

DISSERTAÇÃO E THESES

APRESENTADAS

A' FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

POR

Ovidio Alves Manaya

Natural de Sergipe

CANDIDATO AO LOGAR DE LENTE SUBSTITUTO NA MESMA FACULDADE NO CONCURSO DE JUNHO DE 1895



PERNAMBUCO
TYPOGRAPHIA INDUSTRIAL
1895

OM2.0



DECEOGENIA PENAL BRAZILEIRA

Com o desmoronamento das theorias *aprioristicas* que se acham no estado de uma verdadeira *udenologia* pelo surgir do novo methodo scientifico—*rationen natura*, *non naturam rationi submittere*, podemos dizer com Puglia: *Non più metafisica: ecce il grido del secolo, grido che significa affermazione del naturalismo in tutti i rami del sapere.*

O nosso seculo, pois, é o do naturalismo por excellencia e a sciencia moderna é positivista, determinista e evolucionista, podendo-se dizer que o que não tem o cunho do evolucionismo, não é scientifico.

A unica e verdadeira intuição do mundo é a monistica.

Esta pode ser ou o moniosmo naturalistico, mechanico de Haeckel ou o philosophico de Noiré.

Os que continuam ainda no momento actual aferados ás velhas doutrinas somente por espirito *misoneista* desconhecem o proverbio allemão seguinte: *Die durch Irrthum zur Wahrheit, das sind die Weisen; die beim Irrthum beharren, das sind die Narren.*

Uma lei suprema, universal, diz Puglia, domina todo o universo, é a lei do desenvolvimento de todos os phenomenos a partir dos mais simples aos mais complexos, dos phenomenos do mundo inorganico, ao organico e superorganico. Da evolução systematica da natureza ao pensamento e do pensamento á historia se funda, diz Bovio (1), a filiação das sciencias. Natureza, pensamento e historia, diz o mesmo escriptor, taes são as partes organicas do naturalismo.

As leis necessarias do pensamento e as da materia são identicas, diz Lilienfield. O pensamento é um movimento condensado; e do mesmo modo que a organização humana não é senão a realisacoo das forças da natureza, assim o pensamento não é senão a

(1) Evoluzione storica e scientifica del diritto.

condensação da actividade d'estas mesmas forças. As leis do pensamento, como todas as leis do universo assentam sobre a mesma base.

A consciencia de individuo, o juizo, o raciocinio são filhas da inconsciencia brutal da materia.

De accordo com esta mesme ordem de idéas, diz Spiller, o pensamento consciente, mathematico do homem não é outra cousa senão o pensamento inconsciente da natureza. A' luz da philosophia da concepção monistica do mundo, diz Haeckel na sua Anthropogenia, os phenomenos, que nos parecem mais livres e independentes, as manifestações exteriores da vontade humana obedecem a leis fixas exactamente como todos os outros phenomenos naturaes.

Pelo influxo d'esta nova corrente de idéas advindas por meio do novo methodo de estudo, as sciencias deixaram cahir o involucro metaphisico.

A physica, a chimica e a astronomia demonstram que todo o universo se reduz a um systema de forças de natureza diversa em intima relação entre si e que todos os phenomenos cosmicos se desenvolvem, segundo leis necessarias e fataes. A biologia mostra que todos phenomenos vitaes se reduzem a phenomenos physico-chimicos. A embriologia diz-nos que o feto humano para chegar á sua propria forma passa por todos os estados da animalidade inferior e que o desenvolvimento embrionario de todos os seres é regido por leis commans.

A ontogenia e a philogenia nos ensina que o desenvolvimento humano individual ou colectivo está sujeito á lei da herança e da adaptação e com o auxilio da zoopaleologia confirmam a hypothese da transformação dos animaes. A geologia e a paleontologia tem encontrado no estudo das camadas terrestres e no dos fosseis a historia do homem primitivo. A mythologia tornou-se uma verdadeira sciencia descobrindo nos mythos o pensamento das raças primitivas. A glossologia ou glotica analysando as vozes antigas, procura escrutar as idéas, que ellas encerram, constroe o estado psychologico, as crenças dos povos pre-historicos e mostra que

em uma raiz verbal acha-se inscripta uma pagina da historia de um povo. A ethnologia estudando as raças humanas, sua origem e as razões de suas differenças, chega a resultados, que dissipam muitos erros do passado. A psychologia deixou o campo das abstrações infundados e tornou-se uma sciencia positiva, descobrindo com o auxilio da physiologia novas leis regentes do desenvolvimento dos phenomenos psychicos. A psychiatria transformando as antigas idéas relativas ás molestias mentaes fez-nos conhecer a verdadeira natureza do estado da psyché e a verdadeira indole do delinquente.

