadão he obrigado a sacrificar a sua vida, responderei que no Estado Social, e em uma guerra justa ou que o Vassallo deve haver como tal, o homem vai pôr em risco a sua vida para defender os seus Direitos e os da Sociedade de que he membro, como vai no Estado Natural offerecido ao mesmo risco defendendo-se dos ataques de seu injusto Invasor; elle em um e outro Estado não cede do Direito de sua vida, nem deixa de tomar sua defeza com esperança de a-salvar; e quem se-póde defender d'um Aggressor violento sem perigo de succumbir no combate? tanto as medidas, como os excessos, que n'isto ha ou póde haver, não correm aqui por minha conta para as-explicar ou defender.

Exclue-se o principio da incorrigibilidade do Homem. Excluo tambem o outro principio deduzido da incorrigibilidade do Criminoso, suppondo-o irremediavelmente máo, ou insanavel, como lhe-chamava *Platão no Dialogo IX. das Leis*; incorrigibilidade impossivel de demonstrar; pois que a maior maldade póde vir a ter emenda e correcção; e até Principio contrario ao do Christianismo, que suppõe constantemente a possibilidade do arrependimento, e conversão do maior Impio.

Exclue-se o principio da Vingança Pública. Tambem julgo que devo excluir o outro fundamento tomado de Vingança Pública; por quanto a Lei não vinga, impõe pena para reparar, emendar, corrigir, e prevenir os crimes: no Sanctuario da Lei não penetra o espirito de cólera, de ressentimento, e de ódio; nem estas paixões vingativas entrão na balança da Justiça: com effeito a Vingança he uma paixão, e as Leis são isentas de paixões. A Sociedade está ainda em estado de barbaridade em quanto a Vingança he o objecto da Pena. As Leis quando punem tem em vista menos o Culpado, que a Sociedade. São movidas do interesse público, e não d'um ódio pessoal: buscão um exemplo para o futuro, não uma Vingança pelo passado. = *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur.* = era Principio d'*Aristoteles*, e até o-foi de *Hobbes de Cive* (Cap. III. §. 11). Quanto mais

que toda a Vingança seria absurda, porque as Leis, que devem moderar as paixões, então justificarião mais, pelo seu exemplo, o que ellas condemnassem pelos seus preceitos.

Exclue-se o Princípio da satisfação do Offendido. Entendo que igualmente se-deve rejeitar o Princípio que *Grocio*, e alguns outros propozerão da satisfação do lezado ou offendido, seja o Particular, seja o Público; pois que a indemnisação he só um acto de Justiça, e não uma Pena; e a reparação vem a ser iniquidade se passa os limites d'uma indemnisação racional e legitima.

Exclue-se o Princípio do Talião. Menos se-podem adoptar para aqui as ideias do Talião, ou pretendido *Direito de Rhadamanto* consagrado pelo famoso Principe dos Pithagoricos, que já *Grocio* com outros muitos taxou de barbaro. A Lei Natural claramente nos-ensina, que se não deve fazer mal por mal, mas só tanto mal quanto he absolutamente necessario para evitarmos o que se-nos-faz a nós mesmos: quanto mais que o Talião, util algumas vezes, não podia ter lugar em muitos crimes sem absurdo; nem deixar de ser em outros ou mais rigoroso, ou mais leve do que convinha. Fallo do Talião *physico*, e não do *moral*, que consiste na proporção das penas com os delictos; devendo-se entender as Leis dos Hebreos, e d'outros antigos Povos, n'êsta parte, antes da proporção geometrica, que da proporção arithmetica.

Exclue-se o Princípio da Voluntaria sujeição do Homem á Justiça Penal na Sociedade. Não posso tambem approvar o outro Princípio, de que o homem conhecia anteriormente a Pena, e fazendo-se Cidadão se-submetteo a ella, porque coincide com o 1.º Princípio, que já se-rejeitou, de que o Homem fez cessão da sua vida: quanto mais que com este Princípio se-poderião tambem justificar os mais crueis supplicios, que se-tem inventado no Mundo. Já *Wattel* no seu *Direito das Gentes*, e *Rissi* nas suas *Reflexões sobre os delictos* achárão semelhante linguagem barbara á Humanidade e á Lei da Natureza.

Exclue-se o Princípio de Rosseau. Deixo os Principios de *Rosseau*, que pôz a vida do homem na Sociedade por um dom condicional do Estado; e quem quer os fins quer os meios; sendo a primeira maxima espantosa, e mais digna d'um tyranno que d'um Philosopho; e a segunda verdadeira, mas mal applicada na falsa supposição de que o meio de conseguir o fim, que se-per-tende nas penas, seja necessariamente o da morte. Deixo tambem de trazer á memoria os argumentos, que alguns quizerão tirar dos Livros Sagrados da Religião e da Lei: n'elles não se-estabeleco nem se-approva directamente o Direito da Pena de Morte, mas só se-suppõe o seu uso e prática entre as Nações, sobre o que se-póde vêr o que sábiamente disse *Servin* na sua *Jurisprudencia Criminal*.

Exclue-se o Princípio do Estado de Guerra. Não posso porêr deixar em silencio o Princípio, que muito hoje se segue do pertendido Estado de Guerra, em que se diz constituido o Cidadão, que por seu grave delicto se-fez inimigo da Sociedade. Consintamos, se assim querem, na comparação e na imagem, e considere-se o Cidadão um inimigo interno da Republica na mesma linha de conta do inimigo externo do Estado.

Assim he que a morte he authorizada na Guerra, e mas como ou quando? antes da Victoria ou no momento d'ella, quando o inimigo com as armas nas mãos nos-accomette, ou nos-resiste; mas não depois da Victoria; não quando elle cede e depõe as armas, não quando o-podêmos captivar; não quando posto em nossas mãos se-reduz á impotencia de poder continuar a fazer-nos mal: descarregar sôbre elle a vingança violenta da espada, já quando a sua vida nos não he nociva, será acção não só fraca, mas cruel e injusta, como já desnecessaria.

A medida do mal e da violencia he, e deve ser sempre, na razão da necessidade do remedjo; tanto mal na Guerra quanto he necessario; e matar o inimigo já vencido he matallo quando já não he necessario para o fim da Guerra, ou da Victoria.

A prática contrária foi sempre effeito barbaro dos sentimentos e opiniões sanguinarias, que dictava o espirito feroz dos Conquistadores, que para segurarem, ou augmentarem seus triunfos, quizerão que fosse lícito passar á espada os já vencidos e entregues sem armas, sem resistencia, e sacrificallos como victimas á vingança sómente porque se-defendêrão com valor a si, a seus Principes, e á sua Patria.

Os que recorrem a estes e aos mais Principios querem fazer passar debaixo d'éstas e d'outras grandes imagens raciocinios, que não tem profundidade e solidez, fazendo hypotheses para servirem de fundamento a uma decisão, que pertence á vida do homem.

ILLUSTRAÇÃO DO 1.º PRINCÍPIO DA CESSÃO DOS DIREITOS DO HOMEM CONTRA OS SEUS VIOLENTOS AGRESSORES.

Rejeitados estes Principios, e posto sómente o unico, que nos-parece claro e certo, da Cessão dos Direitos, que o homem tinha no Estado Natural contra os injustos Aggressores da sua vida, convêm encaminhar por elle a marcha da Legislação Criminal sôbre a Pena de Morte.

Em que termos procedem estes Direitos no Estado Natural.
 e Quando era pois que o homem tinha n'aquelle Estado este Direito? era nos casos, em que elle podia matar ao seu proximo.
 e E em que casos o-podia elle matar? Quando sendo accometti-

do por um mortal Aggressor, não podia por outro modo salvar-se senão tirando a vida ao seu inimigo.

¿E cessando a aggressão, quando elle ou já não queria, ou já não podia continuar a fazer-lhe mal, quando cessava do ataque e da violencia, ou por vontade ou por força? A regra da moderação da justa e inculpavel defeza era, e he ainda hoje, que se podia fazer tanto mal quanto era a necessidade do remedio. Eu podia matar o meu Aggressor se só com a sua morte podia salvar a minha vida; mas não tinha Direito de lhe-dar a morte, quando podia supplantallo por arte, quando podia subjugallo por força, quando podia desarmallo por lezão parcial do seu corpo, em uma palavra, quando podia evitar ou conter o Inimigo com menor mal que o da morte. Não era pois permittido empregar contra um Inimigo, senão o que exigia a necessidade da defeza, a necessidade d' evitar um mal presente. Se se-empregasse um meio mais forte, e aonde seria sufficiente um meio mais doce, viria a defeza a ser vingança e tyrannia, e cessaria inteiramente de ser justiça.

Aplicação d'este Principio ao Estado Social. Estes Principios parecem-me verdadeiros e incontestaveis de homem a homem; elles o não são menos a respeito d' uma Sociedade inteira; pois que os homens reunidos em massa, qualquer que seja o seu número não poderão fazer pela sua reunião outros Direitos Naturaes, que o que elles tinham no estado antecedente da Natureza.

D'aqui vem pois, que a Republica considerada como uma pessoa moral, não se-póde arrogar mais Direito, relativamente a um Cidadão, que a Natureza não tenha dado a um homem relativamente a outro homem; uma coisa injusta pela Natureza, quando he um só homem, que a-exige de mim, não póde vir a ser justa porque ella he exigida por milhares de pessoas. Por tanto os meios de defeza que a Justiça Natural approva de um para outro individuo, são igualmente approvados na Republica; e os que ella desapprova, devem ser igualmente prohibidos nos Estados.

Estes são pois os termos, em que deve proceder a Republica, em cujo seio depositarão os homens estes seus Direitos da defeza natural, para que ella fizesse por elles, e com mais efficacia e segurança, mas sempre com as medidas da necessidade do remedio, o que cadaúim podia fazer por si mesmo no Estado da Natureza contra os injustos Aggressores da sua vida.

Se isto he assim, ¿quando he que a Republica tem o Direito de dar morte ao Aggressor da vida de um Cidadão?

Exclusão da Pena de Morte no estado ordinario quando o delicto está commettido, ou quando ainda está por commetter ou consummar, todas as vezes que se-póde evitar. O assassinio, por exemplo, ou já está commettido e consummado, ou só projectado; se está consummado a Pena superveniente da Moite do Aggressor já não salva a vida do morto; por tanto n'este caso cessa ou aca-

ba a necessidade da defeza, e o direito consequente de matar o Aggressor, com que já se não pôde evitar e remediar o mal passado: bastando impor-lhe outras penas para seu castigo, para sua emenda, e para exemplo e escarmento dos outros.

Se está só projectado, a Sociedade Civil pôde defender-se a si, ou ao seu Cidadão ameaçado, contendo o malfeitor pela força, pela prizão, pelo degredo, pelos trabalhos publicos, ou por outras penas e meios punitivos e de coacção: quando pôde sem perigo da sua vida, ou existencia politica escusar a morte, e poupar o sangue humano, está tudo salvo; n'estas circumstancias fulminar o Decreto fatal de morte he ir além dos limites da necessidade do remedio, he exceder a moderação, e medida da inculpavel defeza, e violar a Lei Sagrada, que nos-manda não fazer maior mal do que o que nos-he absolutamente necessario para a nossa conservação, para a defeza da nossa vida.

O que tenho dito no caso do assassinio d'um Cidadão applico igualmente ao caso de traição, ou de outro grave maleficio, ou já executado, ou só projectado contra o Estado; porque se o maleficio já está executado, a morte do Réo não se-faz necessaria; se só projectado a Republica tem os meios prontos para o-podêr prevenir e embaraçar pela só apprehensão e prizão do criminoso, e por outras penas, sem ser necessario recorter á pena de sangue.

EM QUE CASOS PÔDE TER LUGAR A PENA DE MORTE.

¿ Não ha pois caso, em que a Pena de Morte deva ter lugar? Responderei: ella pôde praticar-se nos casos de uma sedição perigosa para o Estado, que se não pôde aquietar ou desfazer sem a morte d'alguns dos sediciosos, ou dos seus cabeças; nos casos de crise, em que periga a Patria, ou o mesmo Cidadão, se no instante se não extinguirem os que tem em suas mãos os fios obscuros, de que a trama está ordida: quando d'outro modo se não podem cortar os atentados, e evitar os males imminentes: nos casos em que a só existencia do malfeitor ainda que prêzo he por seu crédito ou relações causa perpétua e inevitavel do fermento d'uma conspiração, que lavra contra o Estado, e o-leva ao seu abyssmo: n'aquelles momentos perigosos, em que a insubordinação, a revolta, o abandôno, ou a fuga de um ou mais Soldados pôde ir entregar o segredo do Exército, ou dar a Victoria ao Inimigo, se no instante se lhe não accode com fazer cair a cabeça dos rebeldes: geralmente em todos os casos em que ha uma sinistra alternativa, e em que he necessario que ou pereça o Cidadão criminoso, ou pereça a existencia politica da Patria, ou a sua segurança e a de seus Membros: a força violenta da espada sobre

o author d'estes males he o unico remedio da Patria. Morra; o bem de todos demanda á Natureza este duro sacrificio do sangue humano. A morte não he já então verdadeiramente Pena, he de-feza.

ESCRITORES QUE EXLUEM O USO DA PENA DE MORTE
NO ESTADO ORDINARIO.

