

**OBRAS
JURÍDICAS
CEARENSES**

Resgate Histórico



**PARECERES DE
JOSÉ DE ALENCAR**

Reprodução fac-similar da edição de 1960

**OBRAS
JURÍDICAS
CEARENSES**

Resgate Histórico

Vol. 2



**PARECERES DE
JOSÉ DE ALENCAR**

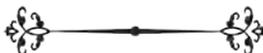
Reprodução fac-similar da edição de 1960

TJCE

OBRAS JURÍDICAS CEARENSES

Resgate Histórico

Vol. 2



PARECERES DE JOSÉ DE ALENCAR

Reprodução fac-similar da edição de 1960

TJCE

Fortaleza-CE
2018

Copyright © PARECERES DE JOSÉ DE ALENCAR
Reprodução Fac-similar da edição de 1960

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
A reprodução, de qualquer parte desta publicação,
será permitida desde que citada a obra.
Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial (Gestão 2017-2019)

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro

Capa e Projeto Gráfico
Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Normalização
Bibliotecária: Ivete Costa CRB - 3/998

Impressão e Acabamento
Assessoria de Comunicação Social
Coordenadoria de Apoio Operacional

P227 Pareceres de Jose de Alencar / Ed. Fac-sim. Fortaleza: Tribunal de
Justiça do Estado do Ceará, 2018.
242 p. (Série Obras Jurídicas Cearenses – Resgate Histórico, v.2).

“Reprodução fac-similar da edição de 1960”
ISBN: 978-85-63490-06-3

1. Direito - Parecer. I. Título. II. Série

CDU: 340.143
CDDir: 340.34

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima, s/n
Cambeba - Fortaleza - Ceará - CEP: 60.822-325 | Fone: (85) 3207.7000
www.tjce.jus.br | biblioteca@tjce.jus.br | email: editora@tjce.jus.br

Apresentação

Instado pelo douto presidente do Conselho Editorial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Desembargador Paulo Francisco Banhos Ponte, a fazer breves considerações sobre a edição da obra: Pareceres de José de Alencar, condensados em simbólico exemplar pelos eminentes e saudosos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fran Martins e Luis Cruz de Vasconcelos, por solicitação do então Diretor do Arquivo Nacional, José Honório Rodrigues, que se dera em 1960, empós o centenário dos primeiros escritos, faço-o de bom grado e sensivelmente agraciado, no viso de aparelhar a publicação que ora se concretiza.

A iniciativa louvável resgatou a história e deu evidência à contribuição de jurista desse eclético cearense que, além de prestigiado romancista, jornalista e político, deixou sua marca como jurisconsulto, a demonstrar sua versatilidade e esmerada qualidade nas atividades que empreendeu.

Como frisado pelo mestre Fran Martins, na nota inaugural intitulada: José de Alencar, jurista, a publicação de seus textos jurídicos tem o propósito de enfatizar e revelar o talento desse importante literato envolvido na vida sociopolítica nacional.

É evidente que o conteúdo das peças sob o prisma do Direito atual pode não despertar interesse, mas, certamente, revela a sapiência e a cultura jurídica do autor em variegados temas; a ponderação e o discernimento que deve ostentar o consultor, de modo a subsidiar decisão segura ao órgão consulente. A ilustrar, destaco a sensatez vertida no Parecer 94, em que analisa a condenação de réu por crime testemunhado por criança de sete anos, divergindo do acórdão e invocando a dúvida para sugerir ao Imperador a comutação da pena de morte, irreparável, na de galés perpétuas.

Outras relíquias contém o acervo que merece ser revisitado, por sua riqueza argumentativa e seu valor histórico.

Francisco Gladyson Pontes
Desembargador

Fac-símile da edição de 1960
PARECERES DE JOSÉ DE ALENCAR

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES
ARQUIVO NACIONAL

PARECERES
DE
JOSE DE ALENCAR

1960
RIO DE JANEIRO
ESTADO DA GUANABARA

1ª SÉRIE — PUBLICAÇÕES DO ARQUIVO NACIONAL

- Volume 43 — Inventário Sumário dos Documentos da Secretaria de Estado da Marinha
Volume 44 — Titulares do Império
Volume 45 — Os Franceses Residentes no Rio de Janeiro — 1808-1820
Volume 46 — Registro de Estrangeiros — 1808-1822
Volume 47 — Pareceres de José de Alencar

2ª SÉRIE — PUBLICAÇÕES TÉCNICAS

a) Impressas

- 1958 — A Situação do Arquivo Nacional — por José Honório Rodrigues
1959 — A Significação dos Arquivos Econômicos — por Bertrand Gille
1959 — A Avaliação dos Documentos Públicos Modernos — por T. R. Schellenberg
1959 — Manual de Arquivo — por T. R. Schellenberg
1960 — Manual de Arranjo e Descrição de Arquivos — por S. Muller, J. A. Feith e R. Fruin
1960 — Os Arquivos e as Modernas Pesquisas Econômicas e Sociais — por R. Marquant
— Os Serviços de Registro (em preparo)

b) Mimeografadas

- Nº 1 — O Preparo de Inventários Preliminares — 1959
Nº 2 — Princípios de Arranjo — 1959
Nº 3 — A Seleção dos Arquivos e a Transferência dos Documentos — 1959 — por Jacques Levron e Jacqueline Mady
Nº 4 — Alguns Aspectos do Desenvolvimento Arquivístico a Partir da Revolução Francesa — 1959 — por Ernst Posner
Nº 5 — A Colaboração entre os Serviços Administrativos e os Arquivos — 1959 — por Michel Duchein
Nº 6 — Os Arquivos Públicos e as Bibliotecas — 1960 — por Randolph W. Church
Nº 7 — Os Arquivos Nacionais dos Estados Unidos — 1960 — por Robert H. Bahmer e Ernst Posner
Nº 8 — Os Arquivos Privados — 1960 — por Ricardo Filangiere
Nº 9 — O Preparo de Listas de Maços de Documentos — 1960 — por T. R. Schellenberg
Nº 10 — Problemas Arquivísticos do Governo Brasileiro — 1960 — por T. R. Schellenberg
Nº 11 — Os Arquivos e os Documentos Públicos Modernos — 1960 — por J. Mady e R. H. Bautier
Nº 12 — O Problema das Transferências nos Arquivos das Grandes Cidades — 1960 — por Odon de Saint-Blanquat
Nº 13 — O Catálogo Coletivo Nacional das Coleções de Manuscritos — 1960 — por Robert H. Land
Nº 14 — Regras de Catalogação da Divisão de Documentos Departamentais — 1960 — por Ken Munden
Nº 15 — O Registro Nacional de Manuscritos — 1960 — por Howard H. Peckham e Bell Irvin Wiley
Nº 16 — Coleções de Manuscritos, Documentos de Arquivo e Filmes — 1960 — por Curtis W. Garrison e Doroty Abbauch
Nº 17 — Relatório sobre o Arquivo Nacional do Brasil — 1960 — pelo Prof. H. Boullier de Branche
Nº 18 — As Transferências dos Documentos das Prefeituras para os Arquivos Departamentais — 1960 — por Henri Chernier
Nº 19 — O Arquivista Inglês: Uma Nova Profissão — 1960 — por Hilary Jenkinson, C.B.E. Deputy Keeper of The Records

3ª SÉRIE — INSTRUMENTOS DO TRABALHO

- 1960 — Índice da Revista do Arquivo Público Mineiro
— Índice dos Documentos Relativos à América do Sul existentes na Biblioteca da Ajuda (em preparo).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES
ARQUIVO NACIONAL

PARECERES
DE
JOSE DE ALENCAR

Introdução de FRAN MARTINS

Notas de FRAN MARTINS

e

LUÍS CRUZ DE VASCONCELOS

1960

RIO DE JANEIRO

ESTADO DA GUANABARA

VOLUME 47
DAS
PUBLICAÇÕES DO ARQUIVO NACIONAL

NOTA LIMINAR

De 15 de fevereiro de 1859 a 1.º de setembro 1860 José de Alencar foi Diretor da Segunda Seção da Secretaria do Estado dos Negócios da Justiça. Ele tomara posse perante o Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo, Ministro de Estado dos Negócios da Justiça e Chanceler do Império.

Aos 10 de setembro de 1861, perante o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça e Chanceler do Império, João Lustosa da Cunha Paranaguá, prestava José de Alencar o juramento de estilo para servir o cargo de Consultor dos Negócios da Justiça.

Em 1868, ao ser extinto o Cargo de Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, José de Alencar pediu que seus Pareceres elaborados durante oito anos fôsem publicados no Diário Oficial. A reforma, assinada por Martim Francisco Ribeiro de Andrade, que extinguiu o cargo, é de 22 de abril. Já em 16 de julho daquele mesmo ano José de Alencar assumiu o Ministério da Justiça, no 23.º Gabinete, cujo presidente era o Visconde de Itaboraí.

Nem ele, nem os que o seguiram lembraram-se mais da publicação desses Pareceres, que permaneceram assim quase cem anos inéditos.

A primeira sugestão que recebi ao assumir a direção do Arquivo, feita pelo Desembargador Narcélio de Queirós, foi exatamente a de promover esta publicação. Não tendo ele querido assumir o encargo da edição, convidei para selecionar e anotar os pareceres e preparar a introdução, o Professor Fran Martins, da Faculdade de Direito da Universidade do

Ceará, que se desincumbiu dessa tarefa com o zêlo que todos notarão. Voluntariamente restringiu suas notas à matéria cível, entregando a parte penal ao Professor Luís Cruz de Vasconcelos, também da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará.

A direção do Arquivo Nacional acredita prestar um grande serviço às letras e ao Direito nacionais editando estes Pareceres, e agradece a valiosa colaboração de Fran Martins e de Luís Cruz de Vasconcelos, ajudando-nos com critério, inteligência e zêlo, a preparar esta edição.

JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES

DIRETOR DO ARQUIVO NACIONAL

Térmo de juramento do que prouto Richard
João Martiniano de Alencar

Eu, quem sou do nome de Recreio de mil
setecentos e noventa e nois perante o Sr.^m Con-
sellor João Thomaz de Almeida d'Albuquerque, el-
leitor da Secretaria d'Estado dos Negocios da
Justiça e o Chancelier do Imperio, compareci
o Bacharel João Martiniano de Alencar, e
prestei o juramento de estylo para servir o
logar de Director da segunda Secção da Secretaria
d'Estado dos Negocios da Justiça, para o qual
foi nomeado por Decreto de dez e de corrente.
E em Jorno do Nascimento d'elles, Director
João de Almeida de Alencar, o escrevi.

João Martiniano de Alencar

Térmo de juramento como Director da Secretaria de Estado dos
Negócios da Justiça

JOSÉ DE ALENCAR, jurista

— 1 —

Poucos escritores, no Brasil, têm tido a popularidade de José de Alencar. Jornalista, poeta, político, foi, sobretudo, como romancista que granjeou fama que os anos não apagaram. Introdutor, entre nós, da corrente indianista, criou tipos que, ainda hoje, vivem na imaginação de todos. Não são poucos os Peris, as Iracemas, as Cecis, os Ubirajaras que devem os seus nomes às personagens criadas por Alencar. E a sua prosa musicada ainda repercute no espírito de todos nós, embalando-nos como doce cantiga que nos transporta a um mundo irreal mas — ou talvez por isso mesmo — maravilhoso.

Uma das mais autênticas vocações de ficcionista da literatura brasileira, Alencar muito cedo revelou os seus pendores. Contando somente dezoito anos de idade, escreveu um romance — “Os Contrabandistas” — que dava asas à imaginação, narrando acontecimentos fantásticos. A mão criminosa de um fumante, hóspede de sua casa, inconscientemente levou ao fogo aquelas páginas manuscritas, com elas acendendo o prosaico cachimbo. (1) Quando o moço Alencar deu

(1) “Foi então, faz agora vinte e seis anos (Alencar escrevia em 1873), que formei o primeiro esboço regular de um romance, e meti mãos à empresa com infatigável porfia. Enchi rimas de papel que tiveram a má sorte de servir de mecha para acender cachimbo.

Eis o caso. Já formado e praticamente no escritório do Dr. Caetano Alberto, passava eu o dia ausente de nossa chácara à Rua do Maruí, n.º 7-A. Meus queridos manuscritos, o mais precioso tesouro

de si, o primeiro livro que escrevera estava reduzido a cinzas — não em sentido figurado, mas a cinzas verdadeiras. Teria, com isso, perdido alguma coisa a literatura brasileira? O entusiasmo do autor, ao se referir a êsse livro, leva-nos a crer que o mesmo livro devia ter algum valor (2). Pode-se, entretanto, dar um desconto nesse entusiasmo, devendo êsse livro ser apenas um comêço, comêço sem dúvida cheio de imperfeições, dada a pouca experiência de vida do escritor.

Mas um fato revela o incidente: a tragédia de “Os Contrabandistas” não influiu no ânimo do autor. Ao invés de ver no acontecimento uma advertência para que abandonasse o mundo das letras, serviu talvez para que Alencar persistisse no intuito de criar personagens e inventar histórias. Que essa era a sua maior vocação, aí estão as provas: ainda hoje os romances de Alencar são dos mais lidos em todo o Brasil, contrastando com outros, como os de Machado de Assis, que são lidos apenas por um público selecionado.

Dir-se-á, talvez, que os livros de maior aceitação por parte do povo nem sempre são as melhores obras literárias — e com

para mim, eu os trancara na cômoda; como porém, tomassem o lugar da roupa, os tinha, sem que eu soubesse, arrumado na estante.

Daí, um desalmado hóspede, tôdas as noites quando queria pitar, arrancava uma fôlha que torcia a modo de pavio e acendia na vela. Apenas escaparam ao incendiário alguns capítulos em dois canhenhos, cuja letra miúda a custo se distingue no borrão de que a tinta, oxidando-se com o tempo, saturou o papel”.

(J. de Alencar — “*Como e Porque sou Romancista*”, VI)

(2) “Tinha êsse romance por título — *Os Contrabandistas*. Sua feitura havia de ser consoante à inexperiência de um moço de 18 anos, que nem possuía o gênio precoce de Vítor Hugo, nem tinha outra educação literária, senão essa, superficial e imperfeita, bebida em leituras a êsmo. Minha ignorância nos estudos clássicos era tal, que eu só conhecia Virgílio e Horácio, como pontos difíceis do exame de latim, e de Homero apenas sabia o nome e a reputação.

Mas o traça de *Os Contrabandistas*, como o gizei aos 18 anos, ainda hoje o tenho por um dos melhores e mais felizes de quantos me sugeriu a imaginação. Houvesse editor para as obras de longo fôlego, que já essa andaria a correr mundo, de preferência a muitas outras que dei à estampa nestes últimos anos”. (Idem).

certeza serão apresentados os casos de Perez Escrich, de Ponson du Terrail, da Baronesa de Ségur, e, entre os nacionais, da "Escrava Isaura". A obra de Alencar, entretanto, distancia-se de todos êsses porque, apesar de ser uma obra integralmente aceita pelo povo, resiste, também, a críticas e análises literárias. A prova disso são os inúmeros estudos que se têm feito sôbre vários de seus aspectos como, por exemplo, o do Sr. Gladstone Chaves de Melo sôbre "José de Alencar e a Língua Brasileira". E a recente edição feita pela Editôra José Olímpio, com estudos introdutórios sérios a respeito dos seus diversos romances, mostra muito bem que, apesar de escritor do povo, Alencar é, também, artista que possui méritos inconfundíveis. É justamente isso o que o torna uma figura ímpar nas nossas letras, permitindo à mocinha comerciária soltar suspiros apaixonados ou matar lágrimas furtivas ao ler trechos de "As Minas de Prata" e "O Guarani", ao mesmo tempo que possibilitando a críticos esmiuçarem a construção de suas frases, a riqueza de seu vocabulário ou as intenções que o dominavam quando encobria nas personagens dos seus romances figuras que desejava ridicularizar.

E mais: a obra literária de Alencar ainda nos pode ensinar os mais variados estudos, que poderão mostrar aspectos novos nos livros que escreveu. Ainda não se estudou a geografia nas suas obras; ainda está ela a esperar pesquisador para mostrar a identidade dos tipos que criou com os ambientes em que se movimentaram. Em um estudo sucinto, que antecede a edição do "O Tronco do Ipê" da Livraria José Olímpio, o Sr. Gilberto Freire focaliza inúmeros aspectos da obra de Alencar que poderão servir de ponto de partida para ensaios mais profundos e detalhados da obra alencarina.

Tudo isso nos leva a crer que José de Alencar é um fenômeno ímpar na literatura brasileira. Escritor de folhetins, a maneira mais pura de aproximar-se do povo, seus livros, entretanto, possuem algo mais do que aquêle sentimentalismo romântico que sempre, em certa fase da vida, nos comove.

É uma obra de artista, que pode não apenas ser sentida como estudada. Que maior prova se pode requerer para atestar a perenidade dos romances de Alencar?

Cronològicamente, a primeira obra de ficção de Alencar, sem falar em *Os Contrabandistas*, que não foi publicada, foi *Cinco Minutos*, “Um romancete... se tal nome cabe a um folheto de sessenta páginas”. Foi editado em folhetins, no “*Diário do Rio de Janeiro*”, em fins de 1856, e depois publicado em avulso, sem o nome do autor. Em 1860 foi editado em livro juntamente com “*A Viuvinha*”, escrito em 1857 e publicado, em parte, em folhetins. Ao tempo em que publicou, em jornal, *Cinco Minutos*, era Alencar redator-chefe do “*Diário do Rio de Janeiro*”. O jornalismo o absorvia; desde os tempos acadêmicos tinha demonstrado pendor para o jornal, chegando mesmo a fundar, em 1846, com José Machado Coelho de Castro, João Guilherme Whitaker e João de Almeida Pereira, uma revista semanal, intitulada “*Ensaios Literários*”.

Não se pode dizer que o sucesso dos folhetins de Alencar — *Cinco Minutos* e *A Viuvinha* — fôsse grande. São trabalhos de estrepante e, naturalmente, não demonstravam a grande força criadora que depois se manifestou em *O Guarani*. Mas, destinados a ser lidos em serões familiares, como agradável passatempo, as histórias foram de certo modo bem aceitas pelo público caseiro. Estava-se numa época em que ler ou ouvir leituras era ainda um dos principais passatempos das famílias. Na própria casa de Alencar, alguns anos antes, era êle quem lia, em voz alta, o *Saint-Clair das Ilhas*, *Amanda e Oscar*, *Celestina*, arrancando lágrimas dos ouvintes durante as passagens mais dramáticas. “Uma noite, daquelas em que eu estava mais possuído dos livros — conta-nos êle — lia com expressão uma das páginas mais comoventes da nossa biblioteca. As senhoras, de cabeça baixa, levavam o lenço ao rosto,

e poucos momentos depois não puderam conter os soluços que rompiam-lhes o seio.

“Com a voz afogada pela comoção e a vista empanada pelas lágrimas, eu também, cerrando ao peito o livro aberto, disparei em pranto, e respondia com palavras de consôlo às lamentações de minha mãe e suas amigas.

“Nesse instante assomava à porta um parente nosso, o Rev. Padre Carlos Peixoto de Alencar, já assustado com o chôro que ouvira ao entrar. — Vendo-nos a todos naquele estado de aflição, ainda mais perturbou-se:

“— Que aconteceu? Alguma desgraça? perguntou arrebatadamente.

“As senhoras, escondendo o rosto no lenço para ocultar do Padre Carlos o pranto, e evitar os seus remoques, não proferiram palavra. Tomei eu a mim responder:

“— Foi o pai de Amanda que morreu! disse-lhe mostrando o livro aberto.” (3)

Se êsse era o ambiente familiar quando Alencar era ainda menino, muito não mudara ao escrever os “*Cinco Minutos*” e “*A Viuvinha*”. Tais romancetes, como lhes chama, se destinavam principalmente às famílias e por elas, de certo, eram lidos nos serões. Eram apenas histórias para impressionar (“*É uma história curiosa a que lhe vou contar, minha prima. Mas é uma história e não um romance.*” — Assim começa êle “*Cinco Minutos*”) e como tal ainda continuam a ser lidos pelo povo.

Foi com “*O Guarani*”, escrito quando Alencar contava apenas vinte e oito anos, que o vigor do romancista se manifestou em tôda a sua plenitude. Publicado em folhetins no “*Diário do Rio de Janeiro*”, entre fevereiro e abril de 1857, sua leitura empolgava tôdas as camadas da metrópole, trazendo fama para o jovem autor. Taunay depõe que “... o Rio de Janeiro, em pêso, para assim dizer, lia *O Guarani*, seguia comovido e enleado os amôres tão puros e discretos de Ceci e Peri e com estremecida simpatia acompanhava, no meio

(3) “Como e Porque sou Romancista” — V.

dos perigos e ardis dos lugares selvagens, a sorte vária e periclitante das principais personagens do cativante romance...”. Mais ainda: o êxito do escritor não se limitava à Côrte, onde, “nos círculos femininos da sociedade fina e no seio da mocidade” havia o entusiasmo arrebatador pela história. Chegou até São Paulo e ali — é ainda Taunay quem depõe — “quando chegava o correio, com muitos dias de intervalo então, reuniam-se muitos e muitos estudantes numa *república* em que houvesse qualquer feliz assinante do *Diário do Rio*, para ouvirem, absortos e sacudidos, de vez em quando, por elétrico frêmito, a leitura feita em voz alta por algum dêles, que tivesse órgão mais forte”. Disputavam-se os jornais em que vinham os folhetins; e isso ocorria não apenas no seio dos estudantes mas, igualmente, nas demais camadas da população paulistana, que todos ansiavam por conhecer as aventuras de Peri e Ceci.