A anthropologia, synthese de todas as sciencias, que se occupam de homem e fundamento das sciencias moraes e politicas, nos dá o verdadeiro conceito do homem. A sociologia investiga as origens das sociedades humanas, seu desenvolvimento e o desenvolvimento de todas as instituições sociaes e nos diz que são regidas por leis necessarias e fataes.

Quando todas as outras sciencias, que são elos da grande cadeia dos conhecimentos humanos perdem o acre cheiro escolastico por se terem banhado nas aguas da nova intuição monistica do mundo, o direito não podia deixar de compartilhar da mesma influencia perdendo o caracter de divindade, de immutabilidade, de invariabilidade, de ser gravado no coração de homem por um ente supersensível, para tornar-se o producto espontaneo da natureza, o resultado da historia, como diz Zaní (2). O direito constituiria uma anomalia inexplicavel, uma especie de desparate historico, diz Tobias Barreto, se no meio de tudo que se move, somente o direito permanecesse immovel.

Se isto da-se com o direito em geral, com maioria de razão com o direito criminal, que se liga mais inteiramente á indole dos povos e cuja historia constitue uma pagina da historia da civilisação.

A respeito da transformalidade de direito criminal, diz o sabio sergipano Tobias Barreto :

(2) Positivismo e Naturalismo.

« A medida que as epochas tomam uma feição philosophica, ou naturalistica ou outra qualquer feição, o direito criminal tambem muda de côr ; emquanto a philosophia de Kant, Ficht e Hegel dominou o mundo pensante, o numero dos criminalistas philosophos do nosso seculo tornou-se legião ; hoje, porem, que a philosophia cedeu o passo ás sciencias naturaes, os penalistas pathologes e psychiatras surgem aos grupos. »

I

Propondo-nos a dar uma noticia da deceogenia penal brasileira, que é uma das formas da nossa civilisação, impregando a palavra noticia, porque dentro dos estreitos limites de uma these não podemos dar senão uma noticia, pois o assumpto é tão vasto que daria materia para volumes, temos de obedecer áquella mesma ordem de idéas supra expendidas, filiando-nos ao methodo phylogenetico, pois temos de fazer a ontogenis juridico-penal brasileira, por onde se ficará conheendo a evolução historica e scientifica do nosso direito criminal.

Diz a Miraglia : *La vera natura delle cose si mostra nel moto e nel l'evoluzione, e non consiste in essenze quiescenti e collocate fuori dei fenomeni.*

Se para o perfeito conhecimento de uma lingua devemos remontar á lingua matriz, vindo com as nossas indagações desde os mais antigos documentos escriptos da lingua a estudar até os nossos dias, fazendo escavações glossologicas nos seus diversos seculos de evolução, que representam, segundo diz E. Ferriere, as suas diferentes camadas geologicas ; se de um seculo a outro uma lingua soffre alterações tão sensiveis, que parece ser completamente differente da lingua falada nos seculos anteriores e se esta differença só se pode notar comparando, por exemplo, o portuguez dos cacioneiros e o actual, o Wiebelungen-Lied dos allemães e o allemão moderno, o italiano anterior ao poeta da Divina Comedia e o hodierno, os Eddas e os

Sagos dos antigos scandinavos e as linguas modernas faladas na mesma peninsula, é claro que em qualquer outra ordem de phenomenos a estudar, quer sejam physicos, quer moraes, juridicos, economicos e religiosos deve-se seguir o mesmo caminho, pois é somente por entre as espessas nevoas do passado que podemos encontrar explicação satisfactoria para qualquer phenomeno presente.

Conhecendo esta verdade diz-nos o illustre Sergi :
Per studiare um fenomeno non bisogna esaminarlo nella sua forma piú sviluppata e piú completa, ma invece nello stato elementare ed incipiente per seguirlo in tutti le sue fasi evolutive fino al completo sviluppo.

Letorneau tambem nos diz : Le publike n'ignore pas que le passé seul peut expliquer le present. Pour comprendre les qhases dernières de la civilisation il les faut rattacher aux phases antérieures, même les plus lointaines.