N'este sentido, e com ésta explicação me-parece que se-podêrão adoptar os Principios, que seguirão entre os Italianos o *Marquez de Beccaria* (1), *Ciamarelli* (2), e *Monterosate* (3); entre os Francezes Mr. *Filipon de La Madelaine* (4), Mr. *Chaus-sard* (5), *Pinel* (6), *Valase* (7), *Servin* (8), e *Pastoret* (9); e entre os Alemães Mr. *Sonnenfels* (10); *Jeremias Bentham* entre os Inglezes (11); os seus Principios e fundamentos parecerão-me sempre mais solidos e convenientes que os que adoptarão Mr. *Vermoil* (12), Mr. *Bernardi* (13), *Mabli* (14), *Thorillon* (15),

-
- (1) No Tratado dos Delictos e das Penas.
 - (2) Nas Reflexões Politicas sôbre a efficacia e necessidade das Penas publicada em Palermo em 1743.
 - (3) No Tratado Philosophico e Politico da Pena de Morte.
 - (4) *Filipon* Thesoureiro de França, no Discurso sôbre a necessidade e meios de supprimir as Penas Capitaes lido na Academia das Sciencias de Besançon, em 1770.
 - (5) Observações.
 - (6) Na Dissertação sôbre a Pena de Morte, em que trata a materia *ex professo* para resolver o Problema proposto pela Academia de Chalons sôbre o Marne em 1780, qual he, indicar as Leis Penaes menos severas, e mais efficazes para reprimir os crimes.
 - (7) Das Leis Penaes. cap. XI. p. 314, etc.
 - (8) Legislação Criminal, p. 41, 68.
 - (9) Leis Penaes, tom. I. Part. II. cap. I.
 - (10) Sciencia do bom Govérno, p. 207, e seg.
 - (11) Tratados de Legislação Civil e Penal, tom. II. Part. III. cap. IX. a todos estes se-póde ajuntar o Author da obra, Principios da Legislação Universal, em Francez, tom. I., e o do Art. das Penas no Codigo da Humanidade de Mr. *Flice*; e o Author Inglez dos Pensamentos sôbre as Penas Capitaes, Londres 1770.
 - (12) Ensaio sôbre a Reformação da Legislação Crirrninal.
 - (13) Principios das Leis Criminaes Tit. II.
 - (14) Part. II. da Legislação; este foi o que pugnou pela necessidade da Pena de Morte com maior energia e destreza.
 - (15) Ideias das Leis Criminaes.

o *Conde do Arco* (16), *Filangieri* (17), o *Conde Carti* (18), e alguns outros, aos quaes todos responde vigorosamente *Pastoret* (19), *Mr. Servin* (20), e ainda melhor *Mr. de Valaze* (21).

P A R T E II.

SOBRE A PENA DE MORTE; SE HE CONVENIENTE.

Passemos á outra questão sôbre a necessidade ou utilidade real da Pena Capital; supponhamos que he licito o uso ordinario da Pena de Morte, resta ainda considerar se elle convêm no estado ordinario da Sociedade; o que he questão de Politica; por quanto não basta ser uma coisa licita para logo se-concluir que ella he conveniente á Republica.

Dizemos que uma coisa convêm á Republica quando ella ou lhe-he necessaria, ou lhe-he util: ora parece que no estado ordinario da Republica nem he necessaria, nem he util a Pena de Morte.

A PENA DE MORTE NÃO HE NECESSARIA.

Próvas d' experiencia e de razão.

I. *Próva deduzida de factos.*

1.º *Da História antiga.* — Quanto á experiencia; que he o que nos-apresenta a história dos Póvos, aonde a Humanidade ou logo estabeleceu Leis Penaes menos severas, ou extinguiu, ou moderou as de Morte? póde depôr de seus bons effectos o antigo Egypto, que vio menos crimes, como nota *Herodoto* (II. §. 137)

(16) *Fundamento da Pena de Morte*, publicado na Academia das Sciencias, e Bellas Letras de Mantua.

(17) *Sciencias da Legislação*, Liv. III. Part. II. cap. V., que se contradiz com o que escreveu no Liv. I.

(18) No tom. VII. das suas obras.

(19) *Das Leis Penaes*. Parte II, aonde examina todos os systemas.

(20) No cap. XI. p. 314, e seg.

(21) Na obra acima citada.

quando sómente o assassinio, e o perjurio se-castigava com Pena de Morte, e vio ainda muito menos nos 50 annos de Reinado de Sabação, que houverão por Principe amado dos Deoses, e Bem-querido de seu Povo, que totalmente a-extinguio, vendo diminuir realmente por isso mesmo, como adverte *Diodoro de Sicilia*, o número dos delictos.

Uma Nação do Caucaso, de que falla *Strabão*, vivia em boa Policia, e com menos delictos sem conhecer as penas de sangue; ao contrário de outra visinha, que estava armada de castigos de morte, aonde erão mais frequentes os crimes.

Roma nos tempos que era Republica, em quanto a Lei Porcia, e a Lei Sempronia vedavão matar um Cidadão Romano experimentou menos crimes e attentados do que antes e depois d'és-ta epócha nos tempos da dominação do Rei, dos Decemviros, e dos Imperadores. Podem tambem depôr a bem das penas brandas os Povos da meia idade, como os Salcos, os Alemães, e os Ripuários, cujas penas erão quasi todas pecuniarias, e exacta a sua disciplina sem o terror dos supplicios duros e severos.

2.º *Da História moderna.* — Quanto aos Estados modernos basta trazer á memoria os Polacos nos tempos do Rei Casimiro; os Suecos no tempo de Carlos XII.; os Russos no Govêrno de 20 annos da Imperatriz Isabel, a filha de Pedro o Grande, que extinguiu a Pena de Morte, crendo, assim como o Povo Romano, que o sangue d'um Moscovita não devia derramar-se senão na guerra por serviço da Patria; e no de Pedro III. e de Catharina, que rarissimas vezes a-deixárão praticar: os do Marquezado de Baden e de Dourlach no Govêrno do Margrave Carlos Frederico, e os Toscanos nos do Duque Pedro Leopoldo.

Todos estes Povos virão que seus Principes rejeitárão as Penas Capitaes sem quebra da Disciplina e Policia de seus Estados; em alguns d'elles não se-virão mais crimes que nos Estados armados do terror da morte: em outros virão-se ainda menos; não fallo já de alguns outros Principes, que com effeito não extinguirão a pena de sangue, mas usárão pouco d'ella; e nem por isso, houve mais delictos em seus Dominios.

Responde-se á objecção tirada do exemplo das Nações, que tem usado da Pena Capital. — Sei que está contra isto o exemplo de muitas Nações antigas e modernas, que tem usado das Penas Capitaes; mas sei tambem que ésta prática não próva que éstas penas fossem ou sejam ainda hoje necessarias no Estado ordinario da Republica: era preciso mostrar demais que não só usárão, mas que não poderão deixar de usar d'estes supplicios; que ellas fizerão experiencias sôbre o uso e efficacia das penas não Capitaes, e que achárão que as penas brandas não bastárão para conter os

criminosos em seus Estados, onde ellas ou primeiro se-establisherão, ou forão substituidas ás Capitaes; e isto he o que se não póde mostrar pela História Politica das Nações, mas antes o contrario, como já acinia notei de algumas d'ellas.

Responde-se á instancia, que se-faz com este exemplo. Mas o exemplo de tantas Nações antigas e modernas não me-deverá fazer pêso para haver por necessaria uma Pena, que todas ellas praticarão, e ainda hoje praticão? Não por certo, se considero as origens da sua introducção. Com effeito se se-correm os Annaes da História do Mundo desde os tempos da mais remota antiguidade, vê-se que este supplicio no estado ordinario das Nações devêo a sua origem, e os seus primeiros progressos á superstição, á vingança, á barbaridade, e ao despotismo.

1.^a *Origem, a Superstição.* — Deueo-se á superstição, quando ésta ordenava sacrificios ás Divindades; quando os homens supersticiosos e crueis lhes-immolavão victimas humanas para applicar o seu furor.

2.^a *Origem, a Vingança privada.* — Deueo-se á vingança, quando o ressentimento de cadaúm dictava as Leis da Guerra privada contra os seus aggressores, ou havidos por taes, que ainda muito depois regulou os combates e duellos judiciaes, que não erão realmente outra coisa senão o exercicio authêntico da vingança.

Este espirito passou para a Legislação dos Povos, e foi o que principalmente dictou a maior parte dos Codigos Criminaes do Universo, debaixo do especioso nome de expiação do crime, de satisfação devida á Justiça, por aquelle que a-offendeo; de Talião, ou pena de mal por mal, e d'outras semelhantes expressões e dictados, com que a vingança se-mascarou; que por certo merecião ser riscados da linguagem de um Codigo Criminal.

3.^a *Origem, a Barbaridade e imperfeição dos Estados primitivos.* — Deueo-se á barbaridade, e imperfeição dos Estados nascentes, os quaes, sendo ainda em si fracos, e muito difficeis, ou impossiveis os meios de guardar e conter os facciosos, necessitãrão de tomar medidas, e precauções extraordinarias contra elles, e recorrer fóra da ordem ao supplicio da morte; como o último remedio pronto e capaz de conter os grandes crimes.

A Legislação foi então quasi obrigada a fundar a Segurança Pública sôbre a extirpação total dos Cidadãos inimigos da Patria: obrava a Sociedade, como obraria o homem tímido no estado da Natureza, que achando-se mais fraco que o seu inimigo, passava muitas vezes a matallo, quando não podia deixar de viver sem perigo. A Pena Capital pois n'estes Estados, e n'estes tempos era

um remedio desesperado, e uma próva da imperfeição, em que ainda estavam as Sociedades Civis, que o-praticavão.

4.^a *Origem, o Despotismo.* — Finalmente deveo-se ao despotismo e tyrannia, quando os Principes ou tímidos e suspeitosos, ou audazes conquistadores ávidos de sangue humano quizerão propagar debaixo do titulo de Bem Commum, e de Segurança Pública uma pena, que entendião que muito lhes-servia ao seu temor, ao seu orgulho, ou á sua avareza, para assegurar o seu Imperio contra os clamores dos descontentes, e os ataques dos revoltosos.

Não he logo de espantar que as Penas Capitaes, havendo sido introduzidas e praticadas desde a mais alta antiguidade pela superstição, pela vingança, pela barbaridade, e pelo despotismo; e reduzida a Legislação, a Disciplina, e a costume, continuasse a subsistir por tantos seculos, e entre tantas Nações antigas e modernas; assim como subsistirão muitos outros abusos e erros na mesma ordem moral, geralmente seguidos por quasi todos os Povos.

II. *Próva tirada dos effeitos da Pena de Morte nos*

Estados antigos. — ¿ E que produzirão as Penas Capitaes n'estes Estados? os delictos graves nem por isso cessarão, mas antes muitas vezes recrescêrão com maior horror: brotarão ódios, sustos, e temores entre os Cidadãos, revoltas, guerras civis, mortandades, crimes sôbre crimes, atrocidades sôbre atrocidades, exasperação de costumes, barbaridade. Entre Gregos e Romanos nunca houve mais cruezas, mais violações, mais horrores e attentados, do que quando mais se-fulminavão os Decretos de Morte: os tempos de Tiberio, Nero, de Domiciano, de Maxencio, de Macrino, e de Avidio forão desgraçados testemunhos d'esta verdade entre os Romanos.

Dos effeitos da Pena de Morte nos Estados modernos. — Os Povos modernos podem tambem ser testemunhas d'esta funesta verdade. ¿ Qual he o Estado, aonde as Penas Capitaes tenham feito parar, ou pelo menos diminuir a audácia dos grandes crimes? ¿ Qual he a Legislação severa e forte nos castigos, que se-possa gloriar de ter corrigido os costumes, de ter emendado os homens, de ter extirpado os grandes delictos, e as origens do crime?

Objecção tirada dos effeitos das penas brandas em alguns Estados. — Talvez se-dirá que em alguns dos Estados, em que as penas brandas primeiro se-estabelecêrão, ou forão depois substituidas ás Capitaes, não se-experimentou por fim o bom effeito, que se-es-

perava; e se-trará para exemplo os dois Imperadores Romanos, Mauricio, e Isaac Long, que extinguirão estas penas, e o Successor de Isabel Russiana, que não pôde sustentar a sua Refórma.

Resposta. — ; Por onde se-mostra que o mal foi d'êsta mudança, e não de outras causas? Eis-aqui outra indagação sem a qual não ha que decidir da necessidade das Penas Capitaes, ou da inefficacia das penas menos fortes. Se das penas brandas não resultou todo o bem, que se-esperava, o defeito podia vir da inação da policia em prevenir os delictos, da falta de prontidão na execução do castigo, da impunidade de certos crimes e de certos delinquentes, da fraqueza de Principes Humanos mas pouco habéis, em cujas mãos podia um bem tornar-se em mal: podia vir de se-fazer repentinamente êsta mudança politica, de não ser regulada por Homem de genio, que a-sustivesse; de se não substituirem á Pena Capital outras, que bem a-supprissem: finalmente podia proceder êsta falta d'outros vicios, ou da Constituição ou da Disciplina.

Para evitar ou diminuir os delictos não bastão penas nem brandas nem severas. Seria necessario primeiro que tudo cuidar na educação; crear costumes; assentar n'uma boa Policia, e Disciplina entre as classes dos Cidadãos; prevenir por uma sábia providencia, e vigilancia as faltas e os delictos; remover as suas causas e motivos originarios; em uma palavra, melhorar os homens, que he justamente o fim principal, que a Lei se-deve propor nas penas.

Êsta he uma parte Capital da Sciencia Moral e Politica, e he o meio mais seguro de evitar ou diminuir os delictos, e formar a paz e segurança Pública (*).

Se não ha isto não ha esperança de podêr conter os criminosos, nem com penas brandas, nem com penas fortes: pelo que, em quanto não ha êsta experiencia em um Estado, não se-pôde mostrar que as penas brandas são inefficazes, e que são necessarias as penas fortes.

III. *Próva pela razão deduzida dos fins das Penas.*

Se a pretendida necessidade da Pena Capital, fundada na impossibilidade de conter os grandes crimes sem ella, se não próva pelos factos da História, menos se-pôde mostrar pela Razão. A Razão d'accôrdo com a Humanidade dicta que se não empregue

(*) Pôde vér-se entre outros o Inglez *Benjamin Bentham* Trat. de Legislação Civil e Penal. Tom. III., que he todo dirigida a este fim.

maior mal no castigo dos réos, do que he preciso para conseguir o fim das penas. Ora a Pena de Morte no estado ordinario da Republica, não he necessaria para o fim das penas.

Qual he o fim, ou fins que se-propõem as Leis penaes? Ajuntemos todos os que se-costumão assignalar: 1.º Castigar o delinquente. 2.º Reparar o damno, que elle fez. 3.º Emendallo e corrigillo. 4.º Procurar a Segurança Pública no presente e no futuro. 5.º Desviar os outros Cidadãos do máo exemplo pelo terror do supplicio. Com tudo a Pena Capital não he necessaria para nenhum d'estes fins.

1.º — A Pena de Morte não he necessaria para punir simplesmente o criminoso; porque elle póde ser castigado com penas menos fortes que as de sangue, as quaes lhe-sejão assas pezadas e afflictivas, e até susceptiveis de mais e de menos para se-accommodarem pelos seus diversos grãos aos diversos grãos ou gravidade de um mesmo crime; vantagem, que se não póde achar nas penas de sangue, pois que a morte he sempre a mesma, e não póde ser variada em diversos grãos, como o são todas as outras penas ordinarias; a menos de se recorrer aos accessorios da crueldade, que tanto ultrajarão e atropellarão a humanidade; differença e inconveniente bem sensivel, e que só elle bastára para a-excluir da classe ordinaria das penas.