Foi, assim, “O Guarani” que lançou, verdadeiramente, Alencar como romancista. Mas se o êxito do folhetim foi retumbante o mesmo não aconteceu com a sua publicação em livro. Tirada, nesse mesmo ano de 1857, uma edição de 1.000 exemplares, dos quais 300 estavam estragados, ainda assim a venda foi pequena. O próprio Alencar queixou-se disso, amargurado com a indiferença com que o volume fôra acolhido pelo público e com o “pretensioso desdém da roda literária”. O futuro, entretanto, mostrou que o autor não tinha razão. Em sua vida o livro teve várias edições e depois de sua morte continua a ser um dos mais editados do Brasil.

A “O Guarani” seguiram-se outros romances — *Lucíola*, publicado em 1862, *Diva*, em 1863, *Iracema*, em 1865, *As Minas de Prata*, cujo primeiro tomo foi publicado em 1862, saindo em edição completa em 6 tomos em 1865 e 1866, *A Pata da Gazeta*, em 1870, editado sob o pseudônimo de *Sênio*, *O Gaúcho*, em dois volumes, publicado em 1870, *O Tronco do Ipê*, em 1871, *Til*, em 1872, *Sonhos d'Ouro*, em 1872, *Alfarrábios*, contendo “*O Garatuja*”, *O Ermitão da Glória* e *Alma de Lázaro*, em 1873, *Guerra dos Mascates*, em 1873/1874, *Ubirajara*,

em 1874, *Senhora*, em 1875, *O Sertanejo*, em 1875. Morrendo Alencar em 1877, ainda nesse ano publicou em folhetins o romance "*Encarnação*", só editado em livro 16 anos após sua morte, ou seja, 1893.

Todos êsses romances — e mais algumas peças de teatro e algumas poesias — granjearam para Alencar posição de primeiro plano no mundo das letras brasileiras. Afora *O Guarani* outros romances foram acolhidos com aplausos e ainda continuam a ser lidos com interêsse, como acontece com *Iracema*, *As Minas de Prata*, *Ubirajara*, *O Gaúcho*, *O Sertanejo*. As polêmicas que os seus livros provocaram demonstram bem a posição alcançada pelo romancista entre os que se dedicaram à literatura no Brasil. Acusado de copiar Cooper e Chateaubriand e de querer criar uma língua brasileira diferente da de Portugal, espicaçado por José Feliciano de Castilho, Franklin Távora e Antônio Henriques Leal, que o acoimavam de deslizes no uso da língua — tudo isso, afinal, em última análise significa que Alencar não era apenas um escrevinhador sentimental mas escritor de obra possuidora de qualidades verdadeiras e imperecíveis. E a sua permanência na literatura brasileira, ainda hoje suscitando debates e pesquisas, é bem uma prova de que, com Alencar, o Brasil deu o primeiro passo para uma literatura nacional, que só em tempos recentes se veio afirmar inteiramente.

Sendo, assim, sobretudo, um romancista, natural é que a personalidade de Alencar tenha sido estudada principalmente nesse setor. Se foi aplaudido, combatido e discutido em vida, ainda hoje a sua obra literária continua a interessar os estudiosos. A prova disso são os estudos introdutórios contidos na edição da Livraria José Olímpio, onde nomes dos mais destacados da crítica literária brasileira contemporânea apreciam o romancista nos seus mais variados aspectos.

Mas se as qualidades do literato sobrepujaram tôdas as outras de Alencar, não quer isso dizer que êle não se tenha, igualmente, destacado em diferentes atividades. Se bem que as atenções gerais se voltem principalmente para o homem de letras, certo é que, para que se tenha uma idéia geral do valor do homem, necessário se faz investigar e esclarecer as outras atividades a que se dedicou, só assim se podendo perfeitamente compreender sua personalidade.

Dessas outras atividades algumas já têm sido ligeiramente afloradas pelos seus críticos e biógrafos. E dentre essas se destacam as de jornalista e as de político.

Na realidade, o jornalismo desde cedo atraiu Alencar. Foi, mesmo, quando exercia funções de redator do *Diário do Rio de Janeiro*, que iniciou a sua carreira de romancista. E note-se que assim o fêz tangido pela necessidade do jornal em que trabalhava. Foi para “oferecer aos assinantes da fôlha (*Diário do Rio de Janeiro*) um mimo de festa”, nos fins do ano de 1856, que publicou, em folhetins, os *Cinco Minutos*. Mais tarde, fêz o mesmo com *A Viuvinha* e é de notar que o jornal, nesse livro, lhe causou uma complicação que o fêz, por três anos, retardar o final da história.

“Havia eu em época anterior começado êste romancete, invertendo a ordem cronológica dos acontecimentos. Deliberei, porém, mudar de plano, e abrir a cena com o princípio da ação.

Tinha eu escrito tôda a primeira parte, que era logo publicada em folhetins, e contava aproveitar na segunda o primitivo fragmento; mas quando o procuro dou pela falta.

Sabidas as contas, o Leonel (*Conselheiro Leonel de Alencar*), que era então o encarregado da revista semanal, *Livro do Domingo*, como êle a intitulou, achando-se um sábadô em branco, pediu-me alguma coisa com que encher o rodapé da fôlha. Ocupado com outros assuntos deixei que buscasse entre os meus borrões. No dia seguinte lograva êle aos leitores, dando, em vez da habitual palestra, um conto. Era êste o meu princípio de romance, ao qual êle tinha pôsto com uma

linha de reticência e duas de prosa, um dêsses súbitos desenlaces que fazem o efeito de uma guilhotina literária.

Fatigado do trabalho da véspera, urgado pelas ocupações do dia, em constantes tribulações, nem sempre podia eu passar os olhos por tôda a fôlha.

Nesse domingo não li a revista, cujo teor já me era conhecido, pois saíra-me da pasta.

Imagine como fiquei, em meio de um romance, cuja continuação o leitor já conhecia oito dias antes. Que fazer? Arrancar do *Livro do Domingo* as páginas já publicadas? Podia-o fazer, pois o folhetinista não as dera como suas, e deixara o entrever o autor; mas fôra matar a ilusão.

Daí veio o abandono dêsse romancete, apesar dos pedidos que surgiram a espaços, instando pela conclusão. Só três anos depois, quando meu amigo e hoje meu cunhado, Dr. Joaquim Bento de Sousa Andrade, quis publicar uma segunda edição de *Cinco Minutos*, escrevi eu o final da *Viuvinha*, que faz parte do mesmo volume". (4)

Foi ainda quando acadêmico que Alencar se iniciou nas lides jornalísticas. Em 1846, como foi visto, ainda primeiranista da Faculdade de Direito, fundou, com outros, em São Paulo, os *Ensaíes Literários*, onde publicou "A *Pátria de Camarão*" e "*Questões do Estílo*". Foi justamente nesta época que a vida de imprensa o empolgou. Os dois anos seguintes — confessa — pertencem à imprensa periódica. Em outra ocasião escreverei esta, *uma das páginas mais agitadas da minha adolescência. Daí datam as primeiras raízes de jornalista; como tôdas as manifestações da minha individualidade, essa também iniciou-se no período orgânico*". (5)

Mas o fato é que, então, Alencar era mais um colaborador do que um verdadeiro fazedor de jornal. E foi nessa qualidade que, mais tarde, escreveu folhetins no *Correio Mercantil*, de 1851 a 1855. E deve-se atentar, como advertiu Brito

(4) "Como e Porque sou Romancista" — VII.

(5) *Idem*, V.

Broca, o que significava ser folhetinista naquela época. “Sabe-se o que se chamava um folhetim naquele tempo. Era um gênero de comentário litero-jornalístico, indo da política nacional e internacional à apreciação de um “fait-divers”, dos últimos acontecimentos sociais mundanos e teatrais ou do romance acabado de aparecer nas montras das livrarias. Alencar revelou-se um folhetinista ágil, lúcido e elegante para o tempo e algumas de suas páginas como a referente ao famoso sermão de Mont’Alverne ficaram mesmo célebres”. (6)

Foi em 1855 que, realmente, passou a integrar um jornal como seu redator. “Ao cabo de quatro anos de tirocínio na Advocacia, a imprensa diária na qual apenas me arriscara como folhetinista arrebatou-me. Em fins de 1856, achei-me redator-chefe do *Diário do Rio de Janeiro*” (7). Daí por diante sentiu as verdadeiras “labutações do jornalismo, oberado não somente com a redação de uma fôlha diária, mas com a administração da empresa”. (8)

Seu nome cedo se impôs como jornalista. Araripe Júnior, apesar de achar que o jornalismo e o teatro foram, para êle, um desvio de sua verdadeira vocação, chega, entretanto, a afirmar: “J. de Alencar deu incontestável realce ao *Diário do Rio*, e a sua passagem pela imprensa diária ainda hoje se

(6) Brito Broca — “Introdução Biográfica” in “O Guarani”, Ed. José Olímpio, 1951, página 23.

(7) “Como e Porque sou Romancista” — VII — Parece contradição dizer que em 1855 Alencar entrou a trabalhar na imprensa quando êle confessa que em 1856 era redator-chefe do *Diário do Rio*. O fato é que, formando-se em fins de 1850, em 1851 iniciou sua vida de advogado. Passados quatro anos dessa data — como diz êle no início do período — estamos em 1855, só assumindo, porém, o cargo de redator-chefe em 1856. O Barão de Studart afirma: “Em outubro de 1855 chamou a si a direção e redação do *Diário do Rio de Janeiro*, em que se acen-tuaram os seus méritos de jornalista” (Dicionário Biobibliográfico Cearense, Vol. 2, verb. *José Martiniano de Alencar*). Parece haver engano na afirmativa. Em 1855 ingressou êle no *Diário do Rio* mas a chefia da redação foi em 1856. Inocência também afirma que de outubro de 1855 a 20 de julho de 1858 pertenceu ao *Diário* (Dicion., vol. V).

(8) Idem. Idem.

faz lembrar nos traços fulgurantes que deixou". E mais adiante: "Jornalistas de incontestável merecimento já se tinham mostrado nos horizontes de nossa Pátria. Justiniano José da Rocha, Paranhos, Amaral e Tôrres Homem projetavam as suas sombras de gladiadores muito longe. *A muitos pareceu que o jovem autor de "O Guarani" os igualava, senão os excedia*" (9). A partir dessa época continuou sempre a colaborar em jornais — no *Dezesseis de Julho*, no *O Protesto*, na *República*, no *O Globo*, no *Diário Popular*. Tratava-se, entretanto, de colaboração literária. Sua experiência como profissional da imprensa se deu, sobretudo, no *Diário do Rio de Janeiro*, em cuja redação permaneceu até 1858.

O outro aspecto da personalidade de José de Alencar, que também merecia maiores estudos, se bem que já tenha sido focalizado, levemente, pelos seus críticos e biógrafos, é o do político. Pertencente a uma família tradicionalmente ligada à política, desde D. Bárbara de Alencar, sua avó, heroína da revolução de 1817, até seu pai, o Senador José Martiniano de Alencar — todos os principais vultos de sua família foram políticos de destaque e influência. O pai, Senador Alencar, bem situado nas altas rodas do País (10), foi figura central no movimento que deu a Maioridade a Pedro II, e era na casa de Alencar, na Rua do Conde, n.º 55, que se reuniam os membros do Clube Maiorista, de que era presidente o Conselheiro Antônio Carlos e secretário o Senador Alencar. "Aí nessa casa — diz êle — preparou-se a grande revolução parlamentar que entregou ao Sr. D. Pedro II o exercício antecipado de suas prerrogativas constitucionais". E mais adiante: "Celebravam-se os serões em um aposento do fundo, fechando-se nessas

(9) Araripe Júnior — "José de Alencar" — Perfil Literário — págs. 76, 77.

(10) V. Araripe Júnior — ob. cit., pág. 79.

ocasiões a casa às visitas habituais, a fim de que nem elas nem os curiosos da rua suspeitassem do plano político, vendo iluminada a sala da frente” (11).

Criado nesse ambiente, natural era que Alencar um dia voltasse as vistas para a política. Não era essa, contudo, a sua vocação — êle mesmo afirma, — pois o desejo de participar dos grandes acontecimentos políticos do País só lhe surgiu passada a adolescência. Araripe Júnior dá uma interpretação ousada para essa nova orientação da vida de Alencar. “É uma verdade hoje reconhecida — diz o crítico — que sem política nada se consegue neste País, onde tudo é grande, menos o homem. *J. de Alencar convenceu-se disto*. Não podendo ser diplomata, como Magalhães e Pôrto Alegre, pois repugnava-lhe emigrar, lançou-se desassombrado à política”. (12) Verificou-se êsse fato em 1860, quando veio ao Ceará fazer a propaganda de sua candidatura a deputado-geral, sendo eleito e estreando na Câmara em 23 de maio de 1861.

A estréia decepcionou os amigos, tendo mesmo Teófilo Otôni chegado a declarar: “Nem de longe lembra o pai.” Mas, com o correr dos tempos, Alencar se firma como orador. Enfrentou os mais afamados tribunos da época, como Cotegipe e Zacarias, fazendo com que se mudasse a péssima impressão que dera na estréia.

Novamente eleito deputado-geral em 1865, 1872 e 1877, nesse meio tempo Alencar fêz parte do Gabinete de 16 de julho de 1868, organizado pelo Marquês de Itaboraá, sendo-lhe confiada a pasta da Justiça. Aí permaneceu até 10 de agosto de 1870, quando se demitiu por incompatibilidades com outros membros do Gabinete e com o próprio Imperador. Diz-se que a principal causa que motivou sua demissão foi o fato de se haver candidatado, no Ministério, à Senatoria pelo Ceará, fato com que não concordou Pedro II, que não desejava disputassem seus Ministros eleições enquanto no poder. Tanto que, tendo obtido maioria de votos, o Imperador não o escolheu na

(11) “Como e Porque sou Romancista” — III.

(12) Ob. cit., pág. 84.

lista sêxtupla, confirmando, assim, a sua desaprovação ao ato do Ministro.

Fatos relacionados com a vida política de Alencar estão relatados por quase todos os seus críticos e biógrafos. Principalmente aquêle em que o Imperador julgou Alencar muito moço para disputar a Senatoria, no que redarguiu o romancista isso não constituir motivo de admiração pois, moço também, o Imperador fôra considerado Maior e passara a assumir as rédeas do Govêrno. Molestou-se com isso o Imperador, que daí por diante não perdoava Alencar. Nem mesmo a notícia de sua morte fêz com que o monarca abrandasse, pois, ao saber da notícia, apenas comentou:

— Era um homenzinho muito malcriado.

Da sua atuação na Câmara dos Deputados e no Ministério dão-nos conta, entre outros, Brito Broca (13) e Artur Mota (14). Nessa primeira representação, dentre outros assuntos que tratou na Câmara dos Deputados figuram a organização e divisão judiciárias, em que defendeu a tese de que as assembléias provinciais eram competentes para legislar sôbre paróquias, conventos, confrarias ou outras associações religiosas, para tanto se valendo Alencar do direito constitucional, administrativo e eclesiástico (sessão de 5 de julho de 1861) (15); a necessidade da criação de um tribunal de contas para fiscalizar a despesa pública (sessão de 2 de agôsto de 1861); a pressão dos governos sôbre o voto popular e o papel político das municipalidades, que a seu entender deveriam ter caráter meramente administrativo; falta de programa aos partidos políticos. Quando do exercício de Ministro da Justiça preocupou-se com a reforma policial, procurando separar as funções judiciárias das policiais, assunto que debateu na Câmara como Ministro, na sessão de 28 de junho de 1869, vol-

(13) Estudo cit., págs. 25 e segs.

(14) Artur Mota — "José de Alencar" — (O Escritor e o Político) — Sua vida e sua obra — Rio de Janeiro, 1921, págs. 173 e segs.

(15) Cf. Artur Mota — ob. cit., pág. 177.

tando, mais tarde, a falar sôbre o mesmo assunto, na sessão de 24 de agôsto dêsse ano. Foi ainda por ato de 16 de setembro de 1869, que Alencar proibiu a venda de escravos em pregão e exposição pública.

No Senado enfrentou Zacarias de Góis, que procurava ridicularizá-lo, chamando-o de escritor-ministro e apelidando-o de *fanadinho*; por sua vez, dizia êle num discurso proferido a 6 de setembro de 1869:

“No partido liberal há uma espécie de trindade indiana, a *trimurti*. As três pessoas são: o princípio criador o Sr. Nabuco, o conservador, o Sr. Saraiva, e o destruidor, o Sr. Zacarias”.

Deixando o Ministério em 1870, voltou Alencar à Câmara em 1872, aí novamente debatendo a situação dos escravos, declarando-se antiescravagista, se bem que fôsse contrário à libertação brusca, o que criaria dificuldades para os escravos e para o País. Foi nessa legislatura, na sessão de 4 de junho, que explicou as razões de sua retirada do Ministério de 16 de julho, travando, então, forte debate com Cotegipe. Também nessa legislatura Alencar apresentou um projeto sôbre a emancipação dos escravos, por meios indiretos, discutiu a reorganização judiciária e não perdeu oportunidade de espicaçar Cotegipe, com quem já debatera longamente.

Por último, ainda focalizou Alencar, na Câmara, a reforma eleitoral, porfiando com Silveira Martins e Martinho de Campos. Sua projeção como orador foi reafirmada nos vários debates que manteve com Zacarias, Cotegipe e Silveira Martins. Das suas atividades no Ministério da Justiça deixou um *Relatório* em que mostrou o seu programa de ação. Também muito conhecidas são as *Cartas ao Imperador*, assinadas com o pseudônimo de *Erasmus*, em que trata de vários assuntos políticos e graças às quais, diz-se sem confirmação, o Imperador havia sugerido a Itaboraí a sua inclusão no Gabinete de 16 de julho. Ainda versando assuntos políticos publicou: “*Cartas que aos Eleitores da Província do Ceará dirige José de Alencar*”, Rio, 1860; *Ao Povo*, cartas políticas dirigidas ao

Marquês de Olinda; ao Visconde de Itaboraá, assinados por *Erasmus* — Rio, 1866; *Página da Atualidade — Os Partidos* — Rio, 1866; *O Juízo de Deus — Visão de Job*, panfleto político, Rio, 1867; *Discursos proferidos na sessão de 1871 na Câmara dos Deputados* — edição póstuma — Rio, 1881; *A Viagem Imperial*, discurso proferido na Câmara dos Deputados, sessão de 9 de maio de 1871, Rio, 1871; *Voto de Graças*, discurso que não chegou a ser proferido — Rio, 1873; *Reforma Eleitoral*, discurso proferido na Câmara dos Deputados, sessão de 1874 — Rio, 1874 (16).

Se como romancista, poeta, comediógrafo, crítico literário, jornalista, político e tribuno, José de Alencar tem sido estudado — com preponderância natural para o romancista, que foi a sua principal qualidade — há, contudo, uma faceta de sua personalidade que tem permanecido quase desconhecida, pouquíssimos sendo os que a ela se referiram. E mesmo esse reduzido número de seus críticos e biógrafos, ao mencioná-la fazem-no em poucas linhas ou em reduzidas páginas, de modo a quase ser ignorado pelo público tal aspecto da personalidade do grande homem.

Trata-se do jurista. Pois a verdade é que Alencar, Bacharel em Direito pela Faculdade de S. Paulo, não era simplesmente o detentor de um título mas, igualmente, um estudioso da ciência jurídica. Um dos seus biógrafos, Artur Mota, com algum exagero chega mesmo a dizer que “a sua verdadeira profissão, que almejou pelo preparo inicial do seu espírito, a que lhe garantiu os meios de subsistência durante toda a vida, foi a do jurisconsulto” (17). Se essa foi a sua verdadeira profissão não foi, contudo, a que sempre almejou. Mais fortes,

(16) As publicações aqui mencionadas constam da bibliografia publicada por Artur Mota — ob. cit., págs. 300 e segs.

(17) Ob. cit., pág. 237.

nê, estavam as inclinações para a literatura e para o jornalismo, conforme repetidamente se vê das páginas que escreveu sobre sua própria vida.