II

Remontando aos primeiros bosqueijos das sociedades humanas, ver-se-á, segundo informam os ethnologos juristas, que o primeiro meio de que usou o homem primitivo para defender-se e vingar-se, foi a *vindicta* individual, bem como a vindicta de sangue ou damno pessoal e a *composição* (compositio) ou damno patrimonial. Quando, porem, estas sociedades entraram em sua vida historica, isto é, quando se constituiram politicamente, então a poder theocratico politico com o fim de modificar os arbitrios individuaes e familiares em proveito das mesmas, estabeleceu regras relativas ao exercicio da *vindicta*, surgindo assim o *talião* em lugar da *vindicta* de sangue e medidas especiaes para a *composição* nos damnos occasionados pelas acções maleficas.

A primeira palavra pronunciada pelos antigos legisladores, diz Dareste, foi a suppressão da vingança privada ; em um certo momento o Estado se constituiu e tornou-se mediador e passificador.

O talião, pois, é um grande passo dado na immensa senda da civilisação dos povos. O illustre mestre Tobias Barreto diz nos seus—Estudos de Direito—que as phases evolutivas do direito penal positivo são :— primeiro a vindicta privada, a cujo lado tambem se acha, de accordo com o character nacional ou ethnologico, a expiação religiosa; em segundo logar a *compositio*, que é uma mulcta pecuniaria; em terceiro logar um systema mixto de direito penal publico e privado; finalmente vem o dominio do direito social de punir, estabelece-se o principio da punição publica.

Para perfeito conhecimento dos progressos operados neste importantissimo departamento do direito, lançaremos um golpe de vista sobre o direito, penal dos povos orientaes mormente dos Aryas, a quem nos achamos ligados pelos laços linguisticos e dos Semitas, D'estes passaremos aos povos occidentaes gregos, romanos e germanos, e os da peninsula iberica, cujos povos dominaram e exerceram uma grande influencia sobre nossa vida politica e por consequencia sobre a nossa vida juridica.

III

Houve no Oriente, berço de toda nossa civilisação, dous grandes povos dotados de notabilissimos caracteres naturaes e psychicos. Estes dous povos foram os Semitas e os Aryas, raça creadora e poetica, que, segundo nos diz o Sr. Theophilo Braga, na formação da linguagem conseguiram a obra maravilhosa da redução das representações materiaes do periodo do *mutismo* aos sons, combinados na gamma diversa da palavra. No phonismo da palavra apparece continuamente a predilecção pelo symbolo, d'onde foi derivada. O symbolo é uma criação espontanea dos povos da grande raça indo-europea.

Os primeiros comprehendem os babylonios, syrios, phenicios, carthaginezes, arabes, assyrios e egypcios e os ultimos os indianos ou hindús, medas, persas, gregos, romanos, slavos e celtas.

Os indianos, povo que representa o symbolismo religioso, assim como a Grecia representa o symbolismo artistico e Roma o symbolo de direito e que nos enchem de pasmo e admiração pela sua grandiosa litteratura, cuja mais alta expressão encontra-se nos Vedas e no Codigo de Manú, depois de uma vida nomade e errante á margem do Indo, governados por um chefe, entraram em seu momento historico, isto é, fundiram-se em uma associação compacta, onde encontra-se já constituido um corpo sacerdotal, que tem a *summa potestas* e que, depois de modificar as antigas instituições dos tempos prehistoricos restabelece um governo politico religioso.

O espirito symbolico religioso do povo indiano reflectia sobre seu direito criminal, pois a mais importante attribuição do chefe do Estado era infligir penas aos atacantes dos principios vitaes da sociedade.

Punir os delinquentes, observa Thonissen, não é somente cumprir uma grande missão politico-social inherente á soberania, mas é praticar um acto de religião, que faz cahir sobre o chefe do Estado todas as benções do céo. O direito de punir, o *jus puniendi* para elles tem uma origem divina e as penas são os meios que tornam patente esta alta attribuição do poder politico-religioso.

O crime entre os indianos já tinha assumido nos ultimos tempos um character publico, a pena é inteiramente alheia á idéa de reparação indlvidual.

No codigo de Manú não encontra-se palavra, que nos dê idéa do direito de *vindicta individual*, nem *composição* pecuniaria, mas acha-se bem determinada a cathegoria de acções delictuosas e as suas respectivas penas.

Na applicação das penas não havia equidade, pois attendia-se á diversidade de castas gozando algumas de privilegio, o Brahmico, por exemplo.