2.º — A Pena Capital não serve para a reparação do damno, porque a morte de um réo nem repara, nem compensa o mal, que elle fez ou á Cidade ou ao Cidadão.

3.º — Não he necessaria para corrigir e emendar o réo para que não persista em suas inclinações préversas, pois que elle morre.

4.º — Não he tambem para garantir a Sociedade de novos males e attentados, que elle possa commetter para o futuro; porque em uma Monarchia bem regulada, em que a Humanidade e a boa ordem faz possivel a conservação de um homem por mais máo que elle seja, sem que a Segurança Pública do Estado, ou particular do Cidadão se-ache compromettida; em que ha fôrças para prender os Réos, e carceres para os-reter; em que ha todos os meios prontos e faceis de pôr o criminoso em estado d'impotencia de mais nos-fazer mal: não ha necessidade alguma de passar á sua destruição total, e firmar a Segurança Pública ou particular com um remedio mais violento do que he preciso para este fim.

Se o Réo póde ter emenda, se foi levado ao mal pelo impeto das paixões, por imprudencia, por preocupações, por fraqueza da idade ou do Sexo, por uma fragilidade do momento, por seducção, por máo exemplo, se o seu crime foi o primeiro, se houve um gráo mediano de maldade, se em fim dá esperança de melhorar-se, a prizão temporaria, ou outra alguma pena, póde cor-

rigillo, pôde fazello entrar em si, e desviallo d' outros delictos ; pôde tornallo um Cidadão util á Sociedade.

Se pelo contrario he faccioso e malvado, se he atrocissimo o seu crime, se mostrou um summo gráo de maldade, e propensão decidida para violar outras Leis, e commetter novos delictos, se não ha esperança ou probabilidade de emenda, se por suas acções e reincidencias prôva que he um monstro e não um homem, e que he muito difficil que o-torne a ser ; então convem carregar perpetuamente de cadeias este monstro da Natureza, e contello como animal feroz em estado violento, em que mais não possa reiterar as suas atrocidades e fazer-nos mal.

Objecção. — ¿ Mas deverá o Estado carregar-se de despezas, que demanda a encarceração d'estes Réos? Os que põem ésta objecção querem dizer que o Estado por poupar as despezas da Fazenda pôde deixar de poupar o sangue humano ; pôde matar um Réo por motivo d' economia : mas d' isto me farei cargo quando fallar da pena dos trabalhos públicos, que substituo á Pena Capital.

5.^o — Passo ao outro fim das penas, isto he, ao exemplo e escarmento dos outros pelo terrivel espectáculo do supplicio do Réo ; e quanto a ésta parte diz-se communmente que a total destruição do criminoso he necessaria para desviar a seducção do seu máo exemplo, e as consequencias, que elle poderia produzir na Sociedade. Eis-aqui um dos principaes fundamentos, em que estriba a opinião dos que julgão indispensavel o uso ordinario d' ésta pena.

A PENA DE MORTE NÃO HE UTIL.

Não se-pôde negar que um dos fins das penas he o exemplo e escarmento dos outros, ¿ mas não se-pôde elle conseguir sem as penas de morte? ¿ ou podem éstas produzir efficazmente este bom fim? ésta he outra indagação, que pende da combinação dos effeitos, que as Penas Capitaes costumão excitar no espirito e no coração dos homens : ora tendo dito que éstas penas não são necessarias, digo agora que os seus effeitos pelo commum são contrarios aos que a Lei severa e forte espera do seu uso, e que ésta pena por tanto não he util á Sociedade ; e ésta he a segunda parte das minhas Reflexões, pelo que toca á conveniencia d' éstas penas.

1.^a *Prôva pela consideração dos effeitos da Pena de Morte relativamente á sua intensidade e duração.* — Não duvidarei adoptar aqui o dictame de um grande Philosopho Romano : = Severitas, quae maximum remedium habet, assiduitate amittit authoritatem =

(Seneca Liv. de Clement. I. Cap. 21) e outro de Monterosate, que = a atrocidade das penas destroe a sua efficacia =. Com effeito não he a intensidade da pena, diz Pastoret depois de Beccaria, a que faz o maior effeito sôbre o espirito humano, mas sim a sua duração; as impressões muito fortes enfraquecem pela reiteração dos actos, e perdem pouco a pouco a sua energia e efficacia, porque a intensidade de cada movimento d'alma diminue á medida que se-augmenta o número e a reiteração das causas d'este movimento.

D'aqui vem que toda a Lei forte perde tarde ou cedo na prática o seu vigor e fôrça, tanto em um Povo barbaro, que a não teme, como em um Povo humano e sensivel, que se-revolta contra ella; o que succede de commum he que, se a Authoridade Legislativa a não chega a abolir, os costumes publicos forçao o Legislador a calar-se no meio dos crimes, ou a soffrer a sua impunidade; d'onde vem que a dureza ou a negligencia do Legislador he então a causa unica dos progressos do mal, que uma Lei mais doce poderia ter facilmente desviado (*).

2.^a *Próva pela consideração dos effeitos da Pena de Morte relativamente a tres classes d' Espectadores.* — Adianto agora que o spectaculo do supplicio capital de ordinario não faz a impressão forte, que a Lei espera, antes produz effeitos contrarios ao mesimo fim das penas.

Tres classes ha, ou póde haver d' Espectadores do supplicio de morte. I. Ha uns, e he o maior número, que se-coimmovem de piedade para com o Réo, e isto está na natureza do homem. II. Outros que são indifferentes a este acto. III. Tambem os ha que se-comprazem com elle.

Effeitos que produz o spectaculo da Pena Capital na I. Classe. — He sem dúvida que quando se-vê ou se-ouve o delicto, por exemplo, o assassinio, excita-se no coração do homem uma commoção de revolta, um vivo sentimento de indignação contra o criminoso, que se-detesta pelo horror da atrocidade do seu feito; a reflexão propria de mãos dadas com os primeiros sentimentos, ou moções da Natureza approva então o castigo de morte; e mas

(*) A doçura do character nacional, diz justamente Bentham, ficando em contradicção com as Leis (Capitales), os costumes são os que triunfao, e as Leis as que se-illudem; multiplicao-se os perdões, fechao-se os olhos sôbre os delictos, e para s'-evitar um excesso de severidade se-cae muitas vezes em um excesso d' indulgencia. — *Tratados de Legislação Civil e Penal. tom. III. Part. III. cap. IX.*

dura muito esta reflexão e sentimento? é dura elle ainda no momento fatal do supplicio do Réo?

Não assim : entre o acto do crime e o do castigo medeia sempre muito tempo, não só por delongas affectadas, mas pela mesma natureza do processo, que em crimes gravissimos, e quando se trata da vida do homem, de ordinario não póde ser breve e peremptorio; e quando depois de muito tempo se vem a tratar do supplicio, já a impressão forte, que o delicto havia feito setem desvanecido, ou pelo menos tem perdido o maior gráo da sua força.

¿ Quaes são então os effeitos? O Ministro da Lei profere a horrivel sentença de morte, mas treme-lhe a mão, que a assigna; o Espectador da execução funesta, o Povo, que he um bom Juiz das coisas de sentimento natural, desde que avista o cadafalso, e nelle o Réo, desde que vê levantar-se a espada da justiça sobre a sua cabeça, estremece, e agita-se com um movimento involuntario de commiseração e de piedade por elle; interessa-se por elle, olha para elle mais como desgraçado, que como criminoso: o supplicio então he proscrito pela mesma emoção da Natureza sempre sensível por sua constituição aos males do homem em desgraça, e em abandono de todo o soccorro humano.

N'aquelles momentos terriveis cadaúm dos Espectadores dera-lhe perdão se perdão lhe-podéra dar; e se este chegado Soberano em seu soccorro, a noticia recebesse com satisfação, e applaude-se mais a clemencia, que a Justiça do Soberano, que o-concede. Assim este triste espectáculo, em lugar de terror, pelo commum, só inspira commiseração por quem soffre, e horror contra quem o faz soffrer: excita-se piedade pelo criminoso, e não horror pelo crime; o crime desaparece, só se-olha para o supplicio, as impressões que fez o primeiro passarão, ou são já amortecidas, as que faz o segundo são presentes; e o Espectador separando o crime do supplicio, attende ao presente e não ao passado; e se então detestou o crime, detesta agora ainda mais o remedio, que se-compra pelo preço da vida do homem.

II. Classe. — Ha outros Espectadores, que ficão immoveis e indifferentes á vista do supplicio; correm a este acto sanguinolento de Justiça, como se-fossem levados d'um espirito de curiosidade a um espectáculo, que os-entretenha; não se commovem nem com a desgraça do proximo para a piedade, nem com o terror do castigo para o exemplo; a Lei póde ler em seus semblantes frios e tranquilos a apathia ou insensibilidade da sua alma, e a inefficacia do remedio.

III. Classe. — Ha, ou póde ainda haver Espectadores d'outra classe, que nos momentos, em que o Ministro da morte des-

carrega o golpe da Justiça se o comprazem d'este sacrificio, como devido á vingança pública da Sociedade, ou á satisfação do Cidadão offendido: o aspecto do supplicio lhes-tira dos animos a natural commiserção dos males alheios, como a-tirava aos Romanos já corrompidos e ferozes, quando vião com satisfação os condemnados nos circos e amphiteatros, feitos prêza das feras devoradoras.

; Quanto não perde a mesma Sociedade contribuindo para sufocar ésta paixão, que he um dos vinculos, que ligão os homens entre si, e que he semente e manancial copioso de virtudes sociaes! ; Quanto não será desgraçada a Nação, aonde os homens vêm sem mágoa e dôr, e até com satisfação espirar os seus semelhantes no patibulo da morte!

Outra Prôva pela consideração dos effeitos da Pena de Morte relativamente aos mesmos Espectadores. — Os Espectadores podem ainda considerar-se debaixo d'outras relações: elles ou são bons ou máos Cidadãos: os bons, de commum, não se-aterão mais com as penas fortes, do que com as penas menos severas, porque ainda que possam receiar que venhão a commetter faltas ou delictos, porque mereção alguma pena, entendem que não cairão em taes malefícios por que mereção soffrer a de morte.

Os máos Cidadãos ou são simplesmente máos, ou são malvados: dos máos se-póde esperar que as penas menos severas os-fação emendar e corrigir, ou pelo menos conter de algum modo em suas más inclinações; e em quanto ha ésta esperança de corrigibilidade não ha necessidade de reccorrer ás penas mais duras, a uma pena desesperada pela qual se não póde obter ésta emenda. Se são malvados, se são encanecidos na malicia e preversidade, para estes não bastão nem penas brandas, nem penas fortes: não se-contém na carreira dos seus vicios e maldades pelo medo da morte: ali mesmo á vista do patibulo, quando expira o justicado, furtão, e cogitão de furtos, de roubos, e de violencias; vão depois desenfreados affrontar os perigos; nada temem; pêza-lhes pouco o medo de acabarem mais cedo os seus dias, com tanto que satisfação suas paixões violentas; e se temem fazem-se por isso mesmo mais audazes e mais crueis: tomão maiores precauções e cautellas para occultarem seus crimes, e commettem mais atrocidades e cruezas á custa do maior risco d'aquelles, contra quem commettem os malefícios, ou que os-podião embarçar, ou denunciar nos seus delictos.

Assim recrescem os crimes, e para commetterem seguramente um delicto, commettem dois e tres. Um ladrão não tem necessidade de ser ao mesmo tempo assassino, mas elle vê que a Pena de Morte he imposta tanto ao que furta como ao que mata, e elle he quasi sempre assassino, pois que este segundo crime, sem

o-expôr a uma pena maior, o-salva de uma testemunha, que o-podia expôr ao supplicio. Em França, desde que se impôz Pena de Morte aos simples ladrões, houve maior número de ladrões e de assassinos: na Moscovia, diz Montesquieu, onde a pena dos ladrões e dos assassinos he a mesma, sempre assassinão: os *mortos*, dizem elles, *nada contão*.

3.^a *Próva pela consideração dos effeitos da Pena de Morte relativamente aos costumes.* — Accrescento agora outra consideração sôbre o effeito das Penas Capitaes, a saber: que ellas são factaes aos costumes, que a Sociedade pelo espectáculo de sangue offerece exemplos de ferocidade, em lugar de lições beneficicas de Justiça: endurece os animos, torna asperos os costumes, extingue a doce sensibilidade do coração humano, e leva o Cidadão á dureza e á barbaridade.

Em Athenas (por referir um exemplo da antiga História) brotárão mais delictos nos tempos do sanguinario Dracon, do que nos do humanissimo Solon; e entre os Japões (por trazer um exemplo da História moderna) os quaes tem penas severissimas, he onde se-commettem os delictos mais atrozes: cresce a ferocidade dos costumes, diz Montesquieu, á medida que cresce a ferocidade das Leis; sem irmos tão longe, a França mesmo póde ser exemplo; n'ella houve mais desordens e delictos, desde que as penas pecuniarias passárão ás de grande severidade, e de rigor: isto notão os seus mesmos Criminalistas.

Eis-aqui como os supplicios de morte vem a destruir os effeitos necessarios e uteis das penas, em lugar de os-fazer mais efficazes e proveitosos, ou antes a produzir effeitos prejudiciaes e terriveis á Sociedade.

REFLEXÕES

Sôbre a illegitimidade da Pena Capital, ainda supposta a insufficiencia ou inefficacia das penas menos fortes.

Mas supponhamos, e dêmos de boamente, que as penas brandas não bastão para produzirem os effeitos, e consequencias saudaveis, que a Lei espera. Isto não basta ainda para as-fazer necessarias: he um mero paralogismo dos Escritores contrarios concluir da necessidade que temos d'uma coisa o Direito d'usarmos d'ella; nem tudo o que póde ser util á Republica he logo licito e permittido. A Republica tem Direito de procurar o que lhe-he necessario e util, mas este Direito não he infinito, não he absoluto e illimitado: he restricto dentro de certas raias; não póde sair d'ellas, nem buscar o seu fim senão pelos meios justos e raciona-

veis : punir os criminosos com o menor mal possível, *quantum satis*, he a regra capital das penas.

Admittidos os principios contrarios, he facil justificar as prições, e mortes arcanas sem fórma de Juizo, e as tyrannias dos supplicios que fazem estremeceer a humanidade, póde justificar-se nos tempos de guerra o veneno das munições de bôca, das fontes, e das armas; as mesmas traições, e perfidias; o sacrificio d'um innocente pelo bem de todos, ao rancor do tyranno inimigo, que o-pede, e ameaça a Republica: pois que está no momento d'uma crise, em meio de perigos iminentes poderia salvar-se por estes meios. A Republica, como corpo moral, he como um homem no estado natural, ha-de ter perdas, e não poderá sempre remediar todas ellas: d'onde, porque não póde conter com penas brandas a todos os criminosos, não se-segue por isso que os-deva necessariamente conter com as penas de sangue.