Mas o fato é que, como advogado e jurisconsulto, Alencar não se limitou a ostentar um título ou ocupar uma função. Deu seguras demonstrações de conhecimentos de direito e é justamente isso o que faz lamentemos não se tenham ainda os estudiosos detido sobre essa faceta do seu espírito. As páginas que até agora foram escritas sobre Alencar como jurista são pouquíssimas. Artur Mota é quem mais se expande, dedicando-lhe 10 páginas do seu livro; Araripe Júnior faz apenas rápidas referências, quatro ou cinco frases que não esclarecem o papel de Alencar como cultor do direito. Os demais, que estudaram a obra do romancista não se detiveram sobre o jurista, como que desconhecendo ou menosprezando as suas atividades nesse setor. Dos ensaios críticos que antecedem os vários volumes da coleção editada por José Olímpio, só o de Afrânio Peixoto, no volume que enfeixa a “Guerra dos Mascates”, contém algumas palavras sobre o assunto. “Com efeito — diz Afrânio — o jurisconsulto seria havido entre os nossos Lafaietes ou Rui Barbosas, se no Brasil se permitissem ao menos as acumulações... de nomeado. *Uma Tese Constitucional, Questões de Habeas-Corpus, O Sistema Representativo, a Codificação Civil, A Propriedade...* são opúsculos e obras, escritos com perfeição, cheios de idéias, que tiveram aplauso do tempo, indispensáveis para se compreender senão a altura, a profundidade do seu espírito, tão grande na ciência como na arte” (18).

É verdade que há uma justificativa para isso, principalmente no que concerne aos prefaciadores da edição de José Olímpio: o papel de José de Alencar como romancista foi tão grande que as suas demais atividades culturais como que dei-

(18) Afrânio Peixoto — “José de Alencar”, conferência lida na Academia Brasileira de Letras por Fernando de Magalhães, a pedido do autor, em 1.º de maio de 1929, e incluída na “*Guerra dos Mascates*”, Liv. José Olímpio, Rio, 1951, pág. 22.

xaram de ter importância. E é talvez por essa razão que até mesmo os livros de referências bibliográficas — os dicionários de Sacramento Blake, de Inocêncio, do Barão de Studart — pouco adiantam a êsse respeito, deixando o interessado cheio de dúvidas sôbre essa facêta da vida de Alencar.

Acreditamos, entretanto, que o assunto merece atenção. E ao tentar aqui focalizá-lo, o nosso intuito é apenas o de despertar a curiosidade dos estudiosos para o mesmo, apontando um filão que poderá ser explorado com sucesso pelos doutos. A premência do tempo de que dispomos para entregar ao Arquivo Nacional os *Pareceres* que adiante se encontram, devidamente anotados, e sobretudo a falta de elementos com que, na província, contamos para uma pesquisa mais demorada nas fontes, não nos permitem adiantar grande coisa nesse setor tão interessante da vida do escritor. As notas e considerações que adiante expendemos servem, assim, apenas de roteiro âqueles que quiserem aprofundar o assunto. Roteiro, pelos motivos atrás expostos, passível de retificações e esclarecimentos pois a verdade é que o tempo não nos permite investigar mais a fundo, como era nosso desejo, êsse aspecto das atividades de José de Alencar, o que um dia, se as condições permitirem, pretendemos fazer, com mais vagar.

Como todos sabem, José de Alencar era Bacharel em Direito, tendo-se formado em São Paulo, em 1850. Iniciando os estudos secundários na Côrte, no Colégio de Instrução Elementar, do Professor Januário Mateus Ferreira, com quatorze anos de idade transferiu-se para São Paulo, a fim de terminar os preparatórios que o habilitariam a ingressar na Faculdade de Direito.

Na sua carta autobiográfica "*Como e Porque sou Romancista*", Alencar declara: "Ao chegar em São Paulo era eu uma criança de *treze anos*, cometida aos cuidados de um parente,

então estudante do terceiro ano e que atualmente figura como lustre na política e na magistratura”. A afirmação de contar apenas 13 anos a essa época mostra-nos que Alencar deve ter ido para São Paulo até maio de 1843. Na verdade, páginas antes dizia êle, nessa narrativa, que “foi em 1842”, quando a família já deixara a casa da Rua do Conde, mudando-se para a chácara na Rua do Maruí, n.º 7, que tentou escrever, animado por Joaquim Sombra, uma história passada em Pajeú de Flores que muito o impressionara. E encerrando êsse capítulo declara Alencar: “Um ano depois parti para São Paulo, onde ia estudar os preparatórios que me faltavam para a matrícula no curso jurídico”.

Ora, um ano depois de 1842 era 1843. E tendo nascido em maio de 1829, em maio de 1843 Alencar devia fazer quatorze anos. Assim, foi no princípio de 1843, até maio, que deixou a família e foi para a capital paulista. Era então rapazola tímido, arredio, que apesar de viver em uma república de estudantes, certamente nunca tomou parte em patus-cadas. “Com a timidez e o acanhamento de meus treze anos — confessa — não me animava a intervir na palestra; escutava à parte; e por isso ainda hoje tenho-as gravadas em minhas reminiscências, a estas cenas do viver escolástico.”

Passou Alencar em São Paulo três anos a estudar os preparatórios — 1843, 1844 e 1845. Em 1846 ingressou na Faculdade de Direito quando, juntamente com outros colegas, fundou a revista semanal “Ensaio Literários”. (“*Fundamos os primeiranistas de 1846...*”). E na Faculdade continuou até fins de 1847, tendo-se transferido para Olinda, em 1848, quando cursava o 3.º ano.

De sua vida em Olinda como, de resto, de sua vida acadêmica em geral, pouco se sabe. Só encontramos referências na sua mencionada carta autobiográfica, ao declarar: “Em Olinda onde estudava o meu terceiro ano, e na velha biblioteca do convento de São Bento a ler os cronistas da era colonial desenhavam-se, a cada instante na tela das reminiscências, as

paisagens do meu pátrio Ceará”. Passara no Ceará dois meses antes de ir para Pernambuco.

Em Olinda, ao que parece, estudou apenas um ano, o de 1848. Araripe Júnior declara que foi ali que fêz dois ensaios que, mais tarde, se converteram em “*Alma de Lázaro*” e o “*Ermitão da Glória*”. Acrescenta, entretanto, o crítico (19) que Alencar escreveu os ensaios em Olinda, “*quando aí estudava o 4.º ano*”. Ora, o próprio romancista nos diz: “Súbito, tôdas aquelas lucubrações literárias apagaram-se em meu espírito. A moléstia tocara-me com sua mão descarnada; e deixou-me uma espécie de terror da solidão em que tanto se delectava o meu espírito, e onde se embalavam as cismas e devaneios da fantasia. *Foi quando desertei de Olinda*, onde só tinha casa de estado, e aceitei a hospitalidade do meu velho amigo Dr. Canarim, então colega de ano e um dos deus da colônia paulistana, a que também pertencia o Conselheiro Jesuíno Marcondes e o Dr. Luís Álvares”.

E a seguir esclarece: “Dormiram as letras, e creio que também a ciência, um sono folgado. De pouco se carecia para fazer então em Olinda um exame sofrível e obter aprovação plena. *Em novembro regresssei à Corte com a certidão precisa para a matrícula do 4.º ano*. Tinha, pois, cumprido o meu dever” (20).

Voltando à Faculdade de Direito de São Paulo, Alencar nela freqüentou os dois últimos anos do curso. Formou-se em 1850 e não em 1851, como, certamente por lapso, afirmou Brito Broca (21). Tinha, então, 21 anos completos. Nesse mesmo ano, no dizer de Araripe Júnior, passou-se para o Rio de Janeiro onde, entre outras coisas, foi praticar a advocacia.

Para iniciar a sua carreira de advogado, José de Alencar entrou, em 1851, como praticante do escritório de advocacia

(19) Ob. cit., pág. 17, n.º 1.

(20) “Como e Porque sou Romancista” — VI.

(21) Brito Broca, ed. cit., pág. 22.

do Dr. Caetano Alberto Soares. Era êsse, então, um dos advogados de maior nomeada no fôro do Rio de Janeiro. Natural da Ilha da Madeira, era presbítero secular e doutor em direito pela Universidade de Coimbra. Tendo, inicialmente, exercido o sacerdócio na Madeira, ao mesmo tempo ensinava latim e praticava a advocacia. Eleito deputado às Côrtes Portuguezas em 1826, dois anos depois se verificou a revogação da Constituição daquele país. Perseguido por D. Miguel, expatriou-se, indo primeiro para a Inglaterra e depois para o Brasil. Radicou-se no Rio de Janeiro, a partir de 1833, passando a dedicar-se exclusivamente à advocacia, abandonando o sacerdócio. E como profissional fêz nome, sendo, inclusive, advogado da Casa Imperial. O seu escritório era um dos mais movimentados do Rio de Janeiro e os seus conhecimentos de direito fizeram com que o govêrno o nomeasse para, juntamente com José Clemente Pereira, Nabuco de Araújo, Barão de Penedo e Barão de Mauá, integrar a comissão que elaborou o famoso Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, o mais completo código processual da América do Sul, ao seu tempo.

Alencar, durante quatro anos, advogou no escritório do Dr. Caetano Alberto. Foi por essa época que, segundo confessa, teve de refazer a maior parte dos seus estudos secundários, a seu ver bastante descurados. E foi então, também, que verdadeiramente se iniciou nos estudos mais sérios do direito. A convivência com Caetano Alberto lhe deve ter sido muito útil, dados os conhecimentos que êste tinha do direito. Tanto que, em 1854, já era José de Alencar quem redigia a parte forense do *Correio Mercantil*, a convite de Francisco Otaviano (22). Nesse jornal, sob o pseudônimo de *Al*, escreveu, na mesma época, artigos sôbre a reforma hipotecária, mais tarde incluídos no volume *Ao Correr da Pena*.

(22) Cf. Joaquim Nabuco — "Um Estadista do Império". — vol. I, pág. 206. n.º 1.

Mas, em fins de 1855, envereda pelo jornalismo, deixando de parte a advocacia e passa os três anos seguintes dedicado quase que exclusivamente ao jornal e ao teatro.

Em fins de 1858 (Inocência diz que a 20 de julho) afasta-se da redação do *Diário do Rio de Janeiro* e novamente passa a dedicar-se à advocacia. No início do ano seguinte, sendo Nabuco de Araújo Ministro da Justiça, faz êsse a reforma do Ministério, dando-lhe uma organização interna diferente. Criado em 1822, o Ministério da Justiça havia sido reorganizado, já uma vez, em 1842, pelo Dec. n.º 172-A, de 30 de maio, sendo então Ministro Paulino José Soares. Nabuco de Araújo, entretanto, assumindo o Ministério em 12 de setembro de 1858, como jurista exímio que era, tratou de imprimir aos seus serviços nova orientação. Assim é que, dez dias depois de empossado, contratou com Teixeira de Freitas um projeto do Código Civil (Dec. n.º 2.318, de 22 de dezembro de 1858); e menos de dois meses após sua investidura, ou seja, a 5 de fevereiro de 1859, subscreveu o Dec. n.º 2.350, reformando a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça.

De acôrdo com êsse diploma legal, foi a Secretaria dividida em seis seções, sendo uma a Seção Central, dirigida pelo Diretor-Geral, e as demais as da Justiça e Estatística, Negócios e Benefícios Eclesiásticos, Polícia, Prisões e Fôrça Pública, Orçamento e Arquivo. Além dessas seções foram criadas duas Consultorias Jurídicas, cada Consultor vencendo anualmente a importância de Cr\$ 6.000,00.

Se bem que, de acôrdo com o art. 14 do decreto, a nomeação do Diretor-Geral, dos Consultores, dos Diretores de Seção e dos primeiros e segundos oficiais devesse ser feita por decreto imperial, “as primeiras nomeações dos Empregados da Secretaria — segundo o art. 46 do decreto — serão discricionárias e sem dependência das regras estabelecidas neste Regulamento”.

Assim, cabia a Nabuco de Araújo a escolha dos funcionários da Secretaria. E para diretores de seção nomeou a José

de Alencar, Cândido Mendes e Araújo Lima, sendo escolhidos para Consultores Silveira da Mota e Sinimbu. Nenhuma interferência estranha se verificou para essa escolha. “Outro traço seu — diz Joaquim Nabuco referindo-se ao pai — é o prazer de ir procurar êle mesmo o talento, a capacidade *que nada sollicitou*, e surpreendê-lo com uma nomeação que outros disputavam com empenho. Nesse mesmo Ministério êle reforma a Secretaria da Justiça e vai buscar para Consultores a Silveira da Mota e Sinimbu, para Diretores a *José de Alencar*, Cândido Mendes, Araújo Lima”. (23) A seção que coube a José de Alencar foi a segunda — de Justiça e Estatística — muito embora em um dos pareceres que adiante vão publicados (Par. de 17/5/1859) diga êle que foi diretor da V Seção. Pode ter havido engano na cópia ou ter o engano sido do próprio Alencar. À Seção de Justiça e Estatística — Segunda Seção, nos termos do art. 4.º da lei da reforma — cabiam, entre outras coisas:

“todos os atos relativos:
à organização judiciária;
à confecção e reforma dos códigos e legislação concernente ao Ministério da Justiça;
à administração da justiça civil, comercial e criminal;
às questões sôbre a intelligência e interpretação das leis;
aos conflitos de jurisdição;
ao exequatur das sentenças e precatórias da jurisdição estrangeira, que devem ter execução no Império”.

E os pareceres dados por José de Alencar, como diretor de seção, se referem a êsses assuntos.

Mas a verdade é que passou êle pouco tempo nessa função. Tendo sido nomeado depois de 5 de fevereiro de 1859 — data

(23) Joaquim Nabuco — ob. cit., vol. II, pág. 39.

da lei da reforma da Secretaria (não pude encontrar a data exata da nomeação mas o primeiro parecer datado em que assina como diretor da Seção de Justiça e Estatística é de 22 de fevereiro), já em 17 de maio era Consultor, como se vê no parecer datado desse dia. E sem dúvida, sendo duas consultorias, uma destinada aos Negócios Eclesiásticos e outra aos Negócios da Justiça, coube a Alencar esta última, pois todos os seus pareceres versavam matéria de atribuições da mesma consultoria (24).

Como Consultor, tinha José de Alencar o título de Conselheiro (cit. dec., art. 33); Conselheiro aos trinta anos de idade, esse fato lhe dera grande distinção, como já foi notado por Araripe Junior.

(24) Dispunha o decreto sobre as atribuições das Consultorias:

Art. 34 — Ao consultor dos Negócios da Justiça incumbe especialmente dar seu parecer:

- § 1.º — Sobre petição de graça;
- § 2.º — Sobre indenizações;
- § 3.º — Sobre queixas sobre magistrados e empregados;
- § 4.º — Sobre aposentadorias;
- § 5.º — Sobre suspensão ou remoção de Juizes de Direito;
- § 6.º — Sobre suspensão de magistrados e empregados;
- § 7.º — Sobre dúvidas suscitadas a respeito da execução de leis e regulamentos;
- § 8.º — Sobre apresamento de navios empregados no tráfico e questões relativas a fiança;
- § 9.º — Sobre conflitos;
- § 10.º — Sobre embargos opostos na chancelaria;
- § 11.º — Sobre os contratos;
- § 12.º — Sobre todos os negócios de jurisdição contenciosa do Conselho de Estado.

Além disso, a ambos os Consultores incumbia, individual ou coletivamente:

§ 1.º — Consultar com seu parecer sobre todos os negócios que o Ministro mandar.

§ 2.º — Organizar e preparar o relatório e exposição de motivos para as propostas legislativas, os regulamentos e quaisquer trabalhos que o Ministro lhes encarregar.

Permaneceu no cargo de Consultor Jurídico até o ano de 1868, quando, operando-se nova reforma na Secretaria do Ministério da Justiça, foi extinto o lugar de Consultor (Dec. n.º 4.159, de 22 de abril de 1868, art. 53). “Como fôsse então considerado adido à Secretaria, — escreve Sacramento Blake — renunciando tal colocação, pediu que, em remuneração dos seus serviços, fôsem publicados no *Diário Oficial* os pareceres que elaborara por espaço de nove anos” (25). Seu intento não foi atendido; somente agora, quase cem anos depois, graças à iniciativa do Prof. José Honório Rodrigues, Diretor do Arquivo Nacional, êsses pareceres vão ser publicados.

Além dos pareceres que deu na Consultoria do Ministério da Justiça, José de Alencar também publicou vários trabalhos jurídicos que mereceram elogiosas referências dos seus contemporâneos. No mesmo ano em que entrou para o Ministério da Justiça foi, também, nomeado professor de Direito Mercantil do Instituto Mercantil, onde permaneceu até 1860. Essa nomeação esclarece o fato de estar Alencar tão familiarizado com os grandes autores do Direito Comercial da época. Os mais renomados tratadistas de então são por êle citados em alguns dos pareceres em que versa matéria comercial. Também não convém esquecer que o escritório de advocacia em que iniciou a profissão era dirigido por um homem que colaborara na elaboração do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850 — regulamento que, apesar de regular o processo comercial, foi um complemento do Código de Comércio, esclarecendo muitas das suas passagens.

E afora essas atividades de professor de Direito Mercantil, Alencar também escreveu vários trabalhos jurídicos, alguns

(25) Sacramento Blake — “Dicionário Bibliográfico Brasileiro” — vol. V — pág. 74.

dos quais foram publicados em volume, após a sua morte. Tratavam preferentemente êsses trabalhos, como já assinalou Artur Mota, sôbre direito constitucional, direito civil e direito criminal. Um dêles, intitulado *Uma Tese Constitucional*, girava sôbre a interpretação do art. 144 da Constituição de 1824, artigo que dispunha que “o Príncipe Imperial, logo que tiver 18 anos completos, será de direito do Conselho de Estado”. O Visconde de S. Vicente apresentou ao Senado um projeto permitindo que fizesse parte do Conselho o Príncipe Consorte, dando, assim, uma interpretação muito elástica ao dispositivo constitucional. Alencar combateu a tese, aferrando-se à letra da Constituição. Êsse trabalho foi publicado em folheto em 1867.

Sôbre o *Sistema Representativo* também escreveu Alencar um trabalho editado em 1868, com 205 páginas. O assunto o interessava há muito tempo: já quando colaborador do *Jornal do Comércio*, em 1859, discutira tema, tendo êsse, na verdade, o preocupado durante tôda a sua atividade política. Ainda nesse ano de 1868 publicou “Questão de Habeas-Corpus”, trabalho de cunho forense apresentado ao Supremo Tribunal.

Vários trabalhos jurídicos inéditos de Alencar foram publicados após sua morte. Formaram êsses trabalhos dois volumes, hoje raridades bibliográficas e, por isso mesmo, de conhecimento restrito por parte do público.

O primeiro dêles se intitula “A Propriedade” e veio a lume em 1883, editado por B.L. Garnier, “com uma prefação do Exmo. Sr. Cons. Dr. Antônio Joaquim Ribas”. O livro, dividido em 12 capítulos além de uma introdução, contém 269 páginas e traz, antes do nome do autor, o título *Cons.*

Na sua “*prefação*” o Conselheiro Ribas, além de longas dissertações sôbre a evolução do direito, tem palavras elogiosas para com José de Alencar. “O Conselheiro José Martiniano de Alencar — inicia êle o prefácio — é, por certo, um dos nomes que, na literatura pátria, goza da mais larga e mais merecida popularidade”... “O poder e a inexaurível fecundidade de sua imaginação, a cintilação fascinadora de seu

estilo, semelhante à de um límpido diamante, perfeitamente lapidado, a energia das suas faculdade afetivas, a vastidão de sua erudição literária, lhe asseguram a primazia entre romanistas pátrios”.

“Mas, — acrescenta — José de Alencar, além de grande literato, era também distintíssimo Jurisconsulto.”

“Da sua ilustração jurídica sobejas provas deu êle como advogado, como Consultor, e como Ministro de Estado dos Negócios da Justiça.”

“Estas provas, porém, estão esparsas e sepultadas nos cartórios do fôro, na Secretaria de Estado e nos jornais do tempo, quase perdidos para a posteridade, e ainda para os que hoje mesmo os queíram consultar.

“O presente livro veio, pois, condensar essas provas em um grande e duradouro monumento”.

Estende-se, ainda, o Conselheiro Ribas, em várias considerações sôbre o livro, chegando mesmo a dizer:

“Não se pense, porém, que o presente livro contém apenas a mera exposição didática da matéria.

Não; êle é antes uma obra de crítica e de reforma do direito existente; e, no período de transição em que vivemos, nenhum trabalho jurídico pode ser mais oportuno do que aquêlle que tem por fim facilitar e encaminhar acertadamente essa transição”.

“Assim, não encarecemos o valor desta obra quando declaramos que ela é um grande serviço prestado pelo Conselheiro José de Alencar aos progressos do Direito”.

Na sua “Introdução”, que consta apenas de três páginas, Alencar fala sôbre a constituição da sociedade, o abrigo que lhe dá a lei e a evolução profunda que então começava a operar-se no seio da primeira. E definindo o sentido do seu estudo: “É o rastro luminoso dessa revolução que eu rastreio no seio da treva, onde jaz envolto o caos do direito civil e ficará sepulto por muito tempo ainda, até que a razão pura, a razão soberana, arrancando os andrajos da velha ciência, revele-se

enfim na plenitude do esplendor, a sua majestade em uma — *naked magesty* (Milton — *Paradise lost* — Canto 4.º) (26)

A obra, como foi dito (Araripe Júnior, relacionando os inéditos de Alencar, chama “A Propriedade” de *tratado*), está dividida em 12 capítulos. No primeiro, com 21 páginas, é estudada a formação da propriedade, iniciando-a Alencar com uma explanação sobre a constituição da família, o casamento, a dissolução deste, o aparecimento da lei. Depois suspende as considerações gerais porque, diz, “não é meu propósito escrever a história do direito romano. Outro assunto me reclama. Busco apenas nas primeiras instituições do povo Rei, nas laboriosas escavações feitas por sábios ilustres dentre as minas da legislação *quiritária*, as origens da moderna constituição civil”. E passa a focalizar a organização da família em Roma, detendo-se na *mancipio*, no casamento e adoção feitas *per aes et libram* e finalmente na “mancipação, *mancipatio*, primeira transformação do *mancipium*”, “cerimônia civil da investidura da propriedade”.