O facto de não encontrar-se no Codigo de Manú palavra que nos dê idéa de *vindicta individual* e *composição* pecuniaria, não implica a negação das phases da evolução juridica, que se nota em todos os povos ;

pois, diz Letourneau, quando os aryas vedicos invadiram a India, encontraram ahi em vigor um direito crimina- muito rudimentar, repozando sobre o systema de *composi- ção*, que succede por toda parte ao talião rigoroso das primeiras idades; e o talião real exigindo vida por vida permaneceu nos costumes indianos até epocha mui recente. Peschell, citado por Oliveira Martins, diz que, onde apparece o wehrgeld, houve a vindicta. Por onde se vê, que este povo, fonte fecunda, d'onde rebentaram as correntes das civilizações antigas e modernas, passou na sua vida juridica pelos grãos de evolução supraditos.

Na Persia tambem encontra-se o principio theo- cratico-politico dominando as relações juridico-crimi- minaes e a pena tendo por fim a purificação do crimi- noso e a conservação social.

Este povo obedeceu tambem a lei geral da evolu- ção juridica, pois na epocha historica mesmo encontra- se o direito selvagem de vingança, como nos povos primitivos. A penalidade a mais leve era a *rhinotomia* e a *ototomia* e a maior era a pena capital applicada á sodomia, ao estupro, ao adulterio, á mentira, á má fé, ao homicidio, ao furto, etc.

A chronica persa de Tabari e o poema de Firdousi attestam a existencia do talião na Persia antiga. (3)

Lançando-se um golpe de vista sobre as legislação de outros povos arryanos orientaes observar se o di- reito criminal passando pelas mesmas estadios evoluti- vos que entre os persas e indianos. Os semitas mesmo obedeceram á mesma lei, como se observa nos dois gran- diosos codigos semiticos o Korão e a Biblica, fundados sobre os principios theocraticos, e onde encontram-se as penas pecuniarias, as composições e tanto entre os arabes, como os hebreus considera-se a apostasia como um crime capital.

IV

A Grecia antiga, emporio da antiga civilização occidental, cuja historia enche de admiração aos povos

(3) Letourneau obr. cit.

modernos, pelo espirito de seu povo que symbolisou o genio artistico, como a India havia symbolisado o genio religioso obedeceu a lei geral. Nos tempos primitivos deste povo heroe encontra-se a *vindicta* applicada nos delictos contra a personalidade humana. (4)

Com o apparecimento das escolas philosophicas de Aristoteles, Platão e Pitagoras a pena (poine) deixou de ser a *vindicta* e tornou-se um castigo, que era preciso inflingir ao delinquente pelo mal causado, afim de impedir os outros imitarem-no. Então surgiu os grãos da imputabilidade humana sobre o livre arbitrio, como fundamento da responsabilidade.

A mutua influencia dos systemas philosophicos e religiosos vem completar a evolução do conceito da pena e modificar o systema da penalidade.

O povo romano, este povo heroe, que pelo seu espirito guerreiro dominou quasi a Europa inteira, representa o symbolo juridico, e legou-nos um corpo de direito, que serve de base ainda hoje as legislações modernas actuaes.

Roma, diz Dr. Clovis, foi o sol mais fulgente, que já illuminou o mundo juridico, e mesmo depois de extincta como nação ainda a luz de sua cultura juridica é fecunda fonte de vida em todo o occidente, quer se reproduzindo e se propagando por elle, quer illuminando as obscuridades abstrusas dos direitos nacionaes.

O direito criminal aqui tambem mostra suas phases de evolução juridica, lei, que se observa entre todos os povos, pois o direito, como as litteraturas, desabrocham entre os mesmos com um grande simile.

A principio mostrou-se cheio daquella rudeza primitiva. mas pouco a pouco foi modificando-se desde a *vindicta* privada dos primeiros tempos, por intermedio da *vindicta* mixta até a *vindicta* publica.

E' com os romanos que surge uma theoria de

(4) Thonisseen. Hist. de Droit. Crim. des peup anc.

direito criminal, o que não se encontra entre os outros povos antigos. Foi ahí que appareceu o conceito de dolo — *concilium uniuscujusque, non factum puniendum est.* (5)

Os juriconsultos romanos estabeleceram os conceitos de dolo, culpa, e caso fortuito,—dividiram a culpa em grave, leve e levíssima. Os conceitos de cumplicidade e de legitima defeza, bem como a das circumstancias aggravantes e attenuantes são estatuidas ahí claramente. Os romanos dividiam os delictos em publico e privado. Os primeiros, os que atacavam os principios vitaes do organismo do Estado. Pertencem á cathegoria da *publica debita* os estatuidos nas leis *Julia magestatis*, *Cornelia de sicariis*, *Pompeia de parrecidiis*, etc.