2.^a *Sobre a inefficacia de umas e de outras penas para conter todos os delictos.*

Façamos ainda aqui outra Reflexão, qual he, que as penas ou brandas ou fortes nunca poderião banir inteiramente todos os crimes do meio da Sociedade: os grandes crimes vem em muita parte das paixões, e o homem se-resolve ou não a commettellos segundo a maior ou menor preponderancia moral ou physica, que n'elle ha para o bem ou para o mal. Se as paixões excessivas dominão imperiosamente no coração do homem, pelo commum, nenhuma pena por mais forte e rigorosa que seja he inteiramente efficaç para conter e enfrear as grandes agitações, e movimentos d'alma, que o-impellem para o crime com uma preponderancia physica, a que he difficil resistir; se as paixões são menos fortes e activas, se estão n'aquelle gráo, em que deixão á razão maior liberdade para pesar as vantagens e inconvenientes do crime-, então he mais facil ceder á Lei, e desistir do projecto criminoso.

Isto posto, o Legislador deve estar persuadido que não póde pelo terror das grandes penas conter todos os grandes delictos; o que a experiencia continuamente está mostrando, e que o mais feliz resultado, que póde esperar he diminuir a quantidade possível d'estes males: os principios, que hão-de dirigir o Legislador, diz justamente Platão no Livro IX. das Leis, são os de um Pai e de uma Mãe, e não os de um Senhor, e de um Tyranno: castigar brandamente e com esperanza d'emenda: e se o Legislador quer mostrar que tem respeito pela vida dos homens, he preciso que seja o primeiro em professar humanidade nos castigos para com elles.

3.^a *Sobre o effeito irreparavel da Pena Capital
no caso da innocencia do Justizado.*

Remato tudo com a simples e óbvia reflexão do effeito absolutamente irreparavel que produz a Pena de Morte, e que só ella basta para conter os Legisladores e os Magistrados da imposição d'este supplicio sanguinario. Supposta a incerteza e imperfeição das próvas, que contestão o crime e o criminoso, supposta ainda, depois de próvas plenas, a falibilidade e erros dos juizos humanos em materias de facto; e a possibilidade de ser condemnado um innocente ou pela falsidade encuberta das próvas, ou pela ignorancia ou preversidade dos Juizes; pede a razão, a Justiça, e a equidade, que se não arrisque uma pena, que depois, descoberta e demonstrada a innocencia do Réo, já não póde ter remedio.

Se se-tira a liberdade, a liberdade póde ser restituída e com indemnisação; se a honra, a honra póde ser reparada por uma declaração solemne; se os bens, os bens, ou o seu equivalente podem tornar ao seu verdadeiro Senhor; mas se houve Pena de Morte, a morte não póde ter remedio: a Justiça póde achar os culpados fugitivos, mas não a innocencia depois de justizada no cadafalso: só isto faz estremecer a Natureza, e isto só por si he uma próva victoriosa contra o uso ordinario da Pena de Morte (*).

Vejo bem que estes meus sentimentos, que são os de muitos Politicos e Criminalistas bons e Sabios, se se-recebessem no Foro Militar, ficarião em opposição com a Legislação Geral, que impõe aos paisanos no Foro commum a Pena de Morte; mas não me-pertence a mim salvar ésta visivel desproporção; se o Principe Legislador persuadido d'éstas razões, e sôbre tudo movido de humanidade fizesse este immortal beneficio aos seus Soldados; porque o não faria tambem a todos os seus Povos?

(*) Em quanto ás Testemunhas, diz o Inglez Bentham nos Tratados da Legislação Civil e Penal. tom. II. Part. III. cap. IX., forem susceptiveis d'imperfeição, em quanto as apparencias podem ser enganosas, em quanto os homens não tiverem um criterio certo para distinguir o verdadeiro do falso, não se-deve admittir uma pena, que he de um damno absolutamente irreparavel. Quanto somos fracos e inconsequentes! julgamos como entes limitados, e punimos como entes infalliveis. Não se-tem visto todas as apparencias do crime accumuladas sôbre a cabeça do acusado, cuja innocencia se-demonstrou já quando não restava mais do que gemer sôbre os erros d'uma precipitação?

P A R T E III.

SOBRE A PENA DOS TRABALHOS PUBLICOS.

A pena, que se-deve substituir á de morte, he a dos trabalhos publicos por annos, ou por toda a vida. A perspectiva de uma escravidão lugubre e laboriosa, em que ha privação de tudo o que póde lisongear os sentidos do homem, em que elle satisfaz todos os dias á Justiça soffrendo uma porção de castigo pelo seu delicto; em que, pelo estado penoso em que se-acha, he horror a si mesmo e aos outros, e em que pelas repetidas impressões, que excita o espectáculo do seu supplicio serve a todos de exemplo e de escarmento, parece ser o castigo mais proprio, fallando geralmente, para substituir o de sangue, e produzir o saudavel effeito, que se-procura nas penas. Alem d'isto tem sôbre a Pena de Morte a vantagem de ser susceptivel de uma variedade consideravel, e de se-podêr multiplicar, dirigindo-se a uma infinidade de objectos de trabalho; e subministrando por este modo muitos grãos de pena, que se-possão applicar segundo a gravidade do crime.

Objecções contra o uso d'êsta pena: e suas respostas.

1.^a Beccaria, Mably, e alguns outros são contra o uso d'êsta pena por êstas razões; que ajuntando-se os culpados entre si, vem a consummar-se mais ainda na sua corrupção, que os menos criminosos vem a ser inspirados pelos que o são ainda mais do que elles, vindo assim o lugar, onde estes réos se-amontoão, a ser uma pessima escola de costumes, onde malvados ensinão a outros malvados todos os generos de malicia e preversidade: que se a pena he perpétua, a maldade refinará cada vez mais; se temporaria, ¿ que poderá restar ao homem, que sae d'este centro de vicios e de infamia, senão uma alternativa ou de crimes, ou de miseria, e indigencia? o que não póde deixar de ser nocivo á moral universal, e á felicidade politica dos povos; depois d'isto ¿ Quanta despeza para sustentar e guardar tantos homens?

¿ Mas não serão êstas razões especiosas? ¿ Não haverá meios seguros d'evitar os inconvenientes e males, que podem trazer comsigo êstas Companhias de Forçados?

Primeiramente póde haver meios de separar o homem muito corrompido e malvado do que commetteo um delicto ordinario; e este ainda de outro, cujo delicto fosse ainda menor; dividindo-os

por éstas tres classes em tres diversas repartições de trabalhos, em que uma classe não communicasse com a outra.

Os mesmos, que fossem reunidos nas horas do trabalho em uma mesma classe, estarião debaixo da inspecção vigilante de um guarda, e fiel, que os não deixasse ter maior communicação: findo o trabalho podião recolher-se e estar separado cadaúm sòbre si, subtrahindo-se assim uns ao contágio dos outros; e ésta solidão seria ao mesmo tempo uma expiação para o Réo, e uma utilidade para a Republica.

2.^a ¿Mas a grande despeza para os-sustentar e guardar por muitos homens? Pergunto, ¿se querendo-se e não se-podendo fazer isto por causa das despezas, deveremos matar os homens por motivo d'economia, ou deixar de lhes-dar o castigo, que os-póde conter, e ao mesmo tempo fazer úteis á Pátria?

Perguntarei ainda mais, ¿se ao Estado não resultão algumas vantagens dos trabalhos d'estes homens? Os Egypcios fizeram a maior parte dos seus monumentos por homens condemnados ao último supplicio (Diodoro de Sicilia liv. I. 864). Nero construiu o caminho coberto desde Missena até o Lago do Averno, e o-cercou de Porticos famosos; abriu o canal de 1600 milhas de comprimento com os culpados, que sairão do centro dos carcerees, em que vivião, totalmente inúteis ou mortos á Pátria.

Na China um dos Imperadores, que melhor soube a Arte de Reinar, achando as cadeias cheias de réos de crimes capitaes, mandou a todos que fossem á sementeira e colheita das terras, e voltassem depois para a prisão: elle os-pôz em liberdade; nenhum d'elles mereceo depois algum novo castigo (Du Halde Descr. da China). No principio das Colonias Inglezas os que merecião pena de morte forão transportados para ellas como escravos; contrairão nas novas terras o hábito do trabalho; e sendo depois restituídos á sua liberdade, forão grandes cultivadores, chefes de familia, e proprietarios dos melhores terrenos (Hist. Philos. e Pol. tom. . . pag. 265). A Republica da Pensylvania, a Suecia, o Margrave de Baden, o Duque de Toscana, o Imperador actual Francisco II., reconhecêrão as utilidades, que podião vir da pena dos trabalhos publicos, e a-fizerão mui frequente em seus Estados.

A construcção, e reparo dos caminhos e calçadas, o arroteio das terras, a cultura dos terrenos, a abertura dos fòssos, dos portos, e dos canaes das Provincias, a dessecação das lagoas e terras pantanosas, as obras dos Edificios Publicos, Civis e Militares, os trabalhos dos Arsenaes, das Cordoarias, da Mineralogia, das Fôrjas, e Fundições, dos Engenhos, da Navegação, das Salinas, e de muitas outras obras laboriosas da indústria e da arte podem occupar os Forçados, e fazer com que se-poupem muitas sommas ao Estado.

Accrescentarei agora que estes trabalhos dos Forçados podem

muito bem valer um preço, e ficar por este indemnizado o Estado das despesas que com elles fizer, e com os seus guardas e fieis sem maior gravame das Rendas Públicas (*).

Concluo por tanto, que a pena dos trabalhos publicos no estado ordinario da Republica me-parece bastante para punir a maior parte dos criminosos, e que não he necessaria nem util a de morte; salvo nos casos extraordinarios, em que os crimes fossem de consequencias perigosas, que se não podessem atalhar senão com a morte dos conspirados.

P A R T E I V.

SOBRE O ARBITRIO ABSOLUTO NA ESPECIE DAS PENAS.

Entendo que se não deve admittir o arbitrio geral do Juiz na escolha, e imposição das penas, como alguns quizerão. He verdade que o Codigo Criminal da Grã Bretanha, que passa por obra de muito merecimento, classificando os *Crimes*, *Delictos*, e *Faltas*, deixa ao arbitrio dos Officiaes as *penas*, as *punições*, e os *castigos*; isto he, os *supplicios* ou *grandes castigos*, os *castigos mais leves*, e as *correcções* ou *penas menores*, e isto em um Conselho de Guerra de 13 Vogaes para as penas: em um Regimental de 5 para as punições ou castigos mais leves; e em um de 3 para as correcções ou castigos menores; com tudo a authoridade e credito da Legislação Inglesa não me-move a mudar de opinião e sentimentos.

Razões contra o arbitrio geral dado ao Juiz.

1.º Deixar o arbitrio inteiramente ao Juiz he conferir-lhe uma parte do Podér Legislativo, e fazer absolutamente depender o Vassallo da vontade particular do Magistrado, fazendo o sujeitar ao imperio do homem, quando só o-devia ser ao imperio da Lei.

2.º O Cidadão está certo da Lei, mas não do arbitrio: a Lei he fixa e perpétua, o arbitrio variavel pela successiva diversidade

(*) Póde consultar-se para isto a Panoptica do Inglez Benjamin Bentham sobre o Estabelecimento para guardar os prezos com mais segurança, e economia; e opperar a sua reformação moral, *Trat. da-Legisl. Civil e Penal tom. III.*

das pessoas, dos tempos, e dos costumes : o Cidadão está certo da pena imposta na Lei, mas não da pena, que ha-de impôr o arbitrio do Magistrado ; no primeiro caso obra sabendo ao que s'expõe, no segundo obra sem saber a consequencia certa e determinada, a que fica exposto ; só ha-de saber da pena depois de commetter o delicto ; e assim mesmo só no momento, em que he sentenciado.

3.^o A Lei que fulmina a pena he mais meditada que o arbitrio, que se-toma : o arbitrio toma-se quasi sempre em menos tempo e destacadamente, e sem as contemplações da relação e analogia, que elle tem com a totalidade da Legislação Criminal, para se-combinar bem com o crime e com a pena.

4.^o A Lei he sábia, póde não o-ser o Magistrado.

5.^o A Lei he incorrupta, e impõe a pena com a unica contemplação ao delicto ; o Magistrado póde corromper-se, e impolla com contemplação ás pessoas, ás paixões, e aos interésses, e he conveniente que o Réo não veja no Juiz nem o seu amigo, nem o seu inimigo, mas tão sómente a Lei, que ou o-absolve, ou o-condemna.

6.^o O Cidadão accommoda-se de mais boamente á Lei, ainda quando ella he dura, e accomoda-se menos ao arbitrio, ainda quando elle he justo ; porque na Lei vê um Superior nato, no arbitrio um homem como elle.

7.^o Um mesmo crime virá a ser julgado por diversa maneira, e com diversa pena, segundo os diversos Juizes.

8.^o O Magistrado tem de fazer duas operações, 1.^a conhecer toda a natureza e circumstancias do crime : operação que elle deve fazer em toda a hypothese. 2.^a estabelecer-lhe a pena correspondente, operação que deve fazer na hypothese do arbitrio : e éstas duas operações tem grande difficuldade na theoria e na prática fazendo-se em occasiões momentaneas, em os curtos prazos de tempo, em que se-tem os Conselhos Militares ; o Juiz, ainda o mais prudente e sabio, corre risco de se-vêr em muita fluctuação e incerteza, de precipitar o seu juizo, de impor ao delicto uma pena differente d'aquella, que lh'imporia ou deveria impor o Legislador, uma pena muito maior, ou menor do que pedião as circumstancias do crime.