Passa, a seguir, a estudar a aquisição da propriedade, tratando, depois, das obrigações e dos contratos. Refere-se ao *nexum*, à *missio in possessionem*, à *in jure cessio*, para arrematar essa primeira parte do capítulo com a divisão das coisas em mancipias e não mancipias, sem deixar de referir-se também ao colonato.

Em seguida discorre Alencar sobre o princípio da propriedade em Roma, declarando que “a propriedade se manifesta logo sob a forma de uma tirania”. E, revestida de materialismo, mostra, nas páginas seguintes, que ainda então, quando escrevia, se mantinha a propriedade com quase todas aquelas características do período romano. E foi para “descarnar esse aleijão jurídico” do homem subordinado a leis que o escravizam — leis que se originaram no modo quiritário de formação da propriedade, que escreveu o seu livro.

(26) “A Propriedade” — pag. 3.

No capítulo seguinte, n.º II, trata Alencar do direito real. Aí estuda o direito real e o direito pessoal, citando Lagrange e Savigny, refutando essa divisão, que “além de sua ridícula nomenclatura e deformidade jurídica, é arbitrária e fantástica”.

Todo o cap. II (págs. 27 a 44) Alencar dedica a atacar o direito real. E no cap. III (págs. 45 a 66) focaliza o domínio, combatendo-o, como combateu o direito real, nas modalidades em que êle se apresenta. E recorre à incongruência de negar a lei o domínio ao inventor, exclamando: “Pois bem! Sabeis como a lei civil de povos que se dizem civilizados, neste século apelidado das luzes, protege êsse proprietário sagrado, autor de um invento, mártir da idéia e do trabalho intelectual, portador de um título que não se inscreve, é certo, nos cartórios do notário, mas nas atas pátrias e nos arquivos históricos da humanidade?”

Nega o direito de domínio sôbre a sua legítima propriedade, a êle que tem, pela razão e pela justiça, o *domínio eminente*, soberania do criador sôbre a sua criação, a *eminens potestas*, que outrora se atribuía aos reis!” (27)

Depois, Alencar passa a estudar a hipoteca (Cap. IV — págs. 67 a 92), logo no princípio dizendo que a lei civil “havendo desnaturado a propriedade, e sacrificado à matéria os foros da personalidade humana... sentiu-se revoltar-se contra tão flagrante injustiça a grande massa das vítimas de sua prepotência, dos proprietários defraudados de seu direito de domínio e desprotegidos contra a má fé”. (28). Mas, ao invés de corrigir o seu êrro, a lei, pelo contrário, o aprofundou, criando um novo contrato, “para atenuar o mal proveniente do mútuo, e dar ao proprietário do bem mutuado uma garantia”, contrato “pelo qual o domínio da coisa mutuada e que se extinguiu pelo empréstimo de consumo, transferia-se para uma outra coisa que se achava no patrimônio do mutuário”.

Acha o autor que “a inutilidade de semelhante contrato salta aos olhos” pois “não é mais do que um corolário do

(27) “A Propriedade” — pág. 48.

(28) “A Propriedade” — pág. 67.

mútuo, sujeito à vontade das partes”. E mais que inútil, trouxe conseqüências funestas, como passa a demonstrar, depois de considerações sôbre a origem do penhor e da hipoteca.

Defende Alencar que o direito proveniente da hipoteca não pode ser, de modo algum, “um direito real — *jus in re* — pois não tem sua sede na coisa. Ao contrário, é um direito personalíssimo, porque produz uma limitação na liberdade apenas do devedor e de modo algum da sua propriedade”, uma vez que para o escritor “a faculdade de dispor e transferir o bem não é parcela do direito de propriedade, mas sim do direito de liberdade”. E argumenta com o domínio pleno que gozam sôbre os seus bens o menor e o interdito, aos quais, entretanto, é recusada a administração daqueles.

“O bem hipotecado — afirma — acha-se pois na mesma situação do bem de interdito — não pode ser alienado”, o que prova “a evidência a verdade enunciada — que o efeito da hipoteca nasce da mesma causa que o efeito da interdição; isto é, de uma restrição da liberdade individual, com a diferença que em um caso essa restrição provém de um fato natural, em outro de um ato jurídico” (29).

E em páginas seguidas continua a combater a hipoteca, chegando mesmo a dizer que “mais lógico e mais justo era na sua bárbara nudez o nexu romano; aí o homem respondia com sua pessoa pelas suas obrigações, visto que era a sua primeira propriedade”. Para êle a hipoteca torna o homem cativo porque “a fração do domínio que é dado ao credor sôbre êsse mísero devedor o faz servo da gleba e escravo”.

Passa, em seguida, a tratar da servidão (Cap. V — págs. 93 a 117) e começa logo dizendo que “êsse nome *servidão* nos recorda que estamos ainda sob o domínio do princípio que presidiu à formação da sociedade civil: a tirania da propriedade” (30). E depois de se referir à formação da servidão do direito romano volta à carga: “Êsse nome é a expressão do princípio sob cuja influência se organizou essa parte do direito

(29) “A Propriedade” — pág. 71.

(30) “A Propriedade” — pág. 93.

proprietário; em qualquer das regras estabelecidas pelo legislador a tal respeito, há uma emanção do pensamento capital, um servilismo da inteligência à matéria bruta e às suas fatais expansões —. É justo que se grave em face desta parte da lei civil êste ferrête de sua ignomínia, a palavra *servidão*". Como vem fazendo até então, argumenta contra a servidão por ser mais um modo de aniquilamento dos direitos pessoais, terminando por exclamar: "Vós, proprietários, que viveis à sombra mortífera dessa lei, guardai-vos de consentir que o vizinho aproveite o vosso pilar, o que resultaria em benefício comum, alargando de alguns palmos os vossos prédios. Sabeis o que vos espera? Enquanto fordes dono dêste pardieiro que nada vale, mas sôbre o qual descansa a ponta de uma trave do vizinho, haveis de ser obrigado a reconstruí-lo, contra a vossa vontade e só em benefício dêle" (31).

Focalizando depois a aquisição (Cap. VI — págs. 119 a 155), ou seja, os modos de adquirir a propriedade, reporta-se Alencar à ocupação, à acessão, sucessão, usucapião e ao contrato, sôbre cada um dêsses modos fazendo considerações. Como sempre, procura mostrar as divergências entre o direito real e o pessoal, julgando que o primeiro restringe o segundo, com sensíveis prejuízos para o indivíduo.

Apreciando a posse no Cap. VII (págs. 157 a 182) afirma, em certa passagem, que, "estudada a natureza da propriedade, se conhece que a posse não deve figurar senão como um direito conexo a ela, a semelhança do uso e fructo". "O êrro da jurisprudência é confundir êsse direito de posse conexo à propriedade com o simples fato material, a *detenção*. Há entre a posse e a *detenção* a mesma diferença que existe entre o matrimônio e a união sexual; entre a liberdade e o arbítrio. Em um caso é o fato, isolado, que não emana da personalidade, e por conseguinte não traduz a realidade nem um direito; é o fato talvez dependente de circunstâncias fortuitas e sujeito às vicissitudes da ordem física. A posse, ao

(31) "A Propriedade" — pág. 116.

contrário, é o direito, derivando imediatamente da personalidade, e por conseguinte superior às causas materiais que possam impedir o seu exercício” (32).

O capítulo seguinte é dedicado ao privilégio (Cap. VIII — págs. 185 a 202). Combate-o dizendo que “a simples instituição do privilégio é a maior de tôdas as anomalias. O axioma de direito, consagrado pelo próprio direito romano, *qui prior est tempore, potius est jure* é sem dúvida alguma o critério único da legitimidade do direito na concorrência de atos jurídicos capazes de transferir a propriedade”.

Os três capítulos posteriores (IX, X, XI, págs. 203 a 260), dedica-os Alencar às obrigações. “Entramos agora na segunda parte da propriedade — diz êle —, naquela que foi pela lei civil despojada da sua fôrça e colocada em um plano inferior. Esta propriedade imperfeita ou subalterna é formada pela grande família das obrigações que se resolvem em valor e têm preço venal: prestações de coisas e serviços, como se diz modernamente” (33). E entra em considerações sôbre as fontes das obrigações e seu objeto, estudando-as no direito romano e nos glosadores, concluindo o primeiro capítulo a afirmar: “Quando as obrigações foram adquirindo a importância que afinal assumiram na sociedade civil; quando elas se superpuseram umas às outras como várias camadas de direitos, figurando, por conseguinte, ora como título de propriedade, ora como objeto verdadeiro de propriedade, a jurisprudência sentia que elas não podiam conter-se no espaço que lhes marcara o direito romano; que já não podiam ser consideradas pela jurisprudência como simples título para aquisição do domínio, ou simples transição de um domínio a outro — aproveitaram da expressão *in bonis* e para aí atiraram as obrigações, livrando-se assim da obsessão que os oprimia de ver uma coisa imaterial, *quae tangi non possunt*, ser a sede do direito real de domínio.”

(32) “A Propriedade” — pág. 179.

(33) “A Propriedade” — pág. 203.

No capítulo seguinte (X) estuda Alencar as idéias de Savigny sôbre as obrigações, com a distinção entre a propriedade e a obrigação. E no capítulo XI procura demonstrar que “não é a incorporalização da obrigação que a torna transmissível, como pensa Savigny”. Para essa demonstração parte das perguntas: “A natureza da obrigação implica a sua transmissibilidade? Ou ao contrário repugna com ela?”, concluindo finalmente depois da forte argumentação:

“Quando a jurisprudência reconhecer a distinção essencial das três faculdades jurídicas, a existência, a liberdade e a propriedade, e observar que tôdas elas no seu desenvolvimento se apresentam, ora em seu estado absoluto, ora em seu estado relativo, essa decrépita doutrina dos direitos reais e pessoais será abandonada completamente. Então reconhecerá que cada faculdade tem o seu objeto diferente; o objeto da existência é a vida; o objeto da liberdade é um ato; o objeto da propriedade é uma coisa, sempre uma coisa. Não há direito de propriedade que não recaia sôbre o mundo material; o contrário seria a negação da propriedade”. (34)

O último capítulo do livro (XII, págs. 261 a 269) versa sôbre os contratos; nêle Alencar argúi que todo contrato ou é sociedade ou alienação; e qualquer dêstes gêneros pode ter por objeto o exercício de um, ou mais, dos três direitos primordiais do homem — a existência, liberdade e propriedade”. Para esclarecer sua tese aprecia os vários contratos, sem esquecer de, vez por outra, criticar acerbamente a “jurisprudência”.

Esse foi o livro que o Conselheiro Ribas, explicando que “aqui a palavra — *propriedade* é empregada no seu sentido mais amplo, como sinônimo de *direito dos bens*” considerou como um grande serviço prestado por Alencar aos progressos do Direito. Livro que reage contra concepções unânimesmente aceitas, que não se conforma com a ordem jurídica vigente, que, sobretudo, além de revelar os conhecimentos de Alencar sôbre vários ramos do direito, mais uma vez destaca o espírito

(34) “A Propriedade” — pág. 260.

combativo do *fanadinho* ranzinza que investe contra tudo, até mesmo contra centenários preceitos jurídicos.

Além de *A Propriedade* também foi publicado, depois da morte de Alencar, outro livro que contém estudos de direito, intitulado *Esboços Jurídicos*. Infelizmente, no curto espaço de tempo em que nos dedicamos a êsse interessante aspecto das várias atividades do romancista, não foi possível obter um exemplar dessa obra, há muito esgotada. Artur Mota a dá como publicada em 1883, por B. L. Garnier, com 239 páginas in 8.º. Contém a obra os estudos *O Júri*, *Estudo sobre o Processo Criminal*, *O Estado Civil* e *A Codificação Civil*. Araripe Júnior dá como inéditos de José de Alencar, no que se refere à parte jurídica, trabalhos intitulados "*Introdução ao Código Civil*", "*Esboço de um Código Civil*" e "*Questões Forenses*". Êsses trabalhos são também citados por Artur Mota, mas é possível que os estudos sobre o Código Civil sejam os incluídos nos *Esboços Jurídicos*, sob o título "*A Codificação Civil*".

Ao deixar o cargo de Consultor do Ministério da Justiça, em 1868, José de Alencar manifestou o desejo de serem os seus pareceres publicados no *Diário Oficial*. Tal não aconteceu, entretanto. Durante cem anos ficaram êsses pareceres a dormir nos processos em que foram exarados, só agora, graças à iniciativa do Diretor do Arquivo Nacional, Dr. José Honório Rodrigues, sendo promovida a sua publicação.

Uma coisa, em primeiro lugar, deve ser mencionada: se bem que permanecesse na Consultoria até 1868, só temos pareceres regulares de Alencar até o ano de 1864. Daí por diante, à exceção de um proferido a 22 de agosto de 1866, e que não vai publicado, e um outro, de 27 de abril de 1866, adiante publicado, não conhecemos sua atividade à frente da consultoria jurídica de onde só se afastou, entretanto, ao ser extinto o cargo, com a reforma de 22 de abril de 1853, assina-

da por Martim Francisco. Talvez o fato se explique por marcar o ano de 1865 aquêlê em que Alencar verdadeiramente passou a integrar-se na vida política. Até então, apesar de ter sido deputado em 1860, não tomara parte saliente em movimentos políticos. Em 1865 é que inicia a publicação das primeiras *Cartas ao Imperador*, assinadas por *Erasmus*, chamando para si a atenção do público e, sobretudo, de Pedro II. Mas isso são apenas suposições; na verdade não contamos com elementos esclarecedores do ocorrido, bem podendo ter sido outra a razão do fato.

Os pareceres copiados pelo Arquivo Nacional e que nos foram entregues, para seleção, pelo Prof. José Honório Rodrigues, são em número de 85. Versam sôbre os mais variados assuntos, como era natural, dadas as atribuições dos consultores. Dêles escolhemos para esta publicação apenas 55. A razão dessa escolha foi a existência de repetição de assuntos em vários pareceres. Ademais, dos que não vão publicados, muitos constam sômente de poucas linhas, sem grande significado, apenas para ser cumprida a formalidade regulamentar da audiência do consultor nos processos. Outros não têm o extrato da consulta.

Sôbre o valor dêsses pareceres melhor se aquilatará com a sua leitura. Vários dos assuntos não despertam mais interesse no momento, já que o regime mudou e a doutrina e legislação invocadas pelo consultor sofreram radicais transformações. Como, entretanto, interessante seria verificar se Alencar, na época, estava a par da matéria versada, a sua publicação se justifica. Para facilitar a compreensão dos assuntos, em vez de uma simples seleção fizemos ligeiras anotações, fornecendo sobretudo ao leitor as fontes de que se utilizou Alencar, principalmente a legislação da época. Nesse trabalho de anotação solicitamos a cooperação do Prof. Luís Cruz de Vasconcelos, da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, que anotou os pareceres relativos à matéria penal.

Há alguns aspectos, entretanto, que logo merecem ser destacados. Entre êsses sobressai o perfeito conhecimento que tinha Alencar do direito comercial, como se pode ver dos

pareceres adiante publicados. Os autores mais conceituados da época, especialmente os franceses, são por êle invocados em defesa dos seus argumentos. E em alguns casos se mantêm atualmente os mesmos pontos de vista defendidos, há cem anos, por Alencar: é o que se dá, por exemplo, no parecer exarado quando êle era ainda diretor de seção da Secretaria de Justiça, sôbre a continuação da sociedade comercial com os herdeiros do sócio pré-morto, assunto que posteriormente foi bastante discutido na doutrina e na jurisprudência, sendo a orientação esposada por Alencar, em 1859, a mesma que, ainda hoje, conta com maiores adeptos. Também merece destaque o fato de considerar Alencar, no parecer datado de 23 de julho de 1859, as sociedades comerciais pessoas morais: sabe-se que a personalidade jurídica das sociedades comerciais não foi bem definida no Código Comercial, só sendo definitivamente reconhecida com a promulgação do Código Civil, em 1917. Alencar, entretanto, há cem anos tinha sôbre o assunto uma idéia segura, idéia que foi, afinal, reconhecida por lei cinqüenta e seis anos depois que a expendeu.

Não deixa de ser útil, assim, a publicação dêstes pareceres, que dão não apenas uma noção dos conhecimentos especializados de Alencar como ressaltam, sobretudo, êsse novo aspecto de sua personalidade, a nosso ver de muitos desconhecidos, pela falta de referências existentes. O Prof. José Honório Rodrigues está, assim, a merecer parabéns por vários motivos: pelos serviços prestados ao Arquivo Nacional, dando à publicidade documentos interessantes como são êstes; pela ajuda que fornece aos cultores do direito, possibilitando-lhes aquilatar os conhecimentos de Alencar nesse vasto ramo da ciência; e, *last but not least*, pela excelente contribuição que dá aos literatos, estudiosos e biógrafos de Alencar, revelando mais essa facêta de um homem que era conhecido e admirado entre nós principalmente como um dos mais vigorosos romancistas que o Brasil possui até o presente momento.

Fortaleza, novembro de 1960

FRAN MARTINS

Térmo de juramento fe pelo prestor o
Bartholomeu de Alencar
pelo logar de Consultor dos Negocios
da Justica.

No dia de onze de Setembro de mil oitocentos
e setenta perante o Sr. ^{M.} Alencar e Secretario d'El-
Rey, Sr. Stegrios da Justica, e Chanceler de Obedien-
cia João Litoria da Cunha Paranaquá compareceu
o Bartholomeu de Alencar, Prestor do decimo de
Junho em Secretaria d'Estado dos Sta-
dos da Justica, e prestou o juramento de este-
la para servir o cargo de Consultor dos Negocios
da Justica para que foi nomeado por decreto de
cinco de corrente. Com o termo do juramento
dillo, Director Geral da Secretaria d'Estado dos
Negocios da Justica, e escrevi.

João Litoria de C. Paranaquá
João Martiniano de Alencar

MATÉRIA CÍVEL

As anotações dêstes pareceres foram feitas pelo Professor Fran Martins, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará.

CONSULTA (1)

2.^a Seção. Palácio do Governo de Pernambuco, em 16 de abril de 1854.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Com a informação ministrada pelo Presidente do Tribunal do Comércio, passo às mãos de V. Ex.^a, para ter o conveniente destino, a petição inclusa, por meio da qual Manuel Alves Ferreira e Manuel da Costa Lima recorrem de um despacho proferido por aquêlê Tribunal, sôbre o requerimento em que os suplicantes pediam fôsse registrado um contrato social que fizeram.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Ilmo. e Exmo. Sr. Barão de Muritiba, Ministro e Secretário do Estado dos Negócios da Justiça

José Antônio Saraiva

PARECER (2)

“Na forma do art. 8.^o, § 2.^o, do Regulamento n.^o 1.597, de de maio de 1855, (3) recorrem os negociantes Manuel Alves

(1) Vol. 18, 1855, fls. 480.

(2) Vol. 18, 1859, fls. 483-485.

(3) O Reg. baixado com o Dec. n.^o 1.597, de 1.^o de maio de 1855, preserevia normas sôbre a jurisdição comercial, contenciosa e administrativa, aplicáveis a comerciantes matriculados ou não. En-

Ferreira e Manuel da Costa Lima para o Conselho de Estado da decisão do Tribunal do Comércio de Pernambuco, (4) que proibiu o registro de uma escritura de Sociedade, passada entre os recorrentes.

O fundamento da proibição do registro é o seguinte:

Os arts. 14 e 16 da mencionada escritura de Sociedade dispunham que embora falecesse um dos dois sócios, continua-

tretanto, só aos matriculados competiam as prerrogativas estabelecidas nos arts. 21, 22, 309, 310, 825 e 898 do Cód. Comercial, de acôrd, aliás, com o prescrito no art. 4.º do Cód. Os Tribunais de Comércio, de que trata o Cód. Comercial, passaram a funcionar, pelo disposto no Dec. n.º 1.597, como tribunais administrativos (art. 4.º) e tribunais da 2.ª instância para a jurisdição voluntária ou contenciosa (arts. 25 e segs.)

Entre os atos considerados como de jurisdição administrativa dos Tribunais de Comércio figuravam os relativos aos registros das sociedades comerciais (art. 6.º, § 4.º) sendo que, das decisões dos Tribunais “proibindo ou anulando o registro dos contratos das sociedades comerciais” havia recurso, sem efeito suspensivo, para o Conselho de Estado (Reg. n.º 1.597, de 1.º de maio de 1855, art. 8.º, n.º 2).