Acham-se tambem a distincção entre pena capital e não capital, em publica e privada, em commum e especial, em legitima e arbitraria. (6)

Ha quem diga que os romanos só foram enormes no direito civil, mas que em direito criminal se mostraram muito áquem.

Este juizo sobre o direito penal romano é inteiramente inaceitavel, desde que confrontando-se o organismo juridico penal romano com o dos outros povos, que precederam, vê-se que os romanos somente foram os que fundaram essa theoria perfeita do direito criminal attendendo-se ao tempo. Diz Puglia que esta theoria dos romanos modificada nos seculos seguintes serviu de base aos codigos modernos, e constitue em grande parte a mola scientifica do moderno direito criminal.

Parece-nos que o Dr. Puglia refere-se á escola classica e não a moderna escola—anthropologica italiana, cujas bases são inteiramente oppostas; pois a differença entre as duas escolas é a mesma que acha-se entre a theologia tradicional e a christologia de Strauss:

(5) Paulus, sent. lib. V, tit. 23 § 3.º e Frag. 14 Dig ad geniolum Com. de sicariis.

(6) Puglia obr. cit.

naquelle Deus gravita tendo por centro o genero humano e nesta Christo representa a humanidade gravitando sobre o centro divino.

O povo romano, que com seu genio guerreiro havia por meio das armas dominado quasi o mundo inteiro e semeado por toda a parte sua sivilisação, chegou tambem até a península iberica, onde já haviam dominado phenicios, carthaginezes, e do qual sou se apoderou depois de vencer as tenazes resistencias de Sertorio e do celebre pastor Viriato, que foi barbaramente assassinado por Perpenna.

D'esta o pastor nasceu, que no seu nome
se vê, que de homem forte os peitos teve,
cuja fama ninguem virá que dome
pois que a grande Roma não se atreve.

(CAMÕES. CANT. III ESTR. 22).

V

Passemos á idade media, epocha chamada cahotica, tenebrosa pelos escriptores do seculo passado, uma especie de *Pandemonium* de Milton, como diz Theophilo Braga, onde os espiritos incultos não descobrem a grande lei da evolução; mas em virtude da descoberta do verdadeiro criterio e com elle o novo modo de encarar esta epocha, chegou se a evidencia de que a idade media é o cyclo da histotia da humanidade, que expande mais luz sobre os problemas relativos ao aperfeçoamento humano, a enorme pilha electrica, d'onde chisparam as grandes e luminosas faiscas da civilisação moderna, e portanto nenhuma mais do que ella merece ser estudada sob todos os aspectos.

A idade média, diz Carle, contem em resumo toda a historia do genero humano, reflecte todos os estados da humanidade, experimenta uma volta a todos os conceitos e instituições, de que já se tinha feito experiencia nas epochas anteriores, reproduz todos os vicios e virtudes dos tempos primitivos e heroicos e é somente

por uma volta das primitivas instituições sociaes que a humanidade consegue retomar o caminho e começar um novo periodo de convivencia civil e politica.

Esta epocha é a dos grandes acontecimentos, começando pelo desmoronamento do imperio romano com a invasão dos barbaros, segue-se a formação das linguas neolatinas, do direito germanico, o apparecimento do christianismo, a renascença, que, segundo Ziegler, é a revolução esthetica da humanidade européa, onde, por meio de uma volta á antiguidade, foram reivindicados os direitos da livre personalidade em todas applicações de sua actividade natural, a arte, a vida real, as relações sociaes, a civilisação, a educação.

Com a quéda do grande imperio romano pela invasão barbara iniciou-se o importantissimo periodo da evolução do eu colectivo, a epocha de transição para os tempos modernos, chamada edade média.

Então a peninsula iberica, que durante o dominio do povo-rei regia-se pelas leis d'este, e que com os edictos de Vespasiano e Caracalla viu dissipar-se a distincção de estrangeiros e romanos perante a lei, apresentou-nos um phenomeno importantissimo, o de legislação de raça, como nos diz Labra, os romanos, os vencidos regulavam-se pela collecção de leis, chamada Codigo Alariciano ou Breviario Aniano e os vencedores, os godos pelo Codigo Wisigothico, que foi a principal legislação d'esta epocha.