Cresce este risco quando são muitos os Juizes, como o-são nos Conselhos, aonde de necessidade ha-de haver discussão sôbre a qualidade da pena, e a discussão entre muitos traz quasi sempre consigo dois grandes inconvenientes, um de entranhar os Juizes de espirito forte em imaginações ardentes e exaltadas : outro de fazer duvidar aos Juizes de espirito ou escrupuloso ou subtil da conveniencia ou desconveniencia da pena : por quanto, entrando-se em discussão, a opinião de cadaúm carrega-se insensivelmente de todos os defeitos do seu caracter ; o que he de imaginação sensivel,

e de genio forte escandee-se com as menores circumstancias do crime ; tudo lhe parece execrando ; applica o ferro em braza sobre a cêra molle ; pelo contrario os espiritos timidos, escrupulosos, ou subteis tomão por outra via ; o que he engenhoso subtilisa , o fraco teme , o irresoluto duvida , e já póde ser por desgraça que seja este o mais sabio : e por fim o que tinha parecido claro a todos os outros , parecerá a todos estes uma nuvem : em poucas palavras, he necessario que a prevençãõ, a parcialidade, a amizade, ou inimizade, a ignorancia, a paixãõ, se não assentem sobre o Tribunal, e que o Executor da Lei lhe não substitua a sua vontade propria, e venha a dispôr da coisa mais perigosa na ordem da Justiça pelos seus caprichos e affeições.

Não sendo pois conveniente o arbitrio da pena geral em nenhum caso crime, he de necessidade que a Lei determinadamente a imponha, fixando demarcadamente a cada genero ou especie de delicto a pena correspondente.

Sobre o arbitrio restricto nos grãos das penas.

Do arbitrio restricto dado ao Juiz. — Mas excluido este methodo do arbitrio geral do Juiz ; qual outro se deve tomar na designação das penas ? Antes de dizer os meus sentimentos n'êsta parte, devo trazer á lembrança que a pena para ser justa, adequada, e propria deve ser combinada sobre as relações naturaes, physicas, e moraes, que ella tem, ou póde ter com a qualidade do crime ; com a maneira porque elle foi commettido ; com os instrumentos, que servirão a acção ; com a reincidencia ; com o número dos culpados ; com os grãos de cumplicidade ; com o successo e consequencias do crime ; com o lugar e com o tempo, em que foi feito ; com as suas causas ou motivos ; com a intenção, intelligencia, e instrucção do culpado ; com a sua pessoa, idade, e sexo do delinquente ; com a pessoa e classe do offendido ; com a influencia, escandalo, e publicidade do crime ; com a perturbação da ordem pública ; com a difficuldade de se-garantir do attentado ; com a multiplicidade dos delictos do mesmo genero ; e com outras muitas circumstancias dignas de contemplação para a justiça, igualdade, e proporção das penas com os crimes.

Tres methodos de regular as penas. — Todas êstas relações geraes, que dão de si muitas outras particulares, muitas vezes fortuitas e imprevistas, não se-podem bem acautelar na Legislação, e menos ainda graduar cadaúma d'ellas na ordem dos diversos grãos de pena, que lhes-correspondão. ; Que methodo pois se-haverá de seguir para regular as penas proporcionalmente ás diversas e infinitas variações de um mesmo crime ? Não póde haver, quanto eu cuido, senão tres methodos e maneiras.

O 1.^o he enumerar e especificar individualmente em cada especie de crimes, e em suas variações, as diversas penas particulares, e circunstanciadas, como se-tem praticado em varios Codigos a respeito d'alguns delictos: mas primeiro este methodo multiplicaria infinitamente os artigos da Legislação Criminal e Penal, e falla-hia demasiadamente casuistica, minuciosa, e longa, e como tal incomprehensivel, e por consequencia impraticavel.

Depois d'isto seria impossivel, ou pelo menos difficillimo prever e prevenir pela theoria todos os casos, ou circunstancias infinitamente variaveis, que occorressem na prática para demarcar individualmente na Legislação cadaúma d'ellas com a sua pena correspondente; e ésta he a razão, quanto eu entendo, porque se não acha um só Codigo, que por este methodo comprehenda todas as classes de delictos, com todas as marcas de suas respectivas penas: a impossibilidade, ou summa difficultade d'esta execução fez, com que elles se-limitassem a certos crimes, e suas variações mais conhecidas; que em outros deixassem a pena ao arbitrio do Juiz; e em outros pozessem unicamente a marca do delicto sem alguma sancção penal, ou individuação particular de pena, o que os-tem feito summamente defeituosos e incompletos.

O 2.^o he pelo contrário impor uma mesma pena geral a cada genero ou especie de delicto para todas as suas diversissimas variações; e este methodo he duro e barbaro, porque faz todos os crimes dentro d'um mesmo genero ou especie iguaes entre si; segundo a doutrina dos Estoicos; e iguaes as suas penas; isto he, que dois crimes d'uma mesma especie e natureza, mas de diversissimas ou desiguaes circunstancias, sejam punidos com igual gráo de intensão ou duração de pena; e sem a devida proporção. Este he o defeito dos Codigos demasiadamente resumidos, os Codigos formalisados em regras e maximas geraes: da maior parte dos Codigos das Nações Septentrionaes, que descêrão na meia idade para as Provincias do Imperio Romano; e por trazer um exemplo de maior antiguidade, o da Lei das Dôze Taboas.

O 3.^o methodo, que resta entre o arbitrio absoluto do Juiz, e a Legislação Penal especifica e individual de cada variação das especies, o qual salve a impossibilidade do 1.^o, e os inconvenientes do 2.^o, he só, se me não engano, o do arbitrio restricto e limitado. Deve na Lei fixar-se a pena relativamente não a cadaúma delicto individual, ou a cadaúma das suas variações, mas sim a cada classe d'elles o genero de pena geral correspondente, e de marcar ao mesmo tempo o ponto de extremo rigor, e o de maior brandura; pondo a escalla de menor a maior; isto he, dos diversos gráos de uma mesma pena, que se-hajão de correr e subir entre o maximo e o minimo á proporção das differentes variações, e qualidades mais ou menos aggravantes de um mesmo delicto na sua

especie, não ficando assim arbitrio ao Juiz na escolha da pena, mas só na escolha do seu grão.

Uma vez demarcada a pena, e a sua escalla, a pena não se pôde nem alterar, nem abreviar, nem prolongar além do tempo balisado; nem applicar-se mais severa, ou mais branda do que a Lei determina: mas quanto á grandeza, ou grão de cada pena dentro da sua mesma especie, os Juizes julgarão *ex aequo et bono*, segundo as circumstancias do delicto, e as proprias do Réo: ficando assim aos Juizes tão sómente a liberdade de correr a escalla, e escolher no intervallo, que ha entre as duas extremidades, o grão de pena, que lhes-parecer proporcionado ás circumstancias do delicto: e n'este só sentido e prática he que os castigos podem ser arbitrarios.

D'este methodo usa muito o Codigo da Toscana, e o moderno do Imperador Francisco II., e para este methodo vai Mr. de Valazé nas Taboas dos Crimes e das Penas; Mr. Thorillon nas Ideias sôbre as Leis Criminaes tom. II. pag. 418; Mr. Servin na Legislação Criminal, e Mr. de Pastoret nas Leis Penaes. Deve vedar-se a todo o Juiz, diz o penultimo d'estes Escriitores «a faculdade de mudar a especie da pena, senão seguir as indicações da Lei; mas he igualmente necessario dar-lhe o arbitrio para determinar em toda a extensão de uma mesma especie o grão da pena de tal ou tal delicto em particular. Por este meio a applicação das penas será simples» (Liv. III. §. X. pag. 416.)

«Quando a pena, diz Pastoret, he bem determinada deve deixar-se ao Juiz a liberdade de determinar a sua duração segundo as circumstancias do crime, prohibindo-se comtudo o prolongar a pena além do termo fixo, porque he impossivel que o Legislador preveja tudo, calcule tudo; e como se não ha-de deixar ao Juiz a faculdade de supprir a isto, quando se não trata nem de reformar, nem de mudar, nem d'alterar a Lei?» (tom. II. pag. 75.)

Este pois he o methodo, que talvez se-deveria seguir, não em todas as especies de delictos, mas naquellas, que são de muita variação nas suas circumstancias. Para mais o-justificar farei ainda se-me-permitte algumas

Reflexões sôbre este methodo.

Na serie innumeravel de crimes, e de suas infinitas especies e circumstancias, que muito podem influir ou na sua qualidade, ou na sua gravidade, não he possivel, ou he pelo menos de difficilima e quasi impraticavel execução, como já disse, compôr um Codigo Penal, aonde cada pena fixada pela Lei seja proporcionada a cada delicto em todas as suas variações; e quando fosse possivel, por certo que isto daria a semelliante Codigo uma extensão

desmedida, que não permitiria pôllo em prática, mas antes, longe de diminuir a desordem, não faria mais do que augmentalla.

He logo necessario que o espirito de ordem, que deve presidir á Legislação Penal, passe a fazer duas operações, 1.^a reduzir a massa enorme de todos os generos e especies de delictos a classes distinctas, reguladas pela sua natureza e pelos seus effeitos, e segundo os principaes objectos, a que se-referem os deveres Sociaes. 2.^a que se-fação distinguir em cada classe os delictos segundo a sua qualidade, e a sua gravidade, isto he, segundo a influencia, que elles tem na Sociedade.

Deixando a classificação generica e geral dos delictos, de que aqui não trato, restrinjo-me tão sómente a fallar da classificação especifica e particular de cadaúm d'elles. E quanto a ésta parte, em um mesmo delicto ha duas coisas que considerar; 1.^a a violação de um pacto, ou de uma obrigação social, que he o que constitue a *qualidade* do delicto. 2.^a o gráo de culpa ou de dóllo, com que ella se-violou, o que fórma a sua *gravidade*.

Das regras ou medidas para distinguir o valor relativo de diversos delictos e de um mesmo delicto.

Tendo em vista éstas duas coisas a qualidade e a gravidade dos delictos, convem por consequente fixar duas regras ou medidas, uma para distinguir o valor relativo dos differentes delictos, isto he, a sua especie ou *qualidade*, outra para distinguir o *valor relativo* d'um mesmo delicto, acompanhado de circumstancias diversas, que podem augmentar, ou diminuir este *valor*, isto he, a sua *gravidade*.

A 1.^a medida consiste na maior ou menor influencia, que o delicto tem sôbre a ordem social do pacto, que se-quebranta; de sorte que a influencia do pacto expresso pela Lei, e violado pelo Réo sôbre a conservação da ordem, vem a ser a primeira medida do delicto, ou acção contrária á Lei. Este principio póde indicar as especies, e qualidades dos differentes crimes.

A 2.^a medida consiste no maior ou menor gráo de culpa, ou de dóllo, com que se-faz a violação do pacto, o que fórma as differenças, que existem entre duas violações de uma mesma Lei, acompanhadas de diversas circumstancias mais ou menos aggravantes.

Tambem não he preciso fallar aqui da 1.^a medida, isto he, das *qualidades*, e *especies* de crimes, de que agora não fallo: mas, suppondo já os crimes reduzidos a classes distinctas, fallarei tão sómente da medida 2.^a, isto he, da sua *gravidade*, que he o que serve para a materia, que agora trato.

Disse que o gráo de culpa ou de dóllo, com que se-violou a Lei, constituia a maior ou menor *gravidade* do delicto. N' ésta

parte pois entra necessariamente a consideração das *circunstancias*, que podem augmentar ou diminuir o *valor relativo* de cada especie ou qualidade do delicto.

Chamo *circunstancias* áquelles factos, que, sem alterarem a qualidade e especie do crime, augmentão ou diminuem o seu valor, isto he, que o-fazem mais ou menos *grave*, mais ou menos punivel relativamente ás pessoas, ao lugar, ao tempo, ao modo, á intensão, ou malicia, á reincidencia, e a outras muitas relações, de que já acima fiz menção; d'onde não se-hão-de confundir éstas *circunstancias* com as outras, que mudão a qualidade ou especie do delicto, como se-costumão vulgarmente confundir.

Não sendo éstas várias *circunstancias* verdadeiramente outra coisa mais do que os grãos maiores ou menores de culpa ou de dolo, que podem concorrer em um mesmo crime, he de necessidade reduzir a regras ou medidas geraes as *circunstancias* aggravantes d'um delicto, assignalando e fixando os diversos grãos de culpa, e de dolo, que n'elle póde haver.

Diversos grãos de culpa ou de dolo nos delictos relativamente ás circunstancias. — Estes grãos podem ser tres, a que todos os outros se-reduzão, como adverte com outros *Filangieri*, por quanto assim a culpa, como o dolo por suas circunstancias relativas, póde ser *maior*, *menor*, e *minimo*, e consequentemente póde o Legislador exprimir na Lei a existencia d'estes tres grãos nos delictos assim *culposos*, como *dolosos*; a saber, o *maximo*, o *medio*, e o *minimo*, ou *infimo*: por exemplo, nos delictos dolosos: 1.^o póde indicar-se por grão minimo de dolo aquelle, em que a causa do impulso foi muito forte, isto he, quando a acção foi commettida pela impetuosidade das paixões, porque aqui o grão de dolo he pequeno. 2.^o póde ser o grão médio de dolo aquelle, em que a causa do impulso foi fraca, isto he, quando a acção foi commettida a sangue frio, e com reflexão. 3.^o póde ser o grão último ou *maximo* de dolo aquelle, em que a acção foi commettida sem motivo, ou com motivo, mas de um modo cruel.

Diversos grãos de pena.

Ora assim como se-podem fixar tres diversos grãos de culpa, ou de dolo, a que podêmos referir todos os outros intermedios em um mesmo crime tambem se-podem distinguir para um mesmo delicto tres diversos grãos de pena, que lhe-correspondão, a saber, o 1.^o que será o minimo ou infimo, o 2.^o que será o médio, e o 3.^o que será o maior, ou maximo na sua es

O Legislador póde na theoria dividir os generos de delictos, e classificar as suas especies; póde fixar as penas a cada especie, e póde demarcar em uma mesma pena diversos grãos em geral ou

de sua duração, ou de sua intensidade; mas não pôde facilmente definir na Legislação em particular o valor devido á gravidade de cada variação na mesma especie, nem talhar a applicação prática da variação de uma mesma pena, que deve haver em cada caso; o que só depende de combinação de circumstancias infinitamente variaveis, que o Juiz lia-de reunir e avaliar, e que podem pesar mais ou menos no seu criterio.

Eis-aqui porque n'êsta parte deve necessariamente entrar o arbitrio prudente do Julgador; elle tem de fazer duas operações, 1.^a combinar as circumstancias do facto com as regras indicadas na Lei, e decidir com que gráo de culpa ou de dóllo o Réo e os seus cúmplices commettêrão o delicto; por quanto os que participárão directa, ou indirectamente da violação da Lei são todos culpados, mas em differentes gráos; pois que, contribuindo todos para a mesma violação, nem todos mostrarão a mesma preversidade nos meios, de que se-servirão: sendo por isso necessario no facto decidir do gráo da preversidade, que cadaúm d'elles manifestou no crime. 2.^a procurar e resolver no Direito a pena, que a Lei pronuncia á especie ou qualidade do delicto, e relativamente ao gráo de culpa ou dóllo de cadaúm dos culpados, agentes, e cúmplices, isto he, o gráo de pena proporcionado ao gráo da gravidade do crime de cadaúm.