(4) O Título Único do Cód. Com. criou (art. 1.º) três Tribunais de Comércio, sendo um na capital do Império, outro na capital da Bahia e o terceiro na capital de Pernambuco; mais tarde, o Reg. baixado pelo Dec. n.º 1.597, de 1.º de maio de 1855, criou (art. 3.º) um Tribunal de Comércio no Maranhão. Nas províncias onde não havia Tribunais de Comércio suas atribuições eram exercidas por uma seção da Relação, denominada Junta do Comércio, “composta de um Presidente, que será o da Relação, e de dois deputados, servindo um de Secretário, nomeados pelo Govêrno, dentre os desembargadores da mesma Relação, e de Físcal o Procurador fiscal” (Reg. n.º 738, de 25 de novembro de 1850, art. 72). Nas províncias onde não existiam Tribunais nem Relações, as atribuições dos primeiros eram exercidas, na parte administrativa, pelas autoridades administrativas, e na parte judiciária pelas judiciárias. Para a parte administrativa foram criadas *Juntas de Comércio* nas províncias onde não existiam Tribunais e Relações (Reg. 738, de 25/11/50, arts. 89 e 90), sendo essas, entretanto, substituídas por *conservadores do comércio* pelo art. 11 do Reg. n.º 1.597, de 1855. As funções de *conservadores do comércio* eram exercidas, nas capitais marítimas, pelos inspetores das alfândegas e nas demais pelos inspetores de tesourarias ou mesas de rendas (Reg. 1.597, de 1855, art. 11).

ria a Sociedade; induzindo-se dêstes artigos que a intenção dos contratantes era obrigar os seus herdeiros ainda menores a manter a Sociedade.

O Tribunal de Pernambuco entendeu que semelhante disposição era contrária a direito expresso, e não podia, portanto, ser convencionada pelas partes.

“O Código Commercial, nos arts. 308 e 335, n.º 4, declara que a Sociedade se dissolve pela morte de um dos sócios, podendo, porém, continuar entre os sócios sobreviventes, ou entre êstes e os herdeiros maiores do sócio falecido, se houver convenção expressa, quer ao tempo da celebração do primeiro contrato, quer posteriormente, depois do falecimento.

“No caso em questão, sendo dois os sócios, e não podendo, por conseguinte, haver *sócios* sobreviventes, não se executando os herdeiros menores, é claro que as duas cláusulas, a da lei e a da convenção, implicam; e que esta deve ceder àquelas”.

Esta é a argumentação do referido Tribunal.

Parece-me, porém, que êle deixou-se levar por demasiado escrúpulo, proibindo o registro da escritura de Sociedade, pois a disposição citada não ofende absolutamente a lei.

É possível que, na ocasião da morte de um dos sócios, tenha o falecido herdeiros maiores, ou menores emancipados; e então a cláusula dos arts. 14 e 16 da escritura pode cumprir-se, de acôrdo com a lei.

Se taís herdeiros forem menores, a cláusula caduca à vista do art. 308 do Código:

— “Quando dissolvida por morte de um dos sócios, tiver a Sociedade de continuar com os herdeiros do falecido, (art. 335, n.º 4) se entre os herdeiros alguns forem menores, êstes

Os Tribunais e Conservatórias do Comércio foram extintos pelo Dec. n.º 2.682, de 9 de outubro de 1875, passando suas funções administrativas a ser exercidas pelas Inspetorias e Juntas Comerciais com recurso para o Conselho de Estado. Com a proclamação da República desapareceram as Inspetorias Comerciais, passando as Juntas a ser reguladas pelo Dec. n.º 593, de 19 de julho de 1890.

não poderão ter parte nelas, ainda que sejam autorizadas judicialmente; salvo sendo legitimamente emancipados”.

Este mesmo artigo, em que, aliás, se fundou o Tribunal, está mostrando que as partes podem convencionar as cláusulas, que se pretendem proibir; e podem convencioná-las sem o menor risco, visto que a lei garantiu previamente os interesses dos menores, incapazes de defendê-los. (5)

É esta minha opinião.

O Diretor

José Martiniano de Alencar”

CONSULTA DE JOÃO ANTÔNIO DE VASCONCELOS,
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO
DA BAHIA (6)

1.^a Pergunta: “Tendo algum comerciante chamado seus credores, e feito com eles concordatas com abatimentos nos débitos, mostrando-se assim falido, não é obrigado o Juiz Especial do Comércio, uma vez que isto consta pela Imprensa, proceder as diligências necessárias para a declaração da quebra, segundo o art. 807 do Código Comercial?”

2.^a Pergunta: “Se ainda mesmo não havendo nenhum credor dissidente — uma vez provado o fato da con-

(5) A opinião expendida por José de Alencar neste parecer encerra, ainda hoje, a melhor doutrina sobre a matéria, apesar de, algumas vezes, não ter sido aceita a cláusula da continuação de sociedade com os herdeiros dos sócios falecidos. A cláusula, entretanto, pode constar do contrato; se, falecendo o sócio, os seus herdeiros forem menores, a sociedade se dissolverá, nos termos do art. 308 do Cód. Com. Sendo esses herdeiros maiores, se lhes convier a sociedade poderá continuar com eles. Convém, entretanto, frisar que os herdeiros não são *obrigados* a continuar com a sociedade; isso só se verificará se os mesmos concordarem.

(6) Vol. 18, 1859, fls. 540.

cordata contra o disposto no art. 848 do mesmo Código, não é obrigado o Juiz Commercial prosseguir nas ultteriores diligências para ser a quebra classificada conforme os artigos 798 e 800 do Código; e o falido punido competentemente, caso mereça — pelo artigo 821?

PARECER (7)

“As questões propostas à solução do Govêrno, pelo Presidente do Tribunal do Comércio da Bahia, são:

1.^a — É admissível a Concordata amigável à vista das nossas leis comerciais? (8)

2.^a — Ainda admitida a Concordata amigável, deve ella suspender o procedimento official da falência?

A minha opinião está de acôrdo com a do Conselheiro Presidente do Tribunal do Comércio desta Côrte. Respondo negativamente as duas questões. Direi as razões em que me fundo.

A Concordata amigável — *atermoiemment* no Direito Mercantil Francês, (9) só é admissível naqueles países onde a lei não concede ao negociante que *suspende, mas não cessa os*

(7) Vol. 18, 1859, fls. 529-533.

(8) Concordata amigável era o acôrdo feito entre o devedor e os credores para que fôsse concedido àquele ou uma prorrogação para o pagamento de suas obrigações ou um abatimento (que tinha o nome de *rebate*) nas dívidas. No primeiro caso, segundo o Assento de 28 de junho de 1811, a vontade dos credores que tivessem a maioria de créditos obrigava a minoria; no caso, porém, de abatimento (*rebate*), não havia obrigação da minoria de aceitar o acôrdo (Alvará de 14 de março de 1780). O Cód. Com. não tratava, na 3.^a parte, da concordata amigável, mas tratava da *concordata* apresentada pelo falido aos credores, depois de verificação dos créditos (art. 842 e segs.). A concordata amigável existiu, assim, amparada pela lei, até a promulgação do Cód. Com.

(9) O *atermoiemment* era um prazo dado pelos credores ao devedor para o pagamento de suas dívidas, a fim de não ser destruído o

seus pagamentos, um meio de obter uma espera, e de evitar as declarações da falência.

Seria injusto, com efeito, que por um embaraço muitas vezes passageiro, se abrisse a falência de um comerciante cujo ativo excede o passivo, sem que os primeiros interessados, os credores, pudessem obstar a êsse ato, que lhes acarretaria prejuízo.

Nos países, porém, onde a lei concede ao comerciante, naquelas circunstâncias, um meio legítimo de suspender a declaração de falência, como é a moratória (10) do nosso Cód. e

seu crédito. Verificava-se sempre que surgia apenas um caso momentâneo impedindo o devedor de pagar suas dívidas; e podia ser concedido depois que o devedor se confessava impossibilitado de cumprir suas obrigações, mas antes que o juiz declarasse a falência. Eram, entretanto, convenções livres, dependentes apenas da vontade dos contratantes e só obrigavam os que nelas tomavam partes. V. Pardessus — “Droit Commercial” — Tomo III — 6.^a ed. — Paris, 1857, n.º 1.518.

(10) A moratória consistia num prazo dado aos comerciantes para, sem ser declarados falidos, poderem satisfazer suas obrigações. Foi êsse instituto conhecido desde o direito romano; adotaram-no várias legislações comerciais: na França existiu, sob a denominação de *lettres de répit* ou *défenses generales*, até a promulgação do Cód. de Comércio, em 1807; também foi contemplado nos códigos espanhol de 1829, português de 1833, holandês, prussiano, austriaco, luxemburguês e uruguai.

O Cód. Com. admitiu-a nos arts. 898 a 906, podendo obtê-la “o comerciante que provar que a sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas procede de acontecimentos extraordinários imprevistos ou de força maior” (art. 898), aparecendo-nos, assim, como um caso típico da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, hoje readmitida em direito. Revogada a 3.^a parte do Cód. Com., foi a moratória conservada no Dec. n.º 917, de 24 de outubro de 1890, pelo art. 107, “provando (o comerciante) que está na impossibilidade de satisfazer de pronto suas obrigações por acidentes extraordinários, imprevistos ou de força maior, e que não se acha em estado de insolvência, tendo fundos bastantes para pagar a todos os credores o principal e juros”. Ao lado da moratória, como meio de prevenir a falência, o Dec. n.º 917 regulou o acôrdo ou concordata extrajudicial (concordata preventiva) e a cessão de bens e liquidação judicial (arts. 120 a 138).

do Código Português, (11) e o *sursis de paiement* do Código Holandês, ou as *lettres de répit* do Código de Wurtemberg: nestes países, a Concordata amigável perde a sua razão de ser; torna-se desnecessária.

Assim, à vista da disposição dos arts. 842, 848 e 898 do nosso Código Com. — e arts. 835 e 900 do Cód. Holandês; arts. 1.125 e 1.150 do Código de Wurtemberg: entendo que não é admissível entre nós a Concordata amigável, como existia anteriormente, e que foi substituída pela moratória.

Decidida a primeira questão, a segunda está prejudicada.

Entretanto, como é possível que na opinião de alguns, apesar do que deixamos expellido, se possa tolerar entre nós a Concordata amigável — trataremos a questão nessa hipótese.

Suponhamos que sejam válidas em geral pelo nosso direito as Concordatas amigáveis.

O que é uma Concordata amigável?

É uma convenção pela qual todos os credores de um comerciante lhe concedem prorrogação de prazo ou rebate das dívidas, ou qualquer outro favor, para satisfação das suas obrigações.

Todos esses meios, como acontecia com a moratória, só eram concedidos aos comerciantes matriculados.

O Dec. n.º 859, de 16 de agosto de 1902, que substituiu o de n.º 917, de 24 de outubro de 1890, extinguiu a moratória e a cessão de bens, regulando a concordata preventiva nos arts. 114 a 122.

(11) O Cód. Com. Português de 1833 regulava a moratória nos arts. 1.271 a 1.286.

(12) A aceitação das concordatas amigáveis era bastante discutida, nos meios jurídicos, à época em que foi dado este parecer de José de Alencar. Não tendo o Cód. de 1850 reconhecido as concordatas amigáveis de que tratava o direito anterior, substituindo-as pelas moratórias, ainda assim costumavam os comerciantes entrar em acôrdo com os seus credores para, mediante compromisso daqueles de pagar, em determinado prazo, suas dívidas, com abatimento, ser obstada a falência. Foi a repetição desses casos, com efeitos às vezes ruinosos, que provocou a consulta do Tribunal do Comércio da Bahia e o parecer de José de Alencar. O decreto, por este pedido no final do parecer, foi realmente baixado em 28 de setembro de 1859, tomando o número 2.481. Segundo êle, em vista das disposições dos arts.

Digo todos os credores — porque, desde que houver um dissidente, êsse pode fazer abrir a falência, alegando a suspensão de pagamentos; e, por conseguinte, não há Concordata amigável, e sim um acôrdo particular com alguns credores.

Nessa Concordata amigável assim feita por unanimidade dos credores, pode haver, — como muitas vêzes succede, mesmo entre nós — um conluio entre o falido e um ou outro credor para defender os outros. Ê até muito comum quando se propõem essas Concordatas amigáveis, exigirem certos credores

843, 848 e 898 do Cód. Com., não podiam ser admitidas concordatas amigáveis.

Entretanto, o próprio govêrno, por ocasião da crise, em 1846, provocada no Rio de Janeiro, pela falência do banqueiro Vieira Souto, permitiu concordatas amigáveis regulando-as nos Decretos n.ºs 3.308, de 17 de setembro e 3.309, de 20 do mesmo mês, tudo em 1864. Mais tarde, em 1865, cessada a crise, foram novamente proibidas as concordatas amigáveis pelo Dec. n.º 3.516, de 30 de setembro dêsse ano.

Ainda assim não ficou sendo ponto pacífico a não aceitação das concordatas amigáveis, vários juristas havendo, como Nabuco de Araújo e Teixeira de Freitas, que a justificavam. E a jurisprudência também decidia a respeito, sendo de lembrar o acórdão da Relação do Rio de Janeiro de 22 de maio de 1868, que esclarecia: "As concordatas extrajudiciais, sendo unânimes, mesmo no intuito de prevenir a pronunciação da falência, sendo como são contratos ordinários, dependentes unicamente da vontade dos contratantes, donde tiram sua fôrça e valor, nada têm de comum com as concordatas em que a maioria dos credores obriga a sua vontade à minoria dissidente e ausente; e são estas as operadas no juízo da falência, depois de ultimada a instrução do processo de quebra de que tratou o legislador comercial nos arts. 842, 847 e 848 do Cód. Com. e no dec. de 28 de setembro de 1859, e *nem a lei podia deixar de aceitar as estipulações quaisquer que, espontâneas e licitas, entre as partes se contratassem, por não ser tolhido ninguém a dispor do que é seu, e então por isso é indifferente o nome com que se as denominem; pois que o que importa é a substância do ato para a sua validade. Êste é o espirito da lei e a doutrina de todos os commercialistas, que escreveram sôbre a matéria. Logo, constituídos contratos particulares não estão, nem podiam estar na prohibição da lei commercial...*"

No mesmo sentido dêsse acórdão decidiram a Relação do Ceará, em 30 de junho e 18 de agosto de 1874, a Relação do Recife em 17 de abril e 4 de dezembro de 1877 e 7 de junho de 1878 e a de Pôrto Ale-

importantes para darem a sua assinatura, um pagamento clandestino além do pagamento convencionado entre a maior parte dos credores.

Ora, êsse conluio à vista do art. 802, § 4.º e art. 803, § 1.º, do Cód. Com. Brasileiro, importa falência fraudulenta para o falido, e cumplicidade para o Comerciante que assinou a Concordata.

Não há dúvida, portanto, que ainda admitida e tolerada a Concordata amigável, — ainda celebrada ela, como é de essência pelo voto unânime dos credores, não suspenderia o procedimento oficial para qualificação das falências, que é um crime público.

Respondidas as duas questões propostas, aventarei observações a respeito.

As concordatas amigáveis introduzidas em nosso país no tempo em que não tínhamos legislação especial sôbre o Comércio, continuarão a existir, apesar da proibição tácita da lei, pela força do uso e costumes.

Quanto elas são prejudiciais não só aos credores honestos que as concedem, como ao próprio comerciante a quem são concedidas, é fato provado que se acha provado pela experiência, e que se pode estudar em muitos escritores de Direito Mercantil, e especialmente em Geoffroy — Code des Faillites — Introdução — Sec. 19.

Cumprê pois que o Govêrno, por um decreto, declarando os artigos 842, 848 e 898 do Cód. Commercial, estabeleça positivamente a proibição da Concordata amigável, — proibição que deriva da lei citada.

gre em 25 de maio de 1876 e 17 de fevereiro de 1888 — Cf. Orlando — Cód. Com. vol. 1.º, nota n.º 1.327.

Carvalho de Mendonça esclarece que, na vigência do Dec. n.º 917, de 1890, bem como na da Lei n.º 859, de 1902, e da Lei n.º 2.024, de 1903, não sendo proibido êsse acôrdo, poderia o mesmo ser celebrado, produzindo efeitos jurídicos independentemente da homologação judicial. E cita o acórdão do Tribunal de São Paulo, de 1.º de agôsto de 1906, que "reconheceu válidos êsses acôrdos, tendo causa justa e lícita". (Trat. de Dir. Com. 5.ª ed., vol. 8.º, n.º 1.264).

Este decreto resolverá as dúvidas, e prevenirá futuras. (12)

Rio de Janeiro, 17 de abril de 1859.

José Martiniano de Alencar

CONSULTA (13)

“Mandou V. M. I. remeter à Seção de Justiça do Conselho de Estado, para que consulte com o seu parecer, o requerimento em que o Bacharel José Antônio de Oliveira e Silva pede ser reintegrado na Magistratura, e o pagamento dos ordenados que tem deixado de perceber.

A Seção conforma-se com o parecer dado sôbre essa pretensão pelo Consultor da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, ao qual nada tem que acrescentar.

V. M. I., porém, resolverá o mais justo.

Sala das Conferências da Seção de Justiça do Conselho de Estado, 17 de agôsto de 1859.

Visconde do Uruguai

Visconde de Maranguape

Eusébio de Queirós Coutinho Matos

PARECER (14)

Há duas questões a examinar nesta pretensão:

Uma é a questão geral, a questão de doutrina e de direito; a outra é a questão particular, a questão de fato, relativa ao pedido do requerente.

O Juiz de Direito declarado avulso perde para sempre o exercício do seu cargo?

(13) Vol. 18, 1859, fls. 567.

(14) Vol. 18, 1859, fls. 568-570.

Eis a questão geral:

A Constituição — art. 153 (15) — garantiu a perpetuidade do cargo de Juiz de Direito; e sendo o exercício a condição indispensável para o gozo do cargo, deve-se entender a garantia extensiva à perpetuidade do exercício.

Mas o Juiz de Direito, como todo o funcionário público, pode renunciar o cargo, ou o exercício dêle, quando a utilidade pública a isso não se oponha.

O fato de ser o Juiz de Direito declarado avulso, envolve a renúncia do exercício do cargo, renúncia tácita e aceita pelo Governo: nem outra inteligência pode ter o art. 16 do decreto de 26 de julho de 1850, e a lei de 28 de junho do mesmo ano.

Não há, pois, inconstitucionalidade alguma na perda do exercício, por virtude de ser o Juiz de Direito declarado avulso: o contrário seria um absurdo, seria sujeitar a administração da justiça à vontade e ao capricho individual.

Mas pode o Juiz de Direito avulso ser reintegrado no exercício do seu cargo?

Pode, sem dúvida; mas, como exceção, como favor, deixado ao prudente arbítrio do Governo, que deve consultar as conveniências do serviço público, e os precedentes do magistrado.

O Juiz de Direito avulso José Antônio de Oliveira e Silva está no caso de ser reintegrado?

Eis a questão particular:

Que o suplicante não tem nem um direito a essa reintegração, está provado pela sua renúncia, e pelo decreto de 6 dezembro de 1855 que o declarou avulso.

A absolvição no processo de responsabilidade que lhe foi intentado, não prejudica àquela declaração, porque a sentença só tinha força para julgar que não houve abandono do lugar, que não houve o crime previsto no art. 157 do Cód. Criminal;

(15) Rezava o art. 153 da Constituição do Império:

“Os juizes de direito serão perpétuos, o que todavia senão entenda que não possam ser mudados de um para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar”.

e não para decidir se a Comarca dada a êsse Juiz estava ou não vaga, para destruir o ato legítimo da competência do poder executivo; para revogar a renúncia feita pelo Juiz avulso.

Tenho, pois, por incontestável que o pretendente perdeu o direito ao exercício do seu cargo, pela renúncia que fêz.

Mas deve êle ser incluído na exceção? Pode o Governo chamá-lo de novo a exercício?

É uma questão de conveniência, sôbre a qual melhor podem dizer os livros e assentos dessa Secretaria, e as notas do magistrado pretendente.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 1859.

José Martiniano de Alencar

RESUMO DA CONSULTA (16)

“O 2.^o Substituto do Juiz de órfãos do Têrmo da Abadia, assumindo a jurisdição, expediu uma Portaria ao respectivo Escrivão, declarando-lhe que não podia servir conjuntamente com êle, em virtude da afinidade existente entre os dois; e que, por êsse motivo, havia nomeado um cidadão para exercer interinamente os ofícios daquele Juízo, enquanto prevalecessem tais circunstâncias.

Contra êste ato representou o referido Escrivão ao Presidente da Província da Bahia, pedindo que se tornasse efetiva a genérica disposição do aviso de 28 de julho de 1843, em virtude da qual é o dito Substituto quem se deve julgar impedido para a substituição do cargo, podendo o suplicante livremente entrar no exercício das funções do seu ofício, que lhe foi conferido por Carta Imperial de 3 de julho de 1847.”

1.^a Pergunta: Deve ser atendida a representação do Escrivão, por ter êle a seu favor o citado aviso de 28 de julho de 1843?

2.^a Pergunta: Deve, em virtude do acima citado, o Substituto do Juiz ser o impedido de entrar no exercício do cargo?