Ahi neste ultimo codigo encontram-se as penas das mais atrozes, como: açoutes, descalvação, degredo, mutilações atrozes etc.

As leis criminaes, que occupam uma grande parte d'este codigo, não tem por fim a emenda do criminoso, mas um certo terror por vingança arbitraria, attendendo-se somente para abranda-la á classe social do criminoso. A pena de talião, fustigação, mão cortada, nariz cortado, castração, arrancamento de olhos são as penas ordinarias ahi consagradas, bem como a *compositio wehrgeld*.

Os godos e os romanos permaneceram separados e sómente nos fins do seculo setimo, quasi no oitavo, é que pela fusão das raças surgiu a unidade juridica com o Juzgo-Fuero, o que nos é ensinado por Antiquero, Marina e Labra assim se exprime: El progreso de los tiempos, el contacto de las gentes, la influencia del cristianismo y la accion de los célebres Concilios de Tolido trajeron la fusion de las razas.

Durante o tempo decorrido do seculo oitavo ao doze, epocha em que Portugal entrou na vida politica, separando-se de Hespanha, dominavam os Fueros e as Cartas pueblas e até o seculo treze o Codigo de las Partidas, que foi traduzido em portuguez por ordem de D. Diniz.

Nos primeiros seculos da fundação da monarchia portugueza a lei reguladora eram os foraes, pequenos codigos escriptos em latim barbaro, se differençando uns dos outros pelos usos, habitos e costumees, interesses e aspiração dos povos, que formavam assembléas, faziam da nação uma especie de confederação. O estudo comparado dos foraes demonstra que a *compositio* ou *wehrgeld* não excluiu a pena de morte, a mutilação, o azorrague, a escravidão, a vindicta e a multa. A penalidade era essencialmente intimidante e implacavel e o principio da vingança social e particular ligava-se ao principio religioso da expiação.

Estabelecida e fixada a unidade politica portugueza surgiu a unidade juridica com o primeiro Codigo portuguez, chamado Ordenações Affonsinas do anno 1446.

No livro quinto deste Codigo acham-se as leis penaes, nas quaes se revela a influencia do direito romano e canonico. A crueldade das penas accrescia a desigualdade de sua applicação fazendo-se distincção entre nobres e plebeus, no julgamento de responsabilidade. Em 1521 appareceram as Ordenações manuelinas e em 1603 as Felippinas. A penalidade é modelada pelo mesmo systema e animada do mesmo espirito e as leis posteriores até o meiado do seculo 18 conservam o

mesmo character e a mesma tendencia a reprimir o crime pela applicação dos castigos os mais severos. A intenção era de tornar a pena cruelmente expiatoria e intimidante.

O nosso direito criminal a exemplo de outros dos paizes europeus, passou por diversas phases de evolução historica. Podemos dividil as em duas epochas—a pre-historica e a historica. A primeira comprehende as leis criminaes, que nos regeram durante o tempo antecolonial e colonial e o segundo se estende desde o momento, em que entrámos em nossa vida historica, sacudindo o jugo portuguez e nos constituimos um povo livre e independente até o momento actual.

Nesta segunda epocha ha ainda a attender dous momentos, o do regimen monarchico e o do republicano.

Nos tempos antecoloniaes, quando esta vasta região sul-americana, chamada Brazil, era habitada por tribus selvagens, cujo adiantamento na senda da civilisação correspondia á epocha da pedra polida, falando uma lingua pertencente ao segundo estadio da evolução linguistica estabelecido por Schlegel, isto é, ao estadio do agglutinismo, encontra-se a justiça penal correspondendo com o grão de atrazo da organização social dos mesmos. O principio theocratico politico encontrav-se entre elles estabelecendo penas de character religioso. O talião e a vindicta por familia eram muito usados e a responsabilidade era mais collectiva do que individual.

No seculo 16, quando os portuguezes trouxeram ás nossas plagas o germen da civilisação européa, encontraram os selvagens no mais grosseiro e rudimentar estado de organização social. Firmado o governo portuguez nesta perção da America tratou-se de fazer applicação das leis do mãe patria para regular as relações juridico-peñaes.