Devendo pois o Juiz pela combinação das circumstancias decidir do gráo de culpa ou de dóllo, e pronunciar o gráo de pena relativo, convém que elle tenha o arbitrio, 1.^o para fazer livremente o juizo do gráo da gravidade do crime; 2.^o para fazer a escolha do gráo da pena, que lhe-corresponde dentro da mesma escalla.

Contra este methodo do arbitrio restricto e limitado, como aqui ponho, não correm as difficuldades e consequencias, que a principio aponte contra o arbitrio geral e absoluto: por quanto he muito mais facil distinguir, conhecer, e applicar o gráo de pena, do que fixar o seu genero ou a sua especie; e he menos perigoso o arbitrario no gráo da pena, isto he, na sua duração, ou intensidade, do que o arbitrario na especie da pena, isto he, na sua natureza e qualidade: no systema do arbitrio absoluto poderia a pena ser desproporcionada, e muito mais rigorosa do que convinha, ou por imprudencia, ou por malicia do Juiz; no do arbitrio limitado a pena he sempre a mesma, nem se-póde jámais mudar.

Dir-se-ha que, admittido assim mesmo o arbitrio, pôde sempre haver excesso ou de rigor, ou de brandura, impondo-se o grau ou maior, ou menor do que convinha; e que succederá de commum que o Juiz, já demovido ou de commiserção, ou de affeição, ou de natural timidez e fraqueza, escolherá antes o gráo menor da pena que o maior: ou já levado algumas vezes de paixões contra o Réo, o-carregará com maior duração, ou intensidade da pena, do que mereceria por seu delicto; mas o Juiz inteiro não commette

rá esta falta de justiça ; o que o não fôr commetterá ésta, e outras muitas, que a Lei não pôde bem evitar, senão pela escôlha de bons Juizes : comtudo não dâmos isto tanto a salvo, tanto em um, como em outro caso. Uma vez que o Juiz seja obrigado pela Lei a motivar o seu voto, declarando a qualidade do crime, e a sua gravidade, ou gráo de culpa ou de dóllo, isto he, as circumstancias mais ou menos aggravantes, que considera no crime, não poderá tão facilmente impor-lhe um gráo de pena, que lhe seja desproporcionado e desigual. Esta precaução saudavel da Legislação em mandar motivar os votos no Juizo prende as mãos aos Julgadores para não darem facilmente nem o gráo *minimo* da pena a um Réo, que merece gráo *maior*, nem o gráo *maximo* da pena áquelle, que merece o gráo *menor*.

Dir-se-ha finalmente que o arbitrio assim mesmo com toda ésta cautella pôde ser alguma vez perigoso : dou isto por certo, mas he o menos perigoso que pôde ser : tem-se muito imperfeita ideia da Legislação, quando se-imagina que o seu objecto he dar Leis, que evitem todos os males : he boa a Lei, que evita a maior somma d'elles.

**SE DEVE HAVER A MESMA PENA O CRIME NÃO CONSUMMADO,
QUE O CONSUMMADO.**

A questão não he se ha-de ser castigado o crime não consummado, porque he certo que o-deve ser : o culpado mostrou sempre a sua perversidade, e a Sociedade recebeu um funesto exemplo, d'onde existem os motivos de punir. A questão he se o homem ha-de ser punido pelo projecto e tentativa de um crime com a mesma pena, ou com o mesmo gráo de pena, que pela sua ínteira execução. Esta questão tem dividido os Legisladores e os Jurisconsultos.

Diversidade de sentimentos n'êsta materia.

Opinião 1.^a—Pela affirmativa estava a Jurisprudencia Romana na Lei 14. ff. ad Leg. *Cornel. de Sicariis*, em que se-assentou a regra geral = *In maleficiis voluntas expectatur, non exitus* = ; sobre o que escrevem *Cujacio* no Liv. XIX. das Observações Cap. 10, e *Binckershooch* no Liv. III. tambem das Observações Cap. 10 : para ésta parte vão, entre outros, os dois modernos Mr. *Serviz* na sua Legislação Criminal Liv. I. Repr. 4.^a, e *Filangieri* na Sciencia da Legislação, tom. 4.^o

A Legislação moderna do Imperador José II. no seu novo Código Criminal, publicado em Vienna em 1787 Cap. I. §. 9. esta-

belece o mesmo = Ainda que o só pensamento, diz elle, ou sentimento interior não baste para constituir um delicto criminal, contudo a empreza de uma acção criminal vem a ser um delicto, tanto que aquelle que a-intenta fazer se-prepara para a-executar, e manifesta ésta mesma intenção por algum signal, ou acto exterior, posto que a acção mesma não tenha sido consummada, se a por effeito do acaso, seja por qualquer outro impedimento superveniente. = O mesmo declarou o Imperador Francisco II. no seu novo Codigo dos Delictos de 1803 no Cap. VII. §. 53. O Codigo Francez dos Delictos e das Penas, tom. II. pag. 142, manda punir como crime = toda a tentativa manifestada por actos exteriores, e seguidos d'um princípio, ou comêço d'execução, quando elle se não suspendeo senão por circunstancias fortuitas, independentes da vontade do Réo. =

Com effeito parece á primeira vista que a vontade e intenção de violar a Lei, quando ella se-manifesta exteriormente por actos tendentes á execução de um delicto, ou por actos em si mesmos contrarios á Lei, he já uma real violação; a vontade mostra-se plenamente criminosa, posto que o acto principal e final não tenha sido completamente executado, mas só começado, ou ainda simplesmente projectado, pois que o Réo annuncia pelos factos ou signaes o que tem resolvido no seu coração, isto he, uma vontade plena e inteira, uma vontade firme e de reflexão para obrar o maleficio, a qual contem essencialmente o crime; pois que a vontade he propriamente a que he criminosa, e se elle com a só vontade fez menor mal, se não completou a sua obra, foi porque o seu poder não correspondeo á sua malicia. E'sta he a somma dos Principios e Reflexões de *Filangieri*, e de *Servin*; mas tudo isto próva que o attentado deve ser punido, do que se não póde duvidar; mas não convence que o-deva ser com a mesma pena, ou com o mesmo gráo.

Opinião 2.^a — Os Criminalistas vão, pelo commum, para a parte contrária, *Bynkershoock* na Observação III. entende que, não havendo Lei especial, se não ha-de castigar a tentativa com a mesma pena que o effeito. A Legislação d'Inglaterra não applica a pena ao crime senão consummado; menos em alguns poucos casos, em que a-extende ao crime, ainda quando he só tentado e começado.

A Lei Ingleza suppõe favoravelmente, como quer *Blasckton*, que o homem ainda depóis de taes projectos póde mudar de resolução e vontade, e que as mesmas aproximações para a consummação do crime podem intimidallo, e fazer-lhe abandonar a sua empreza. Accrescenta, que o damno que se-cause á Sociedade he uma das principaes medidas da gravidade do delicto, e que a Sociedade pela simples tenção de se-commetter o delicto recebe me-

nor mal, do que pela sua execução; d'onde conclue, que a só vontade, a só simples tentativa do crime, não deve ser sujeita á mesma pena, ou gráo de pena, que a sua effectiva execução.

E'sta doutrina he conforme á do Jurisconsulto Romano *Satur-nino*, que entendia que muito se devia considerar no crime o seu acontecimento ou effeito; porque este servia para determinar o gráo da pena, não sómente sôbre a intenção do delinquente, mas tambem sôbre o mal, que causou á Sociedade com a sua acção.

Differença do Projecto manifestado, da execução começada, e da execução consummada.

Parece-me comtudo que n'êsta materia se-poderia fazer differença, e distinguir tres tempos, ou acções, a do projecto *manifestado*, a da execução *começada*, e a da execução *consummada*.

Não fallo do simples projecto, em quanto resta no segredo do coração, porque ha vontade de violar a Lei, mas não he ainda violação, e sem ella não ha delicto: demais sendo um acto occulto, nem he, nem póde ser punivel.

O projecto *manifestado*, que he o que se-declara por acções, ou signaes externos, que não são em si mesmos prohibidos pela Lei, parece que tambem se não deve punir, porque não ha ainda n'este caso acto algum de violação, posto que haja a vontade de violar: porque o delicto suppõe o concurso da vontade com o acto; e assim como a Lei não póde, nem deve punir o acto sem a vontade, parece que não póde nem deve punir a vontade sem o acto. Alem d'isto, ao simples projecto póde dar occasião não uma deliberada malicia, ou maldade habitual, mas o delirio da colera, da vingança, e do ódio, ou de outros sentimentos momentaneos de uma paixão violenta, que acabão muitas vezes logo que entra a reflexão, ou quando se-trata de realisar, e effectuar o projecto.

Se porém o projecto se-manifesta por signaes, ou actos prohibidos pela Lei, já deve ser punido; porque então ha já violação da Lei, mas punido com menor pena, do que se-fosse começado ou consummado.

A execução *começada* e não *consummada*, que he a que contém os primeiros passos e actos tendentes directa e immediatamente para a acção principal do crime, deve ter a mesma pena que a consummada, mas não o mesmo gráo, porque, se em um e outro caso ha a mesma malicia, não ha o mesmo damno á Sociedade: antes quanto mais dista o feito da sua consummação, tanto menos mal resulta á Republica, e cumpre por isso impôr menor gráo de castigo, e *deixar*, diz advertidamente Beccaria, *ao que começou o crime algum motivo, que o-desvie de o-acabar e consummar.*

Pelo que parece que deve fazer-se êsta distincção importante entre o crime *projectado*, o *principiado*, e o *consummado*; e se os

Jurisconsultos querem, pelo commum, que os crimes de Lesa Magestade, de traição, etc. ainda que simplesmente projectados, e manifestados se-devão castigar como se effectivamente tivessem sido consummados, « Ignoro, (darei com o douto Philosopho e Criminalista *Paulo Rissi*), ignoro em que se-fundão, e que razões sólidas possão ter para tal dictado. »

SÔBRE OS CUMPLICES.

He princípio certo que o crime não recae sômente sôbre o Author, ou agente principal e immediato da acção, mas tambem sôbre os cumplices.

Chamo *author* ou *agente principal e immediato* ao que commetteo e executou immediatamente por si mesmo a acção, ou acto do delicto, seja obrando solitariamente, seja com outros Corréos unidos em massa.

Chamo *cumplices* a todos aquelles que, de qualquer modo que fosse, de proposito influirão e cooperarão para a acção criminosa do author e agente principal, ou tiverão parte n'ella, ou d'ella participarão, ou deixarão de a-evitar devendo e podendo.

De todos estes, assim authores, como cumplices, uns são *causas physicas*, e outros *causas moraes*. Chamo *causas physicas* aos que por obra corporal commettêrão a acção, ou omissão criminosa, ou para ella contribuirão, e cooperarão por influxo e concurso real, isto he, por factos proprios de ajuda, ministerio, socorro, e assistencia pessoal, ou antes, ou no curso e progresso da acção.

Chamo *causas moraes* aos que, sem concurso physico, influirão na acção ou omissão alheia por palavra seja de mandamento, de conselho, e de persuasão; ou de qualquer outra instigação, e induzimento, seja de consentimento, de approvação, e de confirmação verbal.

Podem figurar-se *tres generos de Réos, como causas physicas*.

1.º O que teve influxo e concurso real e principal, tentando ou commettendo a acção criminal immediatamente por si mesmo, seja só, seja com outros agentes, e corréos. 2.º O que teve influxo ou concurso real e ministerial dando ajuda ou ministerio ao delinquente principal, isto he, o que ajudou pessoalmente a tentar ou commetter o delicto por factos physicos; que em todo ou em parte prepararão, ou facilitarão, ou promoverão a sua execução; ou elle os-prestasse antes da mesma acção, ou no momento d'ella, ou depois d'ella; ou fosse a ella presente para animar o author com a sua mesma presença, ou ajudallo, se assim fosse preciso, no momento da execução, e complemento da acção. 3.º O que

d'ella participou, isto he, o que por convenção antecedente se ajustou a tirar interêsse do delicto.

Podem contemplar-se outros *tres generos de Réos como causas moraes*, a saber: 1.^o O que mandou commetter o delicto, ou aconselhou, e persuadio. 2.^o O que consentio, approvou, ou ratificou o delicto, ou ministrou meios para elle por palavra. 3.^o O que não impedio o delicto, sendo a isso obrigado de justiça.

Isto posto, sendo certo que não ha outros principios das acções humanas livres, senão o entendimento e a vontade; e que, concorrendo uma e outra nas causas physicas, e nas moraes, se-ha-de fazer necessariamente a ambas ellas a imputação das acções do homem, quando ambas concorrem, e cooperão entre si para a commissão, ou omissão criminal: he claro por consequente que a sancção penal deve comprehender não só os authores do crime, mas tambem a todo o genero de cumplices ou physicos ou moraes na distribuição geral d'estas classes de cumplicidade.

Todos estes pois devem sem dúvida ser punidos; e mas devem-o ser todos elles com a mesma pena imposta aos executores, e agentes immediatos do crime?

Eis-aqui o que entendi que devia agora examinar. N'esta parte acho duas opiniões entre si contrárias.

A 1.^a opinião vai para a inteira igualdade das penas, querendo que os cumplices sejam punidos com as mesmas penas, que os principaes agentes; por quanto considerou-se que todos os authores e cumplices d'um crime concorrêrão da sua parte para tudo, o que julgárão mais proprio para o complemento da acção criminosa; sendo de crer que alguns d'elles se não absterão do mais que não obrárão, nem concluirão por si mesmos, senão na ideia de que os outros o-farião por elles. Para aqui forão as Leis Wisigothicas, e vai modernamente o Codigo Francez dos Delictos e Penas, que pronuncião o mesmo supplicio a todos os cumplices, que ao author do delicto. - Tom. II. tit. III. pag. 61.

A 2.^a opinião encaminha por outra via; e entre os que a-seguem se-contão tres Criminalistas de nome: um d'elles he *Blackston* nos Commentarios ás Leis d'Inglaterra, e outro *Manoel de Lardizabal* no Discurso sôbre as Penas; os quaes querem que, não havendo Lei especial, os executores de um crime, em geral, sejam mais severamente punidos do que os outros, *para que seja mais difficil*, dizem elles, *de os-achar*.