PARECER (17)

A incompatibilidade por suspeição entre a pessoa do julgador e a pessoa do empregado de seu juízo pode dar-se:

1.^o — Entre o Juiz proprietário e o empregado proprietário vitalício.

2.^o — Entre o Juiz proprietário e o empregado proprietário amovível, ou o empregado suplente.

3.^o — Entre o Juiz suplente e o empregado proprietário vitalício.

4.^o — Entre o Juiz suplente e o empregado proprietário amovível, ou o empregado suplente.

Quanto à primeira, distingo:

Se a razão da suspeição é anterior à nomeação, deve ficar privado do exercício o último nomeado, Juiz ou empregado, porque é elle que dá causa à incompatibilidade.

Se a suspeição é superveniente à nomeação, deve o efeito da incompatibilidade recair sobre o Juiz. Assim o decidiu o aviso de 6 de agôsto de 1858.

Quanto à segunda:

Deve em todo o caso ser preferido no exercício o Juiz; pois não se dá em favor do empregado amovível e do suplente a mesma razão da justiça que tem o empregado vitalício, para que se respeite o ato e gôzo de um direito que lhe foi concedido por tôda a vida, e do qual só pode ser privado nos casos estabelecidos por lei.

Quanto à terceira:

Fica inibido de exercer o cargo o Juiz suplente, devendo passar a vara ao immediato; assim o decidiu o aviso de 28 de

julho de 1843, e com razão, porque em caso algum deve um funcionário suplente prejudicar o direito da vitaliciedade de outro empregado.

Quanto à quarta :

Em igualdade de circunstâncias, procede a regra estabelecida pelo aviso de 6 de agosto de 1858, isto é, a preferência do Juiz, ainda suplente, sobre o empregado temporário, ou também suplente. Nesta conformidade, decidiu o aviso de 13 de dezembro de 1853.

A incompatibilidade que trata o officio do Presidente da Bahia, é a terceira, que foi resolvida quanto a preferência pelo aviso citado, de 28 de julho de 1843.

Parece-me conveniente que em resposta a um officio, não se tenha em consideração unicamente a hipótese apresentada, mas tôdas as que deixo figuradas: assim evitar-se-ão dúvidas futuras e destruir-se-á a aparente contradição que parece haver entre os avisos de 28 de julho de 1843 e 13 de dezembro de 1853. (18)

Rio de Janeiro, 31 de julho de 1859.

José Martiniano de Alencar”

(18) O ponto de vista esposado por Alencar era o que melhormente se podia deduzir, na época, dos dispositivos que regulavam as incompatibilidades entre juizes e funcionários que com elles serviam. Dêsse parecer certamente resultou o Aviso n.º 263, de 30 de setembro de 1859, esclarecendo a questão. Se bem não tenhamos em mãos elementos para justificar a suposição, chegamos a essa conclusão pelo que está escrito no livro *“Apontamentos sobre suspeições e recusas no judiciário e no administrativo e sobre o impedimento por suspeição no serviço simultâneo dos funcionários parentes ou semelhantes”*, de autoria do Juiz de Direito Luís Francisco da Câmara Leal, publicado em Curitiba em 1863. Câmara Leal, no Capitulo III do Titulo II do seu livro, tratando “do que se deve observar quando se der impedimento de funcionarem conjuntamente o juiz com os outros empregados de justiça, ou a incompatibilidade por suspeição”, usa das mesmas palavras do parecer de Alencar ao tratar da matéria.

CONSULTA (19)

“1.^a Seção. Palácio do Governo de Goiás, 25 de abril de 1859.
Ao Sr. Consultor dos Negócios da Justiça, em
21 de junho de 1859.

Tenho a honra de passar, por cópia, às mãos de V. Ex.^a o incluso ofício do Juiz Municipal e Delegado de Polícia do Têrmo da Capital, participando que não pode servir com o atual Procurador Fiscal da Tesouraria de Fazenda, Bacharel Jerônimo José de Campos Fleuri, por ser primo-irmão, e que por isso, em vista do Aviso n.º 266, de 3 de dezembro de 1853, tem de jurar suspeição em tôdas as causas em que tiver de intervir o Procurador Fiscal.

Informando a V. Ex.^a que não deixa de resultar dêsse estado de coisas alguma desvantagem ao serviço público, porque terão de ser julgadas por juízes leigos tôdas as causas em que houver a intervenção do Procurador Fiscal, rogo a V. Ex.^a se digne declarar-me se a disposição do aviso citado compreende também, como parece, resultar da generalidade da expressão — empregado público — o Procurador Fiscal, para que não possa com êle servir o Juiz Municipal e de Órfãos, quando seja seu parente dentro dos graus proibidos.

Deus guarde a V. Ex.^a

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo,
Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

O Presidente

Dr. Francisco Januário da Gama Nogueira

PARECER (20)

“O Aviso n.º 266, de 3 de dezembro de 1859, não é aplicável à presente questão.

Dêsse aviso e da consulta que o motivou, se conclui que o Juiz não deve servir com empregados de seu juízo, que forem seus parentes dentro dos graus proibidos.

Esta inteligência ainda se torna clara à vista da interpretação dada pela R. de Consulta de 27 de maio de 1854 ao § 45 da Ord. liv. 1.º tit. e do Av. de 27 de junho do mesmo ano.

Não sendo pois o Procurador Fiscal empregado do Juízo Municipal, não há incompatibilidade que lhe sirva no mesmo termo onde é Juiz Municipal um seu primo co-irmão. (21)

Pode, é verdade, o Procurador Fiscal requerer e officiar alguma vez como advogado da Fazenda Nacional em causas que corram pelo Juízo Municipal; mas só quando a Fazenda Nacional fôr parte, e tiver interêsse direto, é que se dará a suspeição para o Julgador.

Estes casos não são tão freqüentes que reclamem uma medida especial, ou que exijam a remoção de algum dos dois empregados. É preciso, como declarou a Consulta citada, não alargar muito o círculo das incompatibilidades e suspeição dos julgadores e officiais de juízo, pois assim dificultaríamos ainda mais a administração da justiça, sobretudo no interior.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 1859.

José Martiniano de Alencar”

(20) Vol. 19, 1859, fls. 14-15.

(21) No já citado (parecer anterior), livro do juiz Luís Francisco da Câmara Leal, “Apontamentos sobre suspeições, etc.”, está consagrado o ponto de vista de Alencar. De fato, lê-se no livro em apêço, pág. 54:

“CI — Já o Av. n.º 211, de 25 de junho de 1858, tinha declarado que sempre se havia aplicado a Ord. liv. 1.º tit. 48, § 29 aos Promotores e Fiscais do juízo e que compria que fôsse fielmente observada,

CONSULTA (22)

“MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA.
RIO DE JANEIRO

Em 8 de fevereiro de 1859.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Havendo o Decreto n.º 2.343, de 29 de janeiro último, facultado, no Cap. 6.º, recurso em alguns casos para o Conselho de Estado das decisões administrativas proferidas pelas Repartições de Fazenda e pelo Tribunal do Tesouro Nacional, e tornando-se, portanto, necessário marcar os prazos, que devem ser concedidos às partes para efeitos previstos no art. 39 do Regimento Provisório do referido Conselho; rogo a V. Ex.^a se digne expedir as providências, que lhe parecerem precisas, na conformidade do art. 40 do citado Regimento.

Deus guarde a V. Ex.^a.

F. de Sales Tôrres Homem”

excluindo-se, não o Juiz, mas os Promotores, nos termos da mesma Ordenação.

Esse mesmo aviso declarou convir que na nomeação de tais empregados se previnam tais colisões, sempre contrárias à boa administração da justiça.

CII — Mas, conquanto o Procurador Fiscal da Fazenda não possa requerer perante juiz seu parente em grau proibido (como o primo-irmão), não se segue daí que não possam ambos exercer os seus cargos no mesmo lugar; porque essa proibição dá-se só quanto aos empregados do juízo, e tal não é o Procurador Fiscal, nem são tão freqüentes os casos (em relação ao Juiz Municipal) em que a Fazenda Nacional seja parte ou tenha interesse direto, pelo qual haja de figurar perante esse juiz o Procurador Fiscal, de modo que reclamem uma medida especial, ou a remoção de algum dos dois empregados (Av. n.º 186, de 26 de julho de 1859)”.
Em nota a esse parágrafo, acrescenta Câmara Leal:

“O aviso assim diz; mas, sendo os juizes municipais na maior parte, de órfãos, e tendo neste juizo tantas vêzes interesses bem directos a fazenda, não sei como possa prevalecer a doutrina.

Nem a remoção poderá ter lugar a respeito dos juizes municipais, que não são removíveis, a não ser a requerimento seu (Vide art. 36, § 1.º do Regul. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842).”

(22) Vol. 19, 1859, fls. 446.

PARECER (23)

“Apresento a V. Ex.^a o trabalho que me encarregou: é imperfeito, mas a urgência não me permitiu mais longa reflexão, e melhor estudo da matéria.

Os motivos em que me fundei são os que passo a expor.

Dispõe o art. 40 do Reg. de 5 de fevereiro de 1842: (24)

“O Ministro da Justiça marcará em avisos, que farão parte dêste Regulamento, os prazos, que, além dos dez dias do artigo antecedente, devem ser concedidos às partes em atenção às distâncias em que residirem, ou estiverem os documentos e provas que houverem de produzir.”

Lendo as Decisões do Tribunal do Tesouro sôbre tomadas de contas relativas não só aos Empregados das Tesourarias, mas aos das Coletorias estabelecidas no interior das Províncias, entendi que as provas deviam variar conforme a maior ou menor facilidade de comunicações com a Côrte, sem atenção a divisão política e administrativa.

Daí a separação que fiz das capitais da maior parte das províncias, encurtando ou alongando o prazo, de modo que não haja nem protelação, nem vexames para o recorrente.

(23) Vol. 19, 1859, fls. 447-448.

(24) O Reg. de 5 de fevereiro de 1842 — “Regimento Provisório do Conselho do Estado” — dispunha sôbre a organização interna do Conselho, dividindo-o, no art. 1.º, em quatro seções: a dos Negócios do Império, a dos Negócios da Justiça e dos Estrangeiros, a dos Negócios da Fazenda e a dos Negócios da Guerra e Marinha. Cada uma dessas seções era composta de três conselheiros, sendo que as que se ocupassem de negócios de dois Ministérios — no caso a da Justiça e Estrangeiros e a da Guerra e Marinha — seriam presididas pelo ministro a quem tocasse o objeto em discussão (arts. 2.º e 3.º). Muito embora o Regimento Provisório já trouxesse várias normas de caráter processual, o art. 40, transcrito no parecer, autorizava o Ministro da Justiça a marcar prazos, por meio de avisos. O art. 39, a que se refere o art. 40 transcrito, assim dispunha:

“os prazos assinados às partes para responderem, recorrerem, ou produzirem quaisquer documentos, e provas, não poderão exceder a dez dias, residindo na Côrte, ou no seu termo”.

A disposição do recurso no caso de não admissão do primeiro, é uma inovação que me animo a propor no processo administrativo, à semelhança do que tem lugar nos recursos das Alfândegas e no processo civil e comercial, onde os agravos e cartas testemunháveis são uma garantia salutar para a parte.

A prática tem mostrado que muitas vêzes no processo administrativo se recusa admitir um recurso por entender-se que está fora do termo; e neste caso, às vêzes, por menos exata intelligência da lei, se tolhe à parte o direito de uma segunda e superior decisão.

Parece à primeira vista que excede a atribuição dêste Ministério a criação de um novo recurso para o Conselho de Estado, e que semelhante faculdade não se acha compreendida no art. 40 do Regimento Provisório; mas esta consideração cessa, quando se pondera que o novo recurso, não é sôbre a questão principal, e sim sôbre o incidente; a autoridade a quem compete marcar os prazos para o exercício de um direito deve necessariamente garantir a parte contra os abusos que se possam dar na maneira de aplicar êsses prazos.

Diretoria da Seção de Justiça e Estatística
22 de fevereiro de 1859”

O Diretor

José Martiniano de Alencar (25)

“N.º Justiça. *Marca os prazos concedidos às partes para interposição do recurso, que o Decreto n.º 2.343, de 29 de janeiro de 1859, estabeleceu das Decisões do Tribunal do Tesouro para o Conselho de Estado.* (26)

(25) Note-se que, ao dar êste parecer, Alencar não era, ainda, Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e sim Diretor da Seção de Justiça e Estatística, conhecida como a II Seção.

(26) Vol. 19, 1859, fls. 449-450.

Ilmo. e Exmo. Sr. Cumpre que V. Ex.^a faça observar, na forma do art. 40 do Regulamento n.º 124, de 5 de fevereiro de 1842, — a presente disposição que fica sendo parte do mesmo Regulamento:

1.º — O recurso estabelecido pelo Cap. 5.º do Decreto n.º 2.343, do decreto de 29 de janeiro de 1859, das Decisões do Tribunal do Tesouro sôbre tomadas de contas para o Conselho de Estado, será interposto nos seguintes prazos:

a) Do Município neutro e da Capital da Província do Rio de Janeiro, dentro do prazo de dez dias, marcado no art. 39 do citado Regulamento.

b) Da Capital da Bahia, e da Província do Rio de Janeiro, dentro de um mês.

c) Das Capitais de São Paulo, Minas, Pernambuco, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Rio Grande do Sul; e das Províncias de Santa Catarina e Espírito Santo compreendidas as suas capitais, dentro de dois meses.

d) Das Capitais do Paraná, Sergipe, Maranhão e Pará, e das Províncias de São Paulo e Rio Grande do Sul, dentro de quatro meses.

e) Das Capitais de Piauí e Amazonas, e das Províncias de Pernambuco, Ceará, Maranhão, Sergipe, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte e Paraná, dentro de seis meses.

f) Das Províncias do Pará e Piauí, Minas, Bahia, Amazonas, e das Províncias e Capitais de Mato Grosso e Goiás, dentro de oito meses.

2.º — Êstes prazos são fatais, tanto para as partes como para a Fazenda Nacional; e o recurso interposto fora dêles não será levado ao conhecimento do Conselho de Estado.

3.º — Da decisão que denegar recurso por excesso do prazo legal, poderá a parte interpor novo recurso, no têrmo improrrogável de cinco dias.

Secretaria de Justiça.

José Martiniano de Alencar” (27)

(27) O presente parecer refere-se à mesma matéria contida no parecer anterior, ou seja, os prazos a que se referia o art. 40 do Reg.

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS (28)

“Ministério dos Negócios da Fazenda. Rio de Janeiro, em
8 de fevereiro de 1859

Ao Sr. Conselheiro Consultor dos Negócios da Justiça
— 30 de março de 1859.

Havendo o Decreto n.º 2.343, de 29 de janeiro último, facultado, no Cap. 6.º, recurso em alguns casos para o Conselho de Estado das decisões administrativas proferidas pelas Repartições da Fazenda e pelo Tribunal do Tesouro Nacional, e tornando-se, portanto, necessário marcar os prazos, que devem ser concedidos às partes para os efeitos previstos no art. 39 do Regimento Provisório do referido Conselho; rogo a V. Ex.^a se digne expedir as providências, que lhe parecerem precisas, na conformidade do artigo 40 do citado Regimento.

Deus guarde a V. Ex.^a.

F. de Sales Tôrres Homem”

PARECER (29)

“Peço vênia ao Exmo. Sr. Conselheiro Diretor-Geral, para divergir da sua opinião a respeito do sistema a seguir nos prazos de interposição dos recursos de que trata o Decreto n.º 2.343, de 29 de janeiro passado.

Cumpre notar antes de tudo que os recursos de que trata o citado decreto são do Tribunal do Tesouro para o Conselho de Estado, e que, portanto, a interposição dêesses recursos

Provisório do Conselho de Estado. Note-se que, aqui, Alencar já funcionava como Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e não mais como Diretor da II Seção, cargo que exercia quando deu aquêlê parecer.

(28) Vol. 19, 1859, fls. 446.

(29) Vol. 19, 1859, fls. 442-443.

deve ter lugar aqui na Côrte, perante aquêlê Tribunal, embora o recorrente esteja ausente e em lugar remoto.

Não é, pois, applicável a regra adotada pelos arts. 72, 73, 74 e 75 da lei de 3 de dezembro, relativa à interposição de recursos crimes perante os tribunais das localidades.

No que concerne à regra do art. 76 sôbre o modo de contar os prazos, não a consignei no projeto de aviso que elaborei como Diretor da V Seção, e preferi a designação das Províncias, pela razão seguinte.

Creio que a falta de conhecimento das distâncias, a inexactidão dos cálculos, deve dar lugar a uma incerteza muito grande nos prazos proporcionais, e podem algumas vêzes causar vexames e prejuízos às partes.

Uma designação bem calculada, segundo as comunicações mais ou menos rápidas que prendem à Côrte as Províncias ou suas Capitais, oferece mais certeza e mais segurança às partes; previne abusos, e evita questões freqüentes e insolúveis a respeito da distância real.

Os prazos proporcionais são os mais perfeitos nos países onde existem documentos officiaes que lhes servem de base, — onde se conhecem perfeitamente as distâncias e o espaço de tempo necessário para percorrê-las; porém o Brasil não está ainda neste caso; e uma regra fixa, que deixe margem para as demoras e accidentes, me parece preferível.

Entretanto é êste um objeto em que, para acertar, mais vale uma longa experiência, que eu não posso invocar.

Rio, 17 de maio de 1859.

José Martiniano de Alencar”

“4.^a Seção. Despacho de S. Ex.^a, Sr. Ministro. Côrte (30)
Ordenados do Juiz de Direito aposentado
Félix Peixoto de Brito e Melo.

O Juiz de Direito aposentado Félix Peixoto de Brito e Melo, tendo requerido pagamento dos ordenados, que lhe com-

petiam por ter sido anistiado; solicitou-se do Ministério da Fazenda por aviso de 7 de abril de 1856 (cópia junta) que lhe fôsses pagos os mesmos ordenados sòmente da data da anistia até a da aposentadoria, não se lhe levando em conta o tempo anterior àquela graça.

Apresentando o Ministério da Fazenda, por aviso de 5 de julho de 1856, dúvidas sôbre o pagamento, foi, em virtude da Resolução de Consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado, mandado cumprir o referido aviso de 7 de abril.

Tendo sido últimamente sancionada a Resolução da Assembléia-Geral Legislativa mandando pagar à viúva do Juiz de Direito Arruda Câmara os ordenados que a êste competiam, desde 1.º de janeiro de 1849, isto é, do tempo anterior à anistia; importa essa Resolução não uma graça especial, mas o reconhecimento do direito dêsse magistrado aos ordenados por efeito da anistia.

Consagrando êsse ato um princípio geral, que aproveita a quantos se acharem nas mesmas circunstâncias; o suplicante julgando-se compreendido no mesmo caso, pede por isso pagamento dos ordenados, desde o 1.º de janeiro de 1848 até a data da anistia.

Em 16 de fevereiro de 1866.

Gaspar Olavo Pinto Rodrigues”

PARECER (31)

“A Resolução de 24 de setembro de 1864, n.º 1.238, (32) que mandou pagar ao Juiz de Direito Arruda Câmara ordenados correspondentes a certo tempo, longe de favorecer

(31) Vol. 19, 1859, fls. 461.

(32) O Decreto n.º 1.238, de 24 de setembro de 1864, estava assim redigido:

“Hei por bem sancionar e mandar que se execute a Resolução seguinte da *Assembléia-Geral*:

Art. 1.º — O Govêrno mandará pagar a D. Serafina de Arruda Câmara, viúva do Juiz de Direito Dr. José Francisco de Arruda Câma-

a pretensão do suplicante ante o Governo Imperial, ao contrário o prejudica.

Essa Resolução estabelece a competência do Poder Legislativo para a concessão da mercê pedida; e, portanto, a falta de atribuição do Poder Executivo para deferir a Petição.

É princípio corrente que as Resoluções da Assembléa-Geral em questão individual não constituem regra para outros casos occorrentes; quando muito são precedentes, mas para a mesma Assembléa. Na resolução de que se trata, nem sequer foram declarados os motivos da mercê.

Entendo, pois, que o suplicante deve requerer ao Poder Legislativo.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 1866.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (33)

“Ao Consultor dos Negócios Eclesiásticos, em 17 de setembro de 1859.

José Joaquim da Silva, tendo o Augusto Pai de Vossa Majestade Imperial, a quem Deus tenha em ditosa memória, feito-lhe a graça de nomeá-lo Andador do SS. Sacramento da Imperial Capela, por Aviso da Secretaria do Império, de doze de maio de mil oitocentos e vinte seis, com o vencimento anual de setenta e cinco mil réis, bem como mais cinco mil réis anual por decreto da Secretaria da Justiça de dez de setembro de mil oitocentos e cinqüenta, como prova pelos do-

ra, os ordenados que a éste competirão, como Juiz de Direito, dos anos decorridos dado o primeiro de janeiro de mil oitocentos e quarenta e nove até trinta e um de maio de mil oitocentos e cinqüenta e quatro.

Art. 2.^o — Ficam revogadas as disposições em contrário”.

A competência do Poder Legislativo, a que a seguir se refere Alencar, deduz-se por ser a Resolução da Assembléa-Geral, como se vê do início do decreto.