Desde os primeiros tempos até o anno de 1808

estiveram em vigor regulando nossa vida juridico criminal os foraes, as Ord. Aff., Manuelinas e os Phelippinos, eivados de rigor e barbaridade primitivos.

Mas este rigor e barbaridade começaram a diminuir com a divulgação das doutrinas philosophicas provindas da França para Portugal, onde encontraram ardentissimo sectarios e appareceu como resultado o decreto de 31 de Março de 1778, creando uma junta para reformar toda a legislação.

O glorioso e insigne jurisconsulto Paschoal José de Mello, foi encarregado do codigo penal, mas seu projecto apresentado, posto que submettido ao juizo de uma commissão, não foi todavia convertido em lei.

Entretanto o predominio das idéas expendidas nos livros de Voltaire, Bousseau, Beccaria, Mabley, Montesquieu et le reste era tal nesta epocha que apesar das Ordenações do começo do seculo 17 e das leis posteriores não codificadas, que não diffiriam d'aquellas no que diz respeito á crueldade dos castigos penaes, uma lei de 5 de Março de 1790 reconheceu que a tortura tinha caído em desuso e o decreto de 12 de Dezembro de 1801 não fez applicar mais a pena de morte senão aos crimes atrozes. A pratica dos tribunaes tinha reformado pouco a pouco a legislação criminal, cuja severidade excessiva estava em contradicção com as idéas do tempo e com a modificação dos costumes (7).

Com a vinda da familia real para o Brazil e com a abertura de nossos portos ao estrangeiro por Carta Regia de 28 de Janeiro de 1808, primeiro passo dado para nossa independencia, lei alguma se publicou, que modicasse as idéas geraes e do processo das Ord. do livro 5. No entanto já encontra-se alguma cousa, que, embora não forme um systema reformador, mostra contudo idéas tendentes a sair d'aquelle estado. Assim temos o Alvará de 30 de Março de 1818, o Decreto de 2 de Março de 1821, os decretos de 21 e 23 de Maio de 1821 e finalmente o de 18 de Junho de 1822.

(7) Azevedo Castello Branco. Droit. penal port.

Por onde se vê o progresso das idéas de então em virtude da Constituição Portugueza e da retirada da familia real para Portugal trazendo alguma modificação nas idéas de legislação criminal, sem, comtudo, constituir um systema completo.

A Assembléa Constituinte nada pôde fazer sobre legislação criminal, tão outra do que se observava no mundo civilisado, em virtude de sua curta duração, mas produziu o decreto de 27 de Setembro de 1823, sancionado e publicado a 20 de Outubro do mesmo anno, o qual fez subsistir as disposições de direito criminal, que regiam Portugal, Brazil e Algarves.

Assim o systema, barbaro, incompleto e vicioso do livro V das Ord., contrario aos verdadeiros principios scientificos ficam de pé.

Com a dissolução da Assembléa Constituinte appareceu o Decrero de 22 de Novembro de 1823 sobre a liberdade de imprensa, e os crimes commettidos no exercicio de tal liberdade foram os unicos que tiveram uma legislação mais ou menos firmada nos principios liberaes.

Jurada a nossa Constituição de 25 de Março de 1824, que acabou com todo o systema penal anterior, appareceu a 17 de Abril de 1824 um decreto sobre processo criminal.

Temos ainda a lei de 11 de Setembro de 1826 concedendo o recurso de graças aos réos, a lei de 15 de Outubro de 1827 tratando da responsabilidade dos ministros, secretarios e conselheiros de Estado, a lei de 15 de Outubro de 1828 creando os juizes de paz e dando-lhes attribuições criminaes, a lei de 18 de Setembro de 1828 creando o Supremo Tribunal de Justiça; a lei de 23 de Setembro do mssmo anno determinando as formalidades do processo crime; a lei de 13 de Agosto de 1829 sobre o abuso da liberdade de imprensa e a lei de 22 de Setembro de 1829 regulando o modo de se processarem os réos pronunciados, que se escondiam ou ausentavam.

Em 1827 os deputados Bernardo Vasconcellos e Clemente Pereira apresentaram seus projectos de Código Penal, sendo preferido o de B. de Vasconcellos, que foi transformado em lei em 1830, que seguiu o Code Penal em mais de um ponto.

A 29 de Novembro de 1832 foi tambem promulgado o Código de Processo Criminal. Dentre as leis, decretos e avisos expedidos depois da promulgação dos codigos supraditos é digna de menção a lei de 20 de Setembro de 1871, que veio supprir a lacuna do nosso Código Criminal, sobre os crimes meramente culposos.