Beccaria conspira nos mesmos sentimentos. = Quando muitos homens, diz elle, se-unem para correrem um perigo commum em algum attentado, quanto o perigo he maior, tanto elles mais se-esforção pelo fazer igual para todos. As Leis, pois que castigarem os authores immediatos, ou executores do crime mais severamen-

te que os simples cúmplices, farão com que este risco não possa correr a todos elles com igualdade, e que seja mais difficil achar um homem, que queira dar a sua mão a um crime meditado vendo que corre maior risco que os outros pela differença do maior castigo, a que se-expõe. Mr. *Bernardi*, nos seus *Principios das Leis Criminaes*, adopta os mesmos sentimentos de *Beccaria*.

E'sta razão he muito de attender, mas não basta para estabelecer n'êsta parte a differença ou desigualdade das penas; cumpria acrescentar a differença da malicia dos Réos. Uma das medidas para a maior ou menor gravidade das penas he a maior ou menor malicia e maldade do Réo: ora a malicia e maldade do agente physico, ou executor do crime, pelo commum, deve sempre considerar-se maior, que a do agente moral; porque o primeiro rompe por maiores difficuldades e obstaculos ao querer executar e consummar o seu crime; desbarata com todos os remorsos da consciencia, e com a natural repugnancia, que sempre mostra ter a Natureza á maldade nos momentos, em que ella vai a executar-se: o segundo porêm, longe da execução real do crime, desviado do espectáculo da acção, tem menos horrores, tem menos motivos, que o-suspendão nas suas intenções e projectos. Isto por via de regra.

Do primeiro sabemos que tentou ou consummou effectivamente a acção; do segundo não sabemos se elle, havendo de a-executar por si mesmo, a-chegaria a começar, ou a consummar; se elle se-arrependeria antes da sua execução. Quantos quererão commetter o mal, mas não ousão? Quantos, que tendo maldade para conceber o crime, não a-terião tamanha para o-executar por si mesmos?

Para resolver êsta questão, e tratar exactamente êsta materia, convem recorrer aos *Principios da imputação das acções*, e de seus diversos grãos. He certo que as causas ou physicas ou moraes nem sempre obrão com igual influxo e concorrência: por tanto a imputação para a maior ou menor gravidade do crime não pôde ser sempre igual, quando o não são as causas d'elle: d'onde, a pena deve vir em proporção da gravidade da sua cumplicidade segundo as circumstancias.

Distincção da vontade efficaz, e da vontade menos efficaz dos Réos.

A este fim *Koeclero* Philosopho Sabio, e depois d'elle *Genovesi* com outros, distinguirão justamente entre a vontade efficaz, cu aquella, cujo esfôrço bastou para produzir, ou suspender o acto, ou sem a qual o outro não obraria, ou não omittiria a acção; e a vontade *menos efficaz*, ou inefficaz, que era aquella, que não bastava quando o outro ainda assim obraria, ou omittiria sempre a acção criminosa.

D'êsta differença e distincção, que me-parece bem fundada, resultão dois Principios, porque deve guiar-se a Legislação n'êtas materias criminaes.

1.º Se o concurso de ambas he igual, a acção criminosa deve imputar-se não menos á causa moral, do que á causa physica. 2.º Se o concurso de ambas he desigual, deve-se imputar mais áquelle, que mais influio na acção criminosa.

No 1.º caso entendo que o author e os cumplices devem ter a mesma pena, e no mesmo gráo, pois que a influencia foi igual. No 2.º parece que deve haver differença ou na pena, ou no gráo d'ella; pois que a influencia foi diversa e desigual; dando-se maior castigo ao que teve maior influencia no crime.

Assim a causa moral deve ter mais grave pena, ou maior gráo do que a physica, quando a physica nada obraria sem a moral; como acontece nos mandantes, instigadores, motores, seductores, conselheiros, e persuasores com pessoas; que tem debaixo de sua authoridade = *Ipse damnum dat, qui jubet dare* = L. 169. ff. de Reg. Jus. = *Nihil interest an occidat, an causam mortis praebeat.* = L. 37. ad Leg. Aquiliam. — Taes são, o General, o Pai, o Senhor, o Mestre, etc., que mandão, ao Soldado, ao Filho, ao Servo, ao Discipulo, commetter o delicto, que não commetterião, se o respeito, a authoridade, o medo, a seducção os não impelisse, e resolvesse áquelle acção criminosa; porque n'êstes casos a causa moral he a principal e efficaz, e menos a physica.

Pelo contrário deverá ser punido com mais rigor a causa physica do que a moral, quando a vontade foi inefficaz na causa moral, e efficaz na causa physica, que ainda sem a outra sempre obraria, ou omittiria a sua acção: assim o que só deo consentimento, e approvação para o crime merece menor pena, ou menor gráo como causa moral menos efficaz, do que a causa physica da acção criminosa.

Para se-fazerem êtas differenças, que não podem ser miudamente demarcadas na Legislação, he que deve servir a escalla dos diversos grãos de pena, e o systema do arbitrio restricto dado aos Julgadores, na maneira, que acima dissemos.

SÔBRE MATERIA DE CUMPLICIDADE.

Os cumplices, sendo culpaveis por tudo, que toca áquelles actos criminosos, não o-são pelos outros, que se-seguirão, diversos e distinctos dos que se-mandárão, aconselhárão, auxiliárão, etc. mas ficão só culpados por aquelles, que consequentemente se-commetterão, quando o crime, que se-mandou, aconselhou, ou auxiliou;

era da mesma natureza, que o outro, que d'elle resultou, pois que, mandando-se, aconselhando-se, ou auxiliando-se o primeiro, se julga ter-se mandado, e aconselhado tambem o segundo.

Deve excluir-se da cumplicidade 1.^o O que sem antecedente intelligencia, depois do delicto commettido, deo ajuda ou assistencia ao delinquente, ou ao seu cumplice. 2.^o O que tendo conhecimento do delicto já commettido tirou d'elle voluntariamente alguma utilidade, e proveito. — Nenhum d'estes concorreo para a acção criminosa; comtudo, se um e outro não he cumplice, ambos por certo são culpaveis d' um delicto particular, porque devem ter castigo.

Disse, *sem antecedente intelligencia*, porque, no caso em que antes tivessem feito convenção com o author, pela qual se-obrigassem, depois que o delicto se-commettesse, a tomar as partes do Réo, ou a procurar-lhe soccorro, ajuda, ou assistencia, ou a receber utilidade do delicto, então se-deverião haver igualmente por cumplices do mesmo crime.

3.^o Devem excluir-se tambem da linha dos cumplices, e ainda com mais razão, os que louvãõ, ou approvãõ o crime, já depois de commettido; pois que estes não concorrerãõ para elle; como bem notou Coccei. tom. II. Disput. 30 de Sac. Crim. §. 15 e seguinte.

SÔBRE O QUE NÃO IMPEDIO O MALEFICIO, PODENDO.

Póde haver dúvida, se n'estes generos de crimes, como em outros gravissimos contra o Estado, deve entrar na ordem dos cumplices o que maliciosamente não impedio o delicto commettido podendo, ou não dissuadio o seu author de o-commetter.

He certo que segundo as regras e principios geraes a imputação se-faz não só aos factos positivos, que consistem em commissão, mas tambem aos factos negativos, que consistem em omissão; e portanto devem imputar-se não só aos agentes, mas tambem aos omissos, os quaes entrãõ na classe das causas moraes, pois que deixarãõ de fazer aquillo, a que estavãõ obrigados. Ora n'êsta parte podem considerar-se duas classes de omissões, mais ou menos culpaveis.

À 1.^a he dos simplicies Cidadãos, isto he, d'aquelles, que só são obrigados pelo vínculo geral da Sociedade Civil a impedir e embaraçar, quanto está da sua parte, os males, que se-querem fazer ao Estado. Estes são certamente culpaveis, e devem haver-se por máos Cidadãos, e dignos de serem privados d' algumas vantagens da Sociedade, de cujo bem não cuidarãõ pela omissão, com que se-houverãõ.

A 2.^a classe he dos Cidadãos, que são obrigados a este passo, não só pelo vínculo, ou pacto commum da Sociedade, mas muito particularmente por seu proprio officio, superintendencia, ou cargo, em razão do qual devião acudir pelo bem da Sociedade. Estes são ainda mais dignos de castigo, porque violão duas obrigações, ou pactos: assim o Pai, o Educador, o Mestre, o Magistrado, os Guardas, Depositarios, e Ministros das Leis, os Agentes da Fôrça Pública, todos aquelles, a quem está commettido ou por Lei, ou pela mesma natureza do seu cargo e ministerio, ou por particular commissão, o cuidado e vigilancia nas coisas do Estado, ou a direcção das mesmas pessoas, que commettem o crime, são muito mais culpaveis que os outros quando, podendo, deixáráo de embarçar o delicto.

Mas sendo ambos culpaveis por sua omissão, ¿serão ambos reputados por cúmplices?

No 1.^o caso parece que só ha um simples crime, e que se não deve ter, nem punir o Cidadão infiel, e como cúmplice do crime, quando elle não teve nenhuma parte, ou influencia na acção: alem d'isso convém distinguir entre a malicia de um malvado, e a fraqueza de um homem tímido, que talvez receou metter-se em uma situação de consequencia; e para ésta parte se-inclina o Criminalista *Servin*.

No 2.^o caso parece pelo contrário que se-deve reputar participante da cumplicidade, ainda que em menor grão, pois que, deixando fazer o mal, que podia, e devia evitar por seu mesmo Officio, veio a dar-lhe ajuda com o seu silencio, e a mostrar que tacitamente consentia, e approvava o facto alheio: sendo quasi tão culpavel na imputação moral o que não evita o mal, que se quer fazer, podendo e devendo, como aquelle que o-faz.

Era antiga Legislação no Egypto, que, o que não impedia o crime, podendo, tinha a mesma pena que o seu author: modernamente o Codigo do Imperador Francisco II. sôbre os delictos no Cap. 7. §. 54. p. 32, e §. 191, e 192. p. 83, nos crimes de alta traição considerou geralmente a omissão como uma cumplicidade; sem especificar nem um, nem outro caso: o que se acha tambem em alguns outros Codigos. O Codigo moderno dos delictos da França falla da omissão d'aquelle, que podia e devia impedir a acção, ordenando que ésta nos crimes d'alta traição se-considerasse como uma cumplicidade, e fosse punida com a pena de carcere durissimo por toda a vida, e parece referir-se sómente ao 2.^o caso.

A RESPEITO DO QUE SABE O MALEFICIO,
E NÃO DENUNCIÁ.

Póde questionar-se se convêm que se-compreenda na classe dos criminosos o que, sabendo com certeza do projecto d'algum d'estes maleficios, deixa de o denunciar ao Magistrado, ou Superior, a tempo de se-podêr prevenir, e evitar os seus effeitos ou em todo, ou em parte.

A 1.^a opinião n'êsta materia he, que todo o Cidadão, que sabe que se-trama um crime contra o Estado, ou algum de seus membros, deve sem dilação denunciá-lo ao Magistrado. *Platão* no Dialogo IX. dos Liv. das Leis era d'estes sentimentos, e com effeito entre os Gregos n'estes casos era o silencio um crime: tambem o-foi na meia idade, e depois nas Legislações posteriores das Partidas d' Hespanha, de Suecia, Dinamarca, Holanda, França, Milão, Sardenha, e Austria, e modernamente no Codigo dos delictos de 1803 do Imperador Francisco II. A nossa Legislação geral com grande desproporção só falla dos Silenciaris nos crimes de Moeda falsa. Liv. 11. Tit. 12. §. 1, e 6: a Ordenança particular do Art. XIV. dos de Guerra, só no caso de Deserção, impondo-lhe pena de Forca (o que não tinha sido ordenado no Art. 223. das novas Ordenanças) e o Art. XV. fulmina a mesma pena nos delictos de motim, ou de traição.

Os Escriitores Criminalistas, fallando á Lei *Julia Majestatis*, vão por êsta róta; e taes são, entre os modernos, por não referir os mais antigos, *Gundlingio*, *Boehmero*, *Renazi*, e *Servin*, e este último não escusa os Silenciaris em nenhuma supposição possivel, tendo, que a obrigação de revelar o delicto he a primeira obrigação de todo o que vive na Sociedade; e que o Cidadão, que se-põe em silencio, prefere o interêsse de um homem, ou de poucos homens infieis ao de muitos homens fieis ao Estado; antepondo o bem de um particular ao bem commum da sua Patria; e que n'estes termos vem assim a favorecer o réo, e a consentir e approvar tacitamente o seu delicto, fazendo-se d'algum modo cúmplice da sua infidelidade.

Nem póde haver desculpa, que o escuze, pois que parece que não ha motivo sólido, que o-deva pôr n'êsta indifferença, porque entre elle e o réo, geralmente fallando, não medião outros sentimentos, que vencer, senão os naturaes de homem a homem, que cêssão muitas vezes em differentes successos da vida humana, e da Patria, quando assim o-pede ou a Justiça, ou o interêsse público. Nem tambem o-póde desculpar a repugnância, que se-sente nas delações, porque a denúncia em semelhantes casos, parece que longe de ser da classe d'aquellas delações odiosas, que tanto tem deshonorado os Governos de muitos Prin-

cipes, he um acto digno do Cidadão, porque vem a ser um effeito do patriotismo, um auxilio que se-presta ao Estado, e se-prática em nome das Leis e da Patria; dirigindo-se menos a delatar o delinquente, que a prevenir os males, que podem resultar do seu delicto. Eis-aqui as razões pela 1.^a Opinião.

Pela parte contrária estão alguns Criminalistas, e particularmente o moderno *Filangieri*, elle clama contra a tyrannia das Leis actuaes da Europa, e da prática, que costuma haver n'estes casos; clama que a Legislação moderna, n'esta parte; he mais cruel que a antiga, e se não acha em nenhuma Lei de Sylla, de Tiberio, de Domiciano, e de Arcadio e Honorio, nem d'algum outro monstro Coroado entre os Romanos, nem ainda no Tyranno de *Siracusas*.

Em verdade os Romanos, cuja Legislação em crimes de Lesa Magestade era muito feroz e barbara, não comprehendêrão n'ella os simples Silenciaros, n'este, ou em outro algum delicto; e se alguns Criminalistas allegarão com a Lei 65. Cod. ad *Legem Juliam Majestatis*; e com a Lei unica Cod. de *Raptu Virginum*, por certo não attentarão pelas palavras d'estas Leis, que fallão dos silenciaros, que accompanhavam e escoltavão os réos sabendo-o = de *Satellitibus Consciis* = e dos outros Silenciaros, que cooperavão para o delicto = *conscii, et ministri hujus criminis.* = Os Inglezes rigidos e severos em castigar o crime de conjuração, só impõem multa ao Silenciaro. (Couvell. Inst. Jus. Angl.)