(33) Vol. 19, 1859, fls. 632.

cumentos juntos, e como o suplicante conta trinta e três anos de serviços, e se acha avançado em idade e sobrecarregado de moléstias crônicas, vem humildemente implorar de V. M. Imperial a graça de reformá-lo, atendendo V. M. Imperial a sua idade e moléstias que já o impossibilitam de comparecer nas funções a seu cargo; por isso

P. a V. M. Imperial
se digne deferir
como requer.
José Joaquim da Silva

PARECER (34)

“Não julgo o peticionário nas condições de merecer o favor que requer, pois não prova, e apenas alega impossibilidade para continuar a exercer o seu cargo. Depois não me parecem convenientes essas aposentadorias não concedidas por lei, senão em casos muito excepcionais. (35)

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1859.

J. M. de Alencar”

EXTRATO (36)

“O Chefe de Polícia da Côrte, em cumprimento do Aviso dêste Ministério, de 15 de junho último, informa que Anfilóquio

(34) Vol. 19, 1859, fls. 632.

(35) *Andador* era o membro de Irmandade ou Confraria religiosa que percorria as ruas com a finalidade de angariar óbolos ou doativos para as mesmas associações. Havia *andadores* do Santíssimo Sacramento como de outras confrarias. O costume de membros de confrarias percorrerem as ruas pedindo esmolas perdurou por muito tempo, sendo que, até bem pouco, ainda eram vistos, no interior do país, homens, vestidos de opa vermelha, a pedir esmolas para o “azeite do Santíssimo”.

(36) Vol. 19, 1859, 744.

Nunes Pires foi nomeado interinamente para o lugar de Encarregado da visita da Polícia do pôrto, em 21 de novembro de 1842, passando a efetivo, em 10 de setembro de 1851, e que foi nomeado official externo da Secretaria de Polícia por decreto de 23 de janeiro de 1857, exercendo êstes empregos com zêlo e dedicação, parecendo-lhe por isso, em atenção ao seu estado enfêrmo, estar no caso de ser favoravelmente deferido.

Pondera, porém, que o artigo 27 do Decreto n.º 1.746, de 16 de abril de 1856, determinando só poderem ser aposentados com os ordenados nêle fixados os empregados existentes da Secretaria, que servirem mais três anos depois de sua publicação, não poderá aproveitar ao suplicante se os três anos forem contados da data da execução do mesmo decreto, visto que a nomeação do official externo é de 23 de janeiro de 1857, época em que pròpriamente foi reorganizada a Secretaria de Polícia da Côrte.

Parece-nos que as expressões do artigo — depois da sua publicação — não poderão suscitar a menor dúvida acêrca da pretensão do suplicante. V. Ex.^a melhor decidirá.

4.^a Seção, em 1.º de agôsto de 1859.

O 1.º Official
Carlos Frederico de Lima”

PARECER (37)

“À vista da expressa e terminante disposição do art. 27 do Decreto n.º 1.746, de 16 de abril de 1856 (38) — me parece

(37) Vol. 19, 1859, fls. 1.742.

(38) O Dec. n.º 1.746, de 16 de abril de 1856, que baixou o Regulamento para a Secretaria de Polícia da Côrte — de acôrdo com a autorização constante da Lei n.º 781, de 10 de setembro de 1854 — dispunha, no art. 27:

“Não poderão ser aposentados com os ordenados fixados por êste Regulamento os Empregados existentes, que não servirem mais três anos depois da sua publicação”.

O Reg. n.º 1.746 é assinado por Nabuco de Araújo, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

que os três anos para aposentadoria devem ser contados da publicação e não da execução daquele decreto.

Era necessário que da letra da lei resultasse um absurdo para dar-se-lhe uma inteligência contrária ao seu sentido vulgar e geralmente aceito; mas esse absurdo não existe. Houve apenas favor aos Empregados da Secretaria da Polícia, talvez em atenção à exigüidade de seus ordenados anteriores.

Absurdo haveria se o decreto citado não se executasse nos três anos contados da sua publicação; porque nesse caso seria um Empregado aposentado com o ordenado de um cargo para que ainda não tinha sido nomeado.

Mas sendo o decreto executado em 1857, as nomeações retroagirão para efeito da aposentadoria à data da publicação por força da disposição do art. 27.

Tais são as razões por que me aparto da opinião do Dr. Chefe de Polícia da Côrte, e concordo com o parecer do Dr. Diretor da 4.^a Seção.

Rio de Janeiro, 15 de agôsto 1859.

José Martiniano de Alencar
C. Int.

EXTRATO (39)

“Antônio Alvares de Miranda Varejão tendo sido aposentado no lugar de 1.^o Oficial da Secretaria da Justiça, por ocasião da reforma da mesma Secretaria da Justiça, e supondo-se prejudicado com essa aposentadoria, reclamou ao Governo a sua conservação naquela repartição, na qualidade de Diretor de Seção, ou a nomeação para um emprêgo de igual categoria, ou, finalmente, a uma aposentadoria no lugar de Diretor de Seção, a que se julga com direito, visto que antes da reforma já era êle 1.^o Oficial Chefe de Seção, e Oficial maior graduado.”

“O suplicante, na intenção de reforçar o seu pretendido direito, cita dois casos de aposentadorias concedidas, segundo pensa, em condições mais favoráveis do que a sua.”

PARECER (40)

“Não só é princípio corrente em matéria de aposentadoria, que o empregado tem unicamente direito, — conforme o tempo de serviço, — a uma pensão proporcional ao ordenado que percebia anteriormente no seu cargo; como êsse princípio se acha consignado no Decreto n.º 2.350, (41) de 5 de fevereiro do corrente ano, o qual exige para que os antigos empregados se possam aposentar com os novos ordenados ou na razão dêles, certo tempo de serviço depois da reforma.

Parece-me, pois, que o peticionário não tem nenhum direito a melhoramento da aposentadoria; por ser êste manifestamente contrário ao espírito de tãda a legislação, e especialmente ao Decreto n.º 2.530.

Quanto à injustiça que diz o suplicante, se lhe fôr aposentando-o, é questão de fato e de conveniências, em que não me

(40) Vol. 20, 1860, fls. 12.

(41) O Dec. n.º 2.350, de 5 de fevereiro de 1859 — e não 2.530, como, certamente por engano, consta no segundo parágrafo do parecer — reformou a Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, de acôrdo com a autorização contida na Lei n.º 781, de 10 de setembro de 1854. De acôrdo com êsse decreto, a Secretaria de Estado ficou dividida em seis seções, — a central, a de justiça e estatística, a de negócios e benefícios eclesiásticos, a de policia, prisões e fôrça publica, a do orçamento e a do arquivo. Compunha-se o quadro do pessoal de um Diretor-Geral, dois Consultores, cinco diretores de seção (a seção central era subordinada diretamente ao Diretor-Geral), doze primeiros oficiais, oito segundos oficiais, dez amanuenses, dez praticantes, um porteiro, dois ajudantes, dois contínuos e seis correios. Em relação às aposentadorias dos seus servidores, dispunha o decreto:

cabe dizer. Se houve agravó, a equidade do Govêrno Imperial garante a reparação.

Rio de Janeiro, 6 de outubro de 1859.

J. M. de Alencar”

CONSULTA DO PRESIDENTE DA PROVÍNCIA
DE MINAS GERAIS (42)

- 1.^a Pergunta: “Um Juiz Municipal primeiro substituto, designado Juiz de Direito, convidado para assumir esta vara, pode recusar-se, continuando, entretanto, no exercício da Municipal?”
- 2.^a Pergunta: “Resolvida afirmativamente esta primeira questão, acontecendo ter de abrir-se o Júri no Têrmo em que exerce as funções municipais, o Juiz que recusou-se, pode aí exercer

“Art. 15 — Podem ser aposentados com ordenado por inteiro os empregados que tiverem trinta anos de serviço e impossibilidade física ou moral.

Serão aposentados com o ordenado proporcional aquêles que, tendo mais de dez anos, ficarem impossibilitados física ou moralmente de exercer os seus empregos.

Art. 16 — Os empregados atuais que forem conservados, ainda que tenham o tempo de serviço exigido no artigo antecedente, só poderão ser aposentados com os ordenados fixados por êste regulamento, se tiverem 3 anos de exercício depois de sua execução, salvo se contarem 35 anos de serviço.

Art. 17 — No tempo de serviço necessário para a aposentadoria não se poderá contar mais de um têrço do serviço prestado em repartição provincial ou municipal.

Art. 18 — O empregado que tiver o tempo necessário para aposentadoria poderá continuar a servir, se o Govêrno considerar conveniente o seu préstimo.

Neste caso, terá êle um aumento nos seus vencimentos, o qual será gradual ou de 5 em 5 anos, à razão de 10 por cento por cada vez, imputando-se ao ordenado para o caso de aposentadoria sòmente metade do dito aumento”.

(42) Vol. 20, 1860, fls. 33-34.

jurisdição, abrindo o Júri, o Juiz que estiver exercendo a vara de Direito?”

EXTRATO

“O Presidente de Minas remeteu, por cópia, um officio do Juiz de Direito da Comarca do Rio das Velhas e outro do Juiz Municipal, primeiro substituto do Juiz de Direito.

Por êles se vê que devendo o Juiz de Direito entrar em gôzo de uma licença de 30 dias, officiou ao primeiro substituto, Juiz Municipal do Têrmo do Sabará, para que informasse se podia substituí-lo. Respondeu o Juiz Municipal pela negativa, alegando enfermidade, que lhe impedia de empreender uma viagem. O Juiz de Direito, na falta do 2.^o e 3.^o substitutos, que são Juizes Municipais de Santa Luzia e Caeté, officiou ao 4.^o substituto.

O Presidente consulta:

Se o Juiz Municipal, não obstante os justos motivos que alegou, podia continuar no exercício de seu cargo, tendo deixado de assumir a jurisdição de Juiz de Direito.

Se, resolvida a questão afirmativamente, acontecesse ter de abrir-se o Júri no Sabará, deveriam as respectivas sessões ser presididas por êste Juiz Municipal ou pelo 4.^o substituto.

Entende o Presidente que se poderia fâcilmente remover estas dúvidas autorizando-o a alterar, quando a regularidade do serviço público exigisse, a Portaria que designa a Ordem em que os Juizes Municipais e seus suplentes devem substituir os Juizes de Direito”.

PARECER (43)

“A resposta à primeira questão proposta pelo Presidente da Província de Minas está em minha opinião nos arts. 129 e

(43) Vol. 20, 1860, fls. 30-32.

154 do Cód. Criminal, (44) em que necessariamente incorre o Juiz Municipal, 1.º Substituto do Juiz de Direito, que, no impedimento dêste, e à sua requisição legal, deixá-lo de substituir sem escusa legítima.

A designação dos Substitutos do Juiz de Direito na classificação dos Juizes Municipais para tal fim, feita em virtude do art. 211, § 10, do Reg. de 31 de janeiro, (45) não exclui, nem podia excluir o impedimento sobreveniente dêste ou da-

(44) Dispunham os arts. 129 e 154 do Cód. Criminal do Império:

“Art. 129 — Serão julgados prevaricadores os empregados públicos que, por afeição, ódio ou contemplação, ou para promover interesse pessoal seu:

§ 1.º — julgarem ou procederem contra a literal disposição da lei.

§ 2.º — infringirem qualquer lei ou regulamento.

§ 3.º — aconselharem algumas das partes que perante elles litigarem.

§ 4.º — tolerarem, dissimularem ou encobrirem os crimes e defeitos officiaes dos seus subordinados, não procedendo ou não mandando proceder contra elles, ou não informando à autoridade superior respectiva nos casos em que não tenham jurisdição para proceder ou mandar proceder.

§ 5.º — deixarem de proceder contra os delinquentes que a lei lhes mandar prender, acusar, processar e punir.

§ 6.º — recusarem ou demorarem a administração da justiça que couber nas suas attribuições, ou as providências do seu officio que lhes forem requeridas por parte, ou exigidas por autoridade pública, ou determinadas por lei.

§ 7.º — promoverem em emprêgo público ou proporem para elle pessoa que conhecerem não ter as qualidades legais.

“Art. 154 — Deixar de cumprir ou de fazer cumprir exatamente qualquer lei ou regulamento, deixar de cumprir ou de fazer cumprir, logo que lhe seja possível, uma ordem de requisição legal de outro empregado.

Penas — de suspensão do emprêgo por um a nove meses”.

(45) Dispunha o art. 211, § 10, do Reg. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842:

“Art. 211 — Aos juizes municipaes, na parte criminal, compete:

§ 10 — Substituir o Juiz de Direito, na sua falta, ou impedimento.

O Governo na Côrte, e os Presidentes nas Províncias, designarão no principio do mês de janeiro a ordem, pela qual os Juizes Municipaes

quele Juiz Municipal colocado em primeiro lugar na ordem da substituição.

A lei negou alguma vez ao empregado, ainda mesmo aquêles que estão sujeitos a uma disciplina severa, quanto mais aos Magistrados, a escusa natural, legítima, forçada, da enfermidade, e de outras causas que às vêzes impedem o exercício do cargo?

Creio que não pode haver duas respostas a êsse quesito. Todo o empregado tem o direito, provando moléstias, de deixar momentâneamente de exercer o cargo, ou de deixar de exercer alguma ou algumas funções dêsse cargo, desde que não haja prejuízo para o serviço público.

É uma das funções do Juiz Municipal substituir o Juiz de Direito; se a moléstia o impede de exercer essa função, como a lei já preveniu semelhante acidente de modo a não interromper a marcha da justiça, não descubro razão que o prive do exercício do seu cargo.

O corretivo contra o abuso está na prova legal da moléstia, que o Juiz Municipal é obrigado a apresentar; e, finalmente, nos arts. citados do Cód. Criminal, que tornam efetiva a sua responsabilidade, no caso de falta de exação no cumprimento de seus deveres.

A segunda questão responde o art. cit. 211, § 10, do Reg. de 31 de janeiro.

É óbvio que a lei, estabelecendo mais de um substituto, teve em vista que êles suprissem pela ordem de sua designação a falta dos imediatos.

O que assumir, pois, a vara de Juiz de Direito exercerá tôdas as atribuições do cargo, ainda mesmo no têrmo do Juiz

da Comarca, ou os do Têrmo, onde houver mais de um, deverão substituir os de Direito. O que fôr indicado em primeiro lugar será primeiramente chamado, depois o 2.º, e assim por diante.

Logo que um Juiz Municipal substituir o Juiz de Direito na Comarca, passará o seu suplente a exercer as funções de Juiz Municipal no Têrmo”.

Municipal substituto que se escusou; pois, do contrário se daria o absurdo de haver dois Juizes de Direito na mesma comarca.

Quanto a autorização que pede o Presidente para alterar a ordem da designação, não a julgo conveniente. Se essa medida pode alguma vez remover dificuldades administrativas, ela tornará ainda mais precária e dependente essa classe de *magistrados temporários*, que as nossas leis designaram com o título de Juizes Municipais.

Rio, 3 de novembro de 1859.

José Martiniano de Alencar”

CONSULTA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DA BAHIA (46)

- 1.^a Pergunta: “Uma nota promissória, assinada por um ou mais devedores não comerciantes, por valor recebido em dinheiro, e passada diretamente à ordem de Companhia bancária, ou de banqueiro particular, é da competência do fôro comercial, conforme ao disposto no § 2.^o do artigo 19 do Decreto número 737, de 25 de novembro de 1850?”
- 2.^a Pergunta: “Uma nota promissória assinada por um ou mais devedores não comerciantes por valor recebido em dinheiro, à ordem de pessoa também não comerciante, sendo negociada ou descontada, ou por banqueiro particular, torna-se da competência do fôro comercial pelo fato de ter havido operação de banco e cessão mercantil por via de endosso?”

PARECER (47)

“A minha opinião sôbre as questões propostas pelo Tribunal do Comércio da Bahia é a seguinte:

Quanto à primeira questão:

A nota promissória, assinada por não comerciante, embora passada a favor de banco público ou particular por valor recebido em dinheiro, não é título mercantil. (48)

Quanto à segunda questão:

A nota promissória nas circunstâncias mencionadas, sendo negociada pelo banco por endôssô, antes de vencidas, torna-se título mercantil unicamente para os endossantes.

(47) Vol. 20, 1860, fls. 178-185.

(48) A nota promissória era regulada, no ano em que foi dado este parecer (1860), pelos arts. 427 e 727 do Cód. Comercial. Reconhecia êste, como títulos cambiais, as *letras de câmbio* (art. 384 e segs.) e as *letras de terra*, sendo estas “em tudo iguais às letras de câmbio, com a única diferença de serem passadas e aceitas na mesma província” (art. 425). O Cód. considerava a letra de câmbio o resultado de um contrato anterior, razão pela qual determinava que da mesma deveria constar como requisito especial, “o valor recebido, especificando se foi em moeda, e a sua qualidade, em mercadorias, em contá ou por outra qualquer maneira” (art. 354, III).

Equiparava o Cód. às letras de terra “as notas promissórias e os escritos particulares ou créditos com promessa ou obrigação de pagar quantia certa e com prazo à pessoa determinada ou ao portador, à ordem ou sem ela, sendo assinados por comerciantes”. O portador desses títulos, contudo, não era obrigado a protestá-los quando não fôsse pagos no vencimento, “salvo se nêles houver algum endôssô” (art. 426).

Como a consulta se referia à comercialidade da nota assinada por não comerciante, a resposta, segundo o direito da época, foi negativa. Essa era a orientação dominante na vigência do art. 426 do Cód. Com., como se vê das decisões da Relação do Maranhão de 5 de junho de 1860, 10 de agosto de 1861 e 5 de junho de 1862. Também o Tribunal do Comércio do Rio de Janeiro decidiu em 13 de maio de 1872 que “a nota promissória deve ser assinada por comerciante para poder ser ajuizada no fôro comercial” (Orlando, Cód. Com. anotado, nota 606 ao art. 426).

Fundo a minha opinião nas disposições da lei comercial brasileira.

O art. 426 do Cód., pela sua letra e pelo seu espírito, distingue perfeitamente a nota promissória assinada por comerciante, daquela que é assinada por não comerciante. A primeira é equiparada à letra de câmbio para todos os efeitos jurídicos; a segunda, a *contrario sensu*, é privada desses efeitos.

Ora, é um efeito da letra de câmbio determinar a competência real da jurisdição mercantil, em virtude da natureza do ato, e independente da qualidade das pessoas; assim ensinam os melhores escritores de D. Mercantil, e entre êles Massé; assim dispôs o Reg. n.º 737, de 25 de novembro de 1850, art. 20, § 4.º. (49)

Sendo, pois, a nota promissória privada (50) pelo art. 426 dos efeitos jurídicos da letra de câmbio, é claro, é lógico, que ela não pode determinar a competência da jurisdição comercial, em virtude da natureza do ato; e que, por conseguinte, não lhe é aplicável a disposição do art. 20, § 4.º, do Reg. n.º 737.

Resta-nos, pois, a competência mista, visto que a nossa legislação (art. 11 do Reg. cit.) não reconheceu a competência pessoal, como o fêz a legislação francesa.

Há competência mista comercial para a nota promissória, nas circunstâncias mencionadas? (51)

Não, de certo.

O art. 11 do Reg. n.º 737 declara: — que não basta para determinar as competências da jurisdição comercial que ambas

(49) Dispunha o § 4.º do art. 20 do Reg. n.º 737:

“Art. 20 — São também julgadas...

§ 4.º — As questões relativas a letras de câmbio, e de terra, seguros, riscos e fretamentos”.

(50) No caso em apreço, a afirmativa é feita em relação à nota promissória que não era assinada por comerciantes; só sendo assinada por comerciantes é que a nota promissória era reputada letra de terra, nos termos do art. 426 do Cód. Com.

(51) Mais uma vez convém lembrar que J. de Alencar, no caso, se referia à nota promissória não assinada por comerciante.

ou uma das partes seja comerciante; é *essencial que a dívida seja comercial*.

Dêstes dois elementos da competência mista comercial, só um se dá na nota promissória em questão; e é a qualidade de comerciante de uma das partes — o banqueiro. O outro elemento não existe: a dívida não é comercial.

Que a dívida não é comercial prova-o à evidência o art. 247 do Cód.:

— “O mútuo é empréstimo mercantil, quando a coisa emprestada pode ser considerada gênero comercial, ou destinada a uso comercial, e pelo menos o *mutuário é comerciante*”.

O mutuário, assinante da nota promissória de que se trata, não é comerciante; o mútuo não é, portanto, mercantil; e a dívida que dêle resultou não é comercial.

Não é possível considerar a nota promissória de outra maneira.

Ela não pode entrar no contrato especial de câmbio, ainda por ficção ou privilégio, como a letra de terra, porque o art. 426 do Cód. se opõe terminantemente. (52)

Ela não pode ser considerada operação de banco, e por conseguinte mercancia, na forma do art. 19, § 2.º, do Reg. n.º 737, (53) porque dar dinheiro por empréstimo sôbre escrito particular não é operação de banco.

(52) Rezava o § 2.º do art. 19 do Reg. n.º 737:

“Art. 19 — Considera-se mercancia:

§ 2.º — As operações de câmbio, bancos e corretagem”.