Desde a promulgação do nosso Código Criminal até a queda da monarchia appareceram eximios criminalistas, que com seus conhecimentos elevados derramaram muita luz sobre tal ramo de direito patrio.

Entre elles tornaram se notaveis Thomaz Alves, Perdigão, Mendes da Cunha e outros, excedendo a todos elles nos ultimos tempos Dr. João Vieira, com seus commentarios baseado nas doutrinas modernas da escola italiana, expendidas por Lambroso, Maro, Ferri, Puglia e outros notaves professores italianos; o outro foi o chorado mestre Tobias Barreto, aquella cerebração punjante, que tanto illustrou nossa escola de direito.

Com o desaparecimento do antigo regimem politico foi promulgado o actual Código Penal. Se bom ou máo, não nos é dado aqui tratar, pois que o nosso fim é outro.

Estas nuances, que observa se no direito criminal positivo brasileiro, notam-se em toda a parte, obedecendo elle sempre aos influxos da civilisação, ás transformações politicas e sociaes e ás idéas predominantes da epocha.

Na Prussia o Código Criminal de 1794 foi seguido pelo de 1851, baseado em novos principios, pregados por Beccaria e tornou se geral para o imperio allemão em 1870.

Na Austria Maria Thereza em 1769 deu um regulamento criminal—*constitutio criminalis Theresiana*. Em

1787 José II publicou um Código Criminal, trazendo modificações na penalidade, mas deixando subsistir ainda penas excessivamente severas. Conhecido o de feito deste, appareceu logo a necessidade de reforma e surgiu o Código Penal de 1803 e em 1852 appareceu outro.

Na Hollanda e na Belgica foram impostos por meio das armas os Codigos francezes de 1808 e 1810, que foram modificados por leis successivas.

Na Russia desde o reinado de Pedro, o grande, as leis criminaes foram sendo abrandadas, de sorte que em 1827 a tortura foi abolida.

Em 1846 surgiu o Código Penal, que sendo revisto em 1857, foi radicalmente modificado segundo os progressos da sciencia.

Na Hespanha em 1848 veio á luz da publicidade um Código Penal modelado nas legislações estrangeiras e nos costumes nacionaes, revisto em 1850 e modificado em 1870.

Em Portugal o Código Penal de 1852, tomando por modelo os codigos europeus e americanos contem disposições brandas. A mesma modificação operada por influencia de desenvolvimento dos povos observa-se na França, na Inglaterra, na Italia, na Suissa, nos paizes da peninsula escandinavia, etc.

* * *

Aqui terminamos nosso trabalho. Elle não é completo, bem o sabemos, mas dá uma idéa da nossa deceogenia penal e citaremos em nosso favor as palavras de Zani:

Se io pel primo fia voi oso prendere la parola in cosi grave argomento, vogliate, o signori, nella vostra bontá seagionarmi déll'ardimento.

Recife, -- Junho de 1895.

Ovidio Alves Manaya.

THESES

HISTORIA DO DIREITO NACIONAL

I

A lei 13 de Maio de 1888 é uma sequencia logica e historica de leis anteriores, trazendo consequencias sociaes, politicas, juridicas e economicas.

II

O Acto Adicional, que teve por fim conceder maior somma de direitos ás antigas provincias, foi uma obra incompleta.

III

A Lei Saraiva de 1881 foi uma lei anti constitucional.

DIREITO CRIMINAL

I

O crime é um phenomeno atavico prehistorico e mesmo prehumano.

II

O determinismo não traz como sequencia a irresponsabilidade criminal.

III

O nosso direito criminal positivo na sua evolução historica obedeceu aos mesmos principios, que se observam em todas as nações.

DIREITO ROMANO

I

A *res derelicta* adquire-se pela occupação e não pela tradição.

II

A tutela é uma instituição do *jus civile* e não do *jus gentium*.

III

A natureza jurídica do *in bonis habere* é de uma verdadeira propriedade pretoriana.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

I

Os esponsaes tendem a desaparecer das legislações dos povos occidentaes e representam o ultimo estadio da evolução do facto da compra da mulher pelo noivo ao chefe da familia.

II

O direito privado moderno tem como principio genetico o direito romano, germanico e canonico.

III

Em face do nosso direito patrio e das legislações mais recentes a *hereditas jacens* dos romanos perdeu a personalidade jurídica.

e não

é de uma