Com effeito por esta 2.^a Opinião ha algumas razões, que não deixão de ter pêsso, quaes são: 1.^o o horror e violencia, que se-sente, pelo commum, em denunciar os crimes alheios, o que ainda mais se-sentirá entre pessoas Militares, em quem predomina a honra e certos pondonores, e esmeros de brio, o que fará que a Lei seja sempre de mui difficil observancia. 2.^o a difficuldade que póde ter o denunciante em provar sufficientemente a delação ou denúncia, e o temor de ser tido por Calumniador. 3.^o o temor que por esta via se-dê azo a delações falsas, ou odiosas. 4.^o a mutua desconfiança que vem a introduzir-se entre os homens, mais sensivel ainda, e de mais temerosas consequencias, quando he entre pessoas Militares, que vivem como socios e camaradas.

Póde ainda entrar em dúvida se o Silenciaro deve denunciar o réo não só antes de se-realizar o delicto, mas ainda depois, quando já se-tenha realisado, e consummado, e sem mais algum ulterior effeito; e isto não já para precaver, e evitar o mal, mas só para se-apprehender e castigar o delinquente. Nos crimes de Lesa Magestade em diversos Estados da Europa tem-se punido o simples silencio n'este caso.

A RESPEITO DO QUE SABE, E NÃO DENUNCIÁ
SENDO PARENTE OU AMIGO.

Questão 1.^a a respeito dos Parentes. — Póde duvidar-se, no caso de se-admittir a obrigação de denunciar o delicto, se convêm d'ella exceptuar as pessoas unidas ao réo pelos vinculos do sangue na Linha ascendente e descendente, e os Irmãos e Mulher, uma vez que conste, que sabendo do projecto do delicto, não fizerão a diligencia, que n'elles cabia para o-desviarem. Acho que teria sido melhor resolver, e enunciar isto claramente na Lei, do que ter guardado um tímido silencio.

N'esta parte ha tambem duas opiniões encontradas: 1.^a os que admittem a denúcia como necessaria admittem igualmente a obrigação dos Parentes em denunciar n'estes casos; entendendo que todas as razões, que ha para obrigar os Cidadãos em geral á denúcia, correm com passo igual a respeito dos Parentes mais chegados: taes são *Gundlingio*, *Boehmero*, *Mr. Dentand*, e até *Mr. Servin*, sem embargo da muita humanidade e brandura, que respira em seus Escritos.

Seus fundamentos. — Elles põem como um Dogma Sagrado, que o verdadeiro amor da Patria deve suffocar a voz do sangue, e embargar os sentimentos da Natureza; pois que o homem pela promessa solemne, que se-juiga ter feito, entrando na Sociedade Civil, e que renova a cada instante pelo gôso dos bens, que elle lhe-procura, contrahe a primeira das obrigações do Cidadão, que he antepôr o bem público ao particular; que elle se-obrigou a contemplar mais a Patria que aos seus, e a preferir sempre, nos casos de collisão, os interêsses da grande familia do Estado aos da sua propria familia, os da amizade da Patria aos da amizade particular do homem; que a amizade do sangue vem a ser um crime quando ella serve d'obstaculo voluntario ao bem da Republica.

Considera-se além d'isto uma razão de conviniencia do Estado, qual he, que sendo estes crimes, pelo commum, projectados, e tentados mais occultamente, e com mais disfarce, e sendo por isso mesmo mais difficis de se-saberem, tanto mais se-faz necessario facilitar as denúncias, ou meios de se-descobrirem por via dos mesmos parentes, que são os que pelo trato mais íntimo entre si podem mais facilmente vir no seu conhecimento.

Outros, pelo contrário, sem negarem o direito, que tem o Legislador d'exigir dos subditos semelhante sacrificio, todavia concordão, que não convem usar d'eille por outras razões e motivos, que costumão ponderar.

Seus fundamentos. — Em 1.^o lugar obrigar o Filho a sacrificar á

Pátria o Pai, que lhe-deo o ser, e vice-versa, o Pai a sacrificar o Filho; o Irmão o Irmão; a Mulher o Marido, he fazer durissima violencia á Natureza, he romper a união, que reina e deve reinar entre os Parentes, e destruir os Direitos mais sagrados da humanidade; he forçar o homem a usar do testemunho da sua mesma voz para perder os seus, oppondo-se aos sentimentos mais vivos, e constantes do coração humano, que não cedem facilmente ás Leis Sociaes e Politicas: o homem interessando-se e commovendo-se sempre por aquelles, a quem está unido por vinculos tão estreitos; e não podendo conciliar as obrigações d'obediencia á Lei com as do sangue e amizade natural, resiste sempre em prestar a sua voz para os fazer desgraçadas vítimas da Justiça. *Por maior que seja, diz Brissot de Warville, a obrigação social, ella cede, e deve ceder sempre ao sentimento da natureza.*

A Lei pois n'estes casos desbaratando com as attenções e respeitoos reciprocos, que naturalmente se-devem ás pessoas de uma mesma familia, e que ella deve confirmar e sustentar, vem a ficar sempre em continuado combate com o amor natural entre os parentes: o Vassallo fica posto sempre na cruel alternativa, ou de perder e sacrificar o seu parente á Justiça obedecendo á Lei, ou de se expôr a ser elle mesmo punido pela affeição natural, que tem aos seus, se os não perde e sacrifica: e na Legislação convem muito não ordenar coisa alguma, que ponha o homem em uma lucta entre o seu coração e a Lei: jámais haverá costumes aonde as Leis Civis ajudão o Cidadão a violar as Leis da Natureza.

Dentand querendo conciliar de algum modo a necessidade da denúncia com os sentimentos da Natureza pondera que o que quer subtrahir o seu parente ao supplicio tem sempre a alternativa ou de guardar silencio a seu proprio risco, ou de declarar ao réo, que o-vai denunciar, o que lhe-deixa a liberdade de fugir ou desertar.

; Mas quanto desdiz e desmente este arbitrio da boa Philo-
phía, que elle mostra ter em outras doutrinas das suas obras! Isto he uma alternativa terrivel, em que o homem acharia sempre extrema violencia, qualquer que fosse o partido, que tomasse, e se-exporia sempre ou á viugança da Lei, no 1.º caso, ou ainda á do réo no 2.º; isto he, ou a ser condemnado por criminoso, ou a ficar exposto ás iras e maquinações de um réo, que visse na eminente denuncia de seu parente a sua futura desgraça.

Em 2.º lugar, a opinião pública he sempre contra o delator do seu parente, e a favor do silenciario; porque, quanto ao delator, a opinião pública reputa ésta acção por indigna, deshonorosa, e infame, e condemna e detesta o parente, que a-pratica. Quanto ao silenciario, a opinião pública, longe de o condemnar, quando a Lei o-condemna, o-louva por fiel aos sentimentos do

seu sangue ; e quando elle vai ao lugar do supplicio , não vê n'este réo senão uma victima de honra e de constancia : os espectadores no acto do supplicio applaudirão a sua virtude e heroicidade , e maldirão a Lei , que o condemna , e o Magistrado , que o castiga.

Ora he uma regra e maxima , que estabelece a razão , que a Lei não deve ser directamente opposta á opinião pública , muito mais no Estado Militar , em que a honra he o primeiro e principal agente das acções : quando as Leis Civis são contrárias a certas Leis de opinião , cumpre que o Legislador faça calar as primeiras , até que possa corrigir as segundas ; para que não succeda , com funesto divórcio entre a opinião e a Lei , que elle venha a condemnar aquelle a quem a opinião pública absolve , ou a absolver aquelle , a quem ella condemna.

Por tanto pôde bem parecer que este Artigo não deve entrar na Legislação para o castigo ; mas antes exceptuar-se da regra geral da delação ou denúncia , se ésta se-admittir ; a entrar porém deverá ser com menor pena , ou pelo menos em menor gráo ; pois que he de necessidade distinguir , como acima disse , a malicia perigosa d'um malvado , da fraqueza de um homem , que cede aos sentimentos da Natureza , e da Amizade.

Questão 2.^a a respeito dos Amigos do réo. — A questão pôde excitar-se tambem a respeito dos amigos intimos , ou como lhe chama a Ordenação *Especiales* , de que ella falla no Liv. V. no §. final do Tit. VI. , e no §. 37. do Tit. XXXVII. para o caso das Testemunhas : e de que se trata na Lei 3.^a D. de Testibus ; e na Lei 5.^a C. de Testibus. Lembra facilmente n'êsta matéria o caso bem memoravel do desgraçado Francisco Augusto de Thou ; Conselheiro d'Estado , que acabou seus dias no Cadafalso , lamentado em toda a França pela sua innocencia e pelos seus talentos , por não sacrificar um intimo amigo , deixando de revelar a conspiração do Marquez de Cing Mars , a quem tentára desviar do seu projecto , por todos os meios , que lhe-forão possiveis.

SÔBRE OS QUE SE NÃO HÃO-DE REPUTAR CUMPLICES.

Não comprehendo entre os cúmplices os que dão asylo aos malfeitores d'este genero ; porque ainda que pareça que estes accederão d'algum modo ao crime , dando couto aos que o-commettêrão , e occasião a que elle se-commetta mais facilmente , augmentando-se com isto entre os réos a esperanza da evasão e impunidade , com tudo isto não he propriamente querer o crime , não he consentir no delicto alheio ; pôde-se detestar a maldade ,

e todavia por amizade ou compaixão, ou amor do lucro, dar pouxada e agasalho ao delinquente; o que se ha-de entender quando os receptadores não tiverão parte no delicto, nem derão a casa para elle, nem com intelligencia antecedente se-ajustarão com o réo de lhe-dar asylo e couto, depois de commettido, cu de tirar d'elle algum proveito.

Todos estes porém se não são cúmplices, são todavia culpaveis, pois que dão occasião com isto a que os réos se-possão escapar mais facilmente; pelo que devem sempre ter alguma pena.

Quizera fazer aqui excepção dos que acolhem os seus parentes criminosos, pois que este acto he effeito do sentimento e interêsse natural das famillias, que demanda indulgencia ou escusa, quando não he acompanhado de violencia, e ésta indulgencia parece ser ainda mais de equiedade ou de razão, se nos lembrarmos do imperio da opinião contra as familias dos condemnados a penas deshonrosas.

Já por estes motivos me-pareceo que convinha exceptuar o silenciaro, que não delata o seu parente criminoso; com tudo denunciar e delatar o seu parente he um acto violento e duro, a que se não deve obrigar o Cidadão; não o-he tanto o denegar-lhe pouxada e couto: no 1.º caso a sua delação levaria o seu parente ao supplicio, e á deshonra pública; o que assaz desculpa a quem he humano e sensivel para querer perder os seus: no 2.º caso a denegação da hospedagem, ou do asylo, e couto, não poria o seu parente em tão terrivel situação, nem lhe-traria tão grande mal que não podesse ter outro recurso; o que faz desculpar menos a quem recebe e acouta o criminoso.

O Imperador José II. nos §§. 81, 82, 83, e 84 nos crimes d'alta traição mandava tratar com menos rigor ao que occultava o seu parente em linha recta, e na collateral ao irmão, a mulher, ou cunhado; com tanto que não tivessem contribuido d'algum modo para a execução do delicto.

SÔBRE A PROMESSA DE IMPUNIDADE AO CORRÉO, QUE DELATA.

A concessão d'impunidade dada ao Corréo, que delata he em geral conforme ao espirito da Ordenação do Reino no Liv. V. Tit. VI., e a que se-deo lugar em muitos Codigos: ella tem grandes iaconvenientes, e tem grandes vantagens; uma e outra coisa ponderarão sabiamente o *Marquez de Beccaria*, e Mr. *Bernardi*.

Os inconvenientes são 1.º, que pela promessa da impunidade

vem a Sociedade política a authorisar a traição e a perfidia detestada ainda dos malvados entre si ; não sendo da sabedoria e prudencia civil induzir os homens , ainda que máos , e mesmo para bom fim , a serem perfidos , e a accostumarem-se facilmente á traição e á aleivosia. 2.º Que por este modo se-fomentão os crimes de fraqueza e laxidão , mais funestos a uma Nação , e muito mais ao Estado Militar , que os de audaz animosidade e de coragem. 3.º Que as Leis que empregão este meio se-desauthorisão , mostrando a sua fraqueza em aproveitar o soccorro d'aquelle mesmo , que a-offendeo. 4.º Que ésta Legislação anima a esperanza d'um assassino , que vê pôde em um momento prestar mãos crime , e ir logo salvar-se pela delação de si mesmo , e dos seus cúmplices ; lavando o crime , para que tiver concorrido , pelo outro da traição.

Por ésta parte está entre outros Mr. *Bernardi* nos seus Principios de Leis Criminaes ; concluindo que a promessa d'impunidade ao cúmplice , que entregava seus companheiros , 1.º só podia ser de alguma utilidade em Governos depravados , que para se-manterem necessitão recorrer aos mais baixos e vergonhosos expedientes. 2.º Que isto he authorisar pelo mesmo exemplo da Lei a Lei a vileza , a fraqueza , a perfidia , e a aleivosia.

As Vantagens, que se-considerão n'estas delações , são as seguintes ; 1.º que por ésta via se-podem descobrir os grandes crimes , e conhecer os seus Authores , rompendo as associações e conspirações dos facciosos , tão perigosas á tranquillidade e segurança pública , e refreando e impedindo por meio d'estas denúncias a multiplicidade dos crimes dos associados. 2.º Que éstas denúncias concorrem para pôr em segurança a tranquillidade do Estado ; porque d' ésta maneira se-pôde prevenir a união , que possão fazer os máos entre si ; inspirando a cadaúm d'elles o temor de se-expôr ao perigo de ser entregue e delatado por um d'entre os seus mesmos companheiros ; e que muito convem pôr um obstaculo quasi invencível a estes bandos pela desconfiança natural , e por assim dizer , Legal , que viráõ a ter os Socios uns dos outros. 3.º Ha quem accrescente a utilidade que resulta á Religião e ao Estado , de que um Cidadão e Christão , que teve a cegueira e infelicidade de se-associar a um bando de facciosos , seja convidado por este modo a sair da desordem , e a entrar outra vez no caminho da razão , e das virtudes Christãs e Sociaes.

Para ésta parte se-inclina Mr. *Torillon* nas suas *Ideias sôbre as Leis Criminaes*, p. 303 e 304.