(53) J. M. Pardessus — “Cours de Droit Commercial”, T. 1.º Pardessus foi professor da Faculdade de Direito de Paris, de 1810 a 1830. É considerado “o criador do ensino de direito comercial” naquela faculdade (Joseph Hamel — “Traité de Droit Commercial”, — vol. I, Paris, 1954, pág. 94). Publicou um “Curso de Direito Commercial”, cuja 1.ª edição apareceu em 1816 e a 2.ª, em 5 volumes, em 1821. Além dêsse *Curso* publicou “Collection des lois maritimes antérieures au XVIII siècle”, (1829 — 1845) e “Tableau du Commerce antérieurement à la découverte de l’Amérique”, (1834). A orientação de Pardessus, no que se refere à letra de câmbio, era a em voga na época, inspirada na doutrina de Pothier, ou seja: para êle a letra de câmbio era o meio de execução de um contrato de câmbio.

O art. cit. 19, § 2.º, não diz operação *dos bancos*, mas *operação de banco*; e esta só é aquela que nenhum outro indivíduo, a não ser banqueiro, não pode realizar.

Dar dinheiro sôbre nota promissória é transação que efetua qualquer particular não comerciante; por conseguinte, não é admissível classificá-la como operação de banco; sem incorrer no absurdo de considerar banqueiros, todos os indivíduos que emprestam.

Sôbre êste ponto, escuso repetir o que diz o Presidente da Bahia no seu voto em separado, fundando-se na opinião de Pardessus (54) § 22 a § 29 e Silva Lisboa, Tratado 4.º (55) — assim como o que se pôde ler em Courceil de Seneuil — Operação de Banco.

Mas, ainda quando se considere a nota promissória, no caso proposto uma operação de banco e por conseguinte uma mercancia; é daquelas mercancias relativas e não absolutas, de que trata Massé — Tom. 1.º, § 17: — (56) é daquelas mercancias que o são realmente só para os comerciantes que intervieram na operação.

(54) José da Silva Lisboa (Visconde de Cairu) — “Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha” — “divididos em sete tratados elementares, contendo a respectiva legislação pátria, e indicando fontes originaes dos Regulamentos marítimos das principais Praças da Europa”, Lisboa — 1798 — 1808 —. A obra de Silva Lisboa foi a primeira a versar o direito marítimo e o direito comercial escrita em lingua portugueza (J. X. Carvalho de Mendonça, “Trat.”, vol. I, n.º 79). Em 1874 foi reeditada por Cândido Mendes de Almeida.

(55) M. G. Massé — “Le droit commercial dans ses repparts avec le droit des gens et le droit civil” — 6 vols. — 1.ª edição 1844 — 1848; 2.ª ed., 1861 — Falando sôbre Massé, Joseph Hamel (ob. cit., pág. 97) diz que a 1.ª edição desse livro é de 1862. Há, evidentemente, um engano, que se confirma com a citação de J. de Alencar, em 1860, anterior, portanto, à data citada por Hamel. No prefácio da 2.ª ed. diz Massé: “La première edition de ce livre remonte à une époque assez ancienne”...

(56) Bravard — Veyrières — “Manuel de droit commercial” — 1838. Bravard — Veyrières substituiu Pardessus na Faculdade de Direito de Paris, ocupando a cátedra de Direito Comercial de 1832 a 1861, quando, por sua vez, foi substituído por Rataud. O seu Ma-

Em conclusão, pois, a nota promissória assinada por não comerciante, embora passada a banco e por valor recebido em dinheiro, é um instrumento de contrato de empréstimo, que não pode ser considerado mútuo mercantil por força do art. 247 do Cód: — ela não constitui, por conseguinte, dívida comercial, para determinar a competência especial na forma do art. 11 do Reg. n.º 737, de 1850.

A praxe francesa confirma esta opinião.

Como se pode ver em Bravard — Veyrières, *Droit Commercial*, Liv. 4.º, Tit. 2.º, Seç. 3.ª, (57) e F. Rivière, *Code de Commerce*, (58) última parte, a nota promissória é considerada título civil, quando o não comerciante que a assinou, não fez com ela uma operação de câmbio, banco, comércio, tráfico e corretagem.

Esta exceção funda-se na letra expressa do art. 636 do Cód. Comercial Francês.

Mas o nosso art. 426 do Cód. não fez exceção alguma a respeito das notas promissórias assinadas por não comerciante; e considerou-as em todo o caso como simples promessa de pagar.

É lógico, pois, que entre nós não se deve admitir a prova de ter sido o objetivo da nota promissória mercantil, para o efeito de considerar-se essa nota igual à letra de câmbio: como sucede em França.

nuel foi a primeira obra, na França, consagrada ao ensino do Direito Comercial.

Após sua morte, seu discípulo, Demangeat editou, em 1862, o *Tratado de Direito Comercial*, de Bravard — Veyrières, compilação das notas tomadas em aulas do mestre. A referência de J. de Alencar é, naturalmente, ao *Manuel*, pois na época em que foi dado êste parecer (1860), ainda não havia aparecido o *Tratado*.

(57) H. F. Rivière — “*Répétitions écrites sur le Code de Commerce*”. A última parte desta obra se refere à jurisdição comercial.

(58) À época em que foi dado êste parecer havia muitas dúvidas entre os escritores sobre a personalidade jurídica das sociedades comerciais. Tais dúvidas provinham do fato de não haver o Cód. caracterizado como pessoas jurídicas as sociedades em nome coletivo (art. 315) e em comandita simples (art. 311), muito embora reco-

Não me demorarei em refutar o argumento que se quer tirar do art. 20, § 2.º, do Reg. n.º 737, de 1850: êle foi completamente destruído pelo Presidente do Tribunal da Bahia, no seu voto em separado.

Uma sociedade ou companhia, quando trata com terceiro, é uma pessoa moral, (59) um credor ou um devedor como qualquer outro; os seus contratos regulam-se pela legislação em vigor, civil ou comercial, qual no caso couber; tanto assim que se uma dessas companhias locar um prédio para seu escritório, ou mesmo comprá-lo, ninguém avançará, decerto, que êsse contrato é mercantil, e que dêle resultam obrigações comerciais, à vista do art. 20, § 2.º, cit. (60)

As questões de que trata essa disposição são unicamente as questões sociais, as que se prendem ao contrato da sociedade, as que determinam os direitos e obrigações dos sócios; porque estas entre nós são reguladas exclusivamente pela legislação mercantil, qualquer que seja o seu objeto e natureza.

Tão errônea inteligência dada ao Reg. seria a derrogação das terminantes disposições do Cód. Com., o que é inadmissível.

Deixo, finalmente, de discutir a decisão do Supremo Tribunal de Justiça e o Assento do Tribunal do Comércio da

nhecesse a existência de patrimônios próprios das sociedades (art. 350). Entretanto, já existia uma corrente defendendo a personalidade jurídica das sociedades comerciais, a ela se filiando Teixeira de Freitas que, em uma nota ao art. 742 da sua *Consolidação das Leis Civis*, cuja 1.ª ed. é de 1857, asseverava que "constituída a sociedade, há uma *pessoa moral* distinta dos sócios que a compõem". O problema só foi definitivamente resolvido com a publicação do Código Civil, em 1917, em que ficou estabelecido que "são pessoas jurídicas de direito privado: — II) as sociedades mercantis" (art. 16).

(59) A orientação atualmente seguida é justamente a inversa da defendida por J. de Alencar. Hoje, desde que o ato seja praticado pelo comerciante no exercício e em função de suas atividades será considerado comercial, pela teoria do acessório.

(60) O assunto versado no presente parecer, muito controvertido na época, foi finalmente solucionado pelo Dec. n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que equiparou (art. 56) as notas promissórias às letras de câmbio.

Côrte, porque como arestos são fatos consumados; como opiniões estão rejeitados pelos argumentos que apresentei.

Na segunda questão, divirjo da opinião do Presidente do Tribunal da Bahia.

O endôssó é um novo contrato; estabelece no mesmo título uma nova obrigação; desde, pois, que êsse endôssó é assinado por comerciante (o banco), desde que a obrigação que dêle resulta é essencialmente mercantil porque provém de transação bancária de desconto, feita por um comerciante; não há dúvida que o endossante está sujeito à jurisdição comercial.

Um objeto pode ser mercancia absolutamente, porque o uso e o costume a tem trazido ao mercado; e pode ser mercancia acidentalmente porque uma vez se destina a ser vendida e revendida; é o caso em que está a nota promissória, que a princípio simples instrumento de contrato civil, tornou-se efeito comercial, desde que o endôssó de um banco, ou mesmo de um comerciante lhe deu o caráter de papel negociável.

Assim, embora o primeiro signatário não comerciante conserve a sua obrigação civil, os endossantes, pelo fato da negociação, fazem transações mercantis e obrigam-se mercantilmente.

Río de Janeiro, 23 de julho de 1859.

José Martiniano de Alencar”

CONSULTA (61)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

Tendo-me mostrado a experiência que um Escrivão de Órfãos não pode acumular o ofício de Escrivão do Juízo de Ausentes, sem grande atraso do andamento regular dos processos, e da escrituração dos livros de um e outro Juízo, o que traz graves transtornos à administração dos bens dos Órfãos e Au-

(61) Vol. 20, 1860, fls. 276-77.

sentés, e tendo o Governo Imperial previsto êste êrro no Regulamento Novíssimo de 15 de junho próximo passado, no art. 76, parece-me que não há Fôro algum no Brasil, onde, com mais razão se deva carecer um Escrivão para o Juízo de Ausentes, do que no desta Cidade, no qual a extensão, e o número dos processos são, sem dúvida alguma, os maiores de todo o Império. Podendo, porém, a criação dêste officio dar lugar a reclamação da parte do actual serventuário vitalício, seria fácil evitá-la e conciliar o interêsse público com o particular, separando-se sômente a serventia interina, ficando cada um dos serventuários interinos, o de Órfãos, e o de Ausentes, obrigado a pagar ao Serventuário Vitalício a têrça parte da lotação do officio que servir; porque se o Governo Imperial tem direito, pelo art. 76 do citado Regulamento, de criar um officio de Escrivão de Ausentes, pode, sem dúvida, fazer o menos, que é conservar o que existe, e separar apenas as serventias interinas.

Deus guarde a V. Ex.^a

Rio de Janeiro, 4 de novembro de 1859.

Ilmo. e Exmo. Sr. João Lustosa da Cunha Paranaguá.

O Juiz de Órfãos e Ausentes”

PARECER (62)

“Concurso para o Officio de Ausentes da Côrte.

Criação de novo Officio.

Em rigor, as autorizações dadas pelas leis anuais deviam caducar quando não cumpridas no período em que semelhantes leis vigoram.

Mas a prática não tem sido esta: e constantemente está o Governo usando de semelhantes autorizações, concedidas a três, quatro e mais anos.

Quanto à extensão da autorização do art. 46 da Lei n.º 514, de 28 de outubro de 1848, em relação à criação de novos Offícios

(62) Vol. 20, 1860, fls. 280-282.

de ausentes, a interpretação dada pelo art. 76 do Decreto n.º 2.433, de 15 de junho de 1859, (63) solve a questão.

Até aqui o princípio; agora o fato.

O Dr. Juiz de Órfãos da Córte entende que há necessidade de dividir o trabalho atualmente incumbido a um único indivíduo por dois serventuários; mas alega que se deve respeitar o direito do proprietário do Officio, fazendo-se a divisão unicamente na serventia interina, e não na vitalícia.

Em minha opinião, não há nem justiça nem conveniência em semelhante medida.

Não há justiça, porque a propriedade de um officio não pode, de modo algum, restringir a atribuição concedida pela Const., artigo 15, § 16, (64) de criar e suprimir empregos públicos: porque o proprietário de um officio não tem direito a nenhuma indenização pela criação de um novo officio que estreite o círculo das atribuições do seu: porque quando se concede a um individuo uma serventia vitalícia, é com a condição implícita de que outras serão criadas logo que o bem público o exija.

(63) A Lei n.º 514, de 28 de outubro de 1848, é lei orçamentária, fixando a despesa e orçando a receita para o exercício de 1849 — 1850. O art. 46 rezava:

“O Govêrno fica desde já autorizado a reformar os Regulamentos concernentes às Alfândegas e Consulados, à arrecadação da Décima de heranças e legados, e da Décima Urbana, e à administração dos bens de defuntos e ausentes.

O Dec. n.º 2.433, de 15 de junho de 1859, mandou executar o novo Regulamento para a arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, vago e do evento. Diz o art. 76 dêsse Regulamento, que foi assinado por Francisco de Sales Tórres Homem, Ministro da Fazenda e Presidente do Tribunal do Tesouro Nacional:

“Nos municípios onde houver mais de um escrivão de órfãos, servirá um dêles por nomeação do Govêrno, que fica autorizado para criar officios de escrivães do juízo de ausentes nos lugares onde a extensão do fôro assim o exigir”.

(64) Dispunha o art. 15, § 16, da Constituição do Império:

Art. 15 — É da atribuição da Assembléa-Geral:

§ 16 — Criar ou suprimir empregos públicos, e estabelecer-lhes ordenados”.

Não há conveniência: — porque as interinidades tiram aos serventuários provisórios a independência que deve ter todo o agente ou auxiliar do poder judiciário; porque a divisão da serventia ínterina, ato do Govêrno, poderia ser *derrogada* por vontade do proprietário do ofício, quando volte a servi-lo.

É, pois, a minha opinião que se crie, à vista da autorização, um novo Ofício de Ausentes nesta Côrte, servindo o proprietário dêste e o do atual por distribuição: que se declare separado o Ofício de Órfãos do de Ausentes, logo que seja falecido o serventuário vitalício que hoje a acumula: que feita a criação e a separação por decreto, se mande abrir o concurso para o provimento do novo Ofício.

Assim concilia-se a satisfação de uma necessidade urgente com a equidade.

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 1860.

José Martiniano de Alencar”

CONSULTA (65)

“Ministério dos Negócios da Justiça.
Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M. o Imperador há por bem que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, sendo V. Ex.^a o relator, consulte com o seu parecer sôbre que lei regula atualmente o contrato de locação de serviços de pessoas nacionais, de que tratam o Juiz de Paz de Ubatuba, e Presidente da Província de S. Paulo nos seus officios juntos, de 17 de fevereiro e 2 de abril do ano passado.

Deus guarde a V. Ex.^a,

João Lustosa da C. Paranaguá”

PARECER (66)

“Que lei regula atualmente o contrato de locação de serviços nacionais?

Que fôro e que juiz é competente para julgar as causas que derivam daquele contrato?

Sôbre estas duas questões consulta o Presidente da Província de São Paulo, embora apenas seja expresso quanto a primeira; mas a segunda emana da outra.

É minha opinião que o contrato de locação de serviços regula-se atualmente pela nossa legislação mercantil. (67)

A única exceção a esta regra geral é a que estabelece a lei de 11 de outubro de 1837. (68)

Serve de fundamento a esta minha opinião:

1.º — O art. 20, § 3.º, do Tit. Único do Código Comercial que assim dispõe: — Serão julgadas na conformidade das disposições do Código Comercial as questões que derivarem de contratos de locação compreendidos no Título 10, com exceção sòmente das que forem relativas a locação de prédios rústicos ou urbanos.

(66) Vol. 20, 1860, fls. 557-558.

(67) Ao ser promulgado o Cód. Com. não havia dispositivo legal especial regulando a locação de serviços, a não ser o que tratava da locação de serviços de estrangeiros, que fôra inicialmente regulada pela lei de 13 de setembro de 1830, mais tarde revogada pela lei de 11 de outubro de 1837. Tratava do contrato de empreitada a Ord. 2, 4, T. 13, § 8.º.

Na ausência de legislação específica, o Cód. Com. tratou da locação nos arts. 226 a 246. Apesar de se referirem à locação *mercantil*, as normas do Cód. eram aplicadas à locação em geral.

O Cód. Civil regulou a locação de serviços nos arts. 1.216 a 1.236, referindo-se os arts. 1.237 a 1.247 à empreitada. A prestação de serviço não eventual às empresas, individuais ou coletivas, é regulada pela Consolidação das Leis de Trabalho (Dec.-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943), constituindo hoje o chamado direito social ou trabalhista, com jurisdição própria.

(68) A lei de 11 de outubro de 1837, que revogou a de 13 de setembro de 1830, tratava da locação de serviços de estrangeiros.

2.º — O cit. Título 10 do Código, que no artigo 226 define *locação mercantil* o contrato, pelo qual uma das partes se obriga a dar à outra, por certo e determinado preço e tempo, o uso de alguma coisa, ou do seu trabalho.

3.º — A consideração de que o legislador atendendo à lacuna do nosso direito civil sobre o contrato de locação em geral, e à imperfeição da lei de 13 de setembro de 1830 sobre locação de serviços, entendeu convenientemente regularizar este contrato, compreendendo-o no direito mercantil, a que realmente pertence.

A única exceção que devia ter essa regra era a da domesticidade ou criadas de servir, cujo contrato parece-me entrar nas atribuições da polícia administrativa.

Esse ramo de serviço, porém, ainda não foi organizado entre nós. (69)

A exceção que atualmente existe é da locação de serviços de estrangeiros; exceção filha das circunstâncias especiais do país, reclamada pela colonização, e não pode ter sido derogada pela disposição genérica da lei comercial.

Concluo, pois:

Que o contrato de locação de serviços nacionais deve regular-se pelo Código Comercial.

Que o fôro competente é o fôro comercial, e o juízo legítimo o arbitral. (70)

Esta inteligência se depreende, bem clara, do aviso de 13 de maio de 1851.

O Diretor

José Martiniano de Alencar

(69) Prestação de serviços domésticos não foi incluída na Consolidação das Leis do Trabalho; foi o contrato, entretanto, regulamentado pelo Dec.-lei n.º 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, que considerou empregados domésticos "todos aquêles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestem serviços em residências particulares ou a benefício destas" (art. 1.º).

(70) O art. 245 do Cód. Com. determinava que "tôdas as questões que resultarem de contrato de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral". O art. 20 do Título Único do Cód. declarou que

CONSULTA (71)

2.^a Seção, n.º 41

Palácio do Governo de São Paulo,

7 de fevereiro de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Ao Sr. Consultor dos Negócios da Justiça,

Em 28 de fevereiro de 1860.

Tendo me consultado o Juiz de Direito substituto da Comarca de Guaratinguetá, se o favor concedido aos Juizes pelo art. 4.º do Decreto n.º 1.285, de 30 de novembro de 1853, é exclusivo aos Promotores Públicos, dei-lhe a solução constante da cópia inclusa, que julguei dever submeter a aprovação de V. Ex.^a, esperando que se digne confirmá-la.

Deus guarde a V. Ex.^a

José Joaquim Fernandes Tôrres

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lustosa da Cunha Paranaguá, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça”

“serão necessariamente decididas por árbitros as questões e controvérsias a que o Cód. Com. dá esta forma de decisão”.

Entretanto, a Lei n.º 3.115, de 1866, revogou o juízo arbitral obrigatório, permitindo-o apenas nos casos iniciados antes dessa lei, o Dec. n.º 3.900, de 26 de junho de 1867, revogou o juízo arbitral obrigatório, estabelecendo o art. 2.º que “o juízo arbitral é sempre voluntário e pode ser instituído antes ou na pendência de qualquer causa, em 1.^a ou 2.^a instância e até mesmo depois de interposta ou concedida a revista”.

O Cód. Civil, acatando a doutrina do Dec. n.º 3.900, de 1867, estabeleceu, no art. 1.037, que “as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”. O Cód. de Proc. Civil e Comercial admitiu o juízo arbitral voluntário nos arts. 1.031 a 1.035.

(71) Vol. 21, 1860, fls. 67.

**CONSULTA DO JUIZ DE DIREITO DE
GUARATINGUETÁ AO PRESIDENTE DE SÃO PAULO (72)**

“Os Promotores Públicos podem passar as férias fora da Comarca, em lugar do qual pudessem regressar a ela em vinte e quatro horas, à vista do art. 4.º do decreto de 30 de novembro de 1853?”

“O Presidente respondeu que, falando o artigo só de Juizes, é claro que aos Promotores não cabe essa regalia, tanto mais que os processos crimes correm durante as férias, e nelas devem ser ouvidos os Promotores, nos delitos denunciáveis, conforme o art. 222 do Reg. n.º 120.”

PARECER (73)

“Ofício do Presidente de São Paulo

Férias do Fôro

O Decreto n.º 1.285, de 30 de novembro de 1853, (74) regulou o modo por que devem gozar das férias do fôro as diversas pessoas empregadas no Juízo.

O art. 4.º trata dos Juizes, Desembargadores e Ministros do Supremo Tribunal de Justiça.

O art. 6.º se refere aos Tabeliães, Escrivães, Contadores, Distribuidores, Officiais de Justiça, e agentes dos Tribunais e Juizes.

Há, pois, omissão do decreto a respeito do Promotor Público, o qual nem é Juiz, nem pertence à classe dos empregados dos Juizes e Tribunais de que trata o art. 6.º.

(72) Vol. 21, 1860, fls. 66.

(73) Vol. 21, 1860, fls. 70-73.

(74) O Dec. n.º 1.285, de 30 de novembro de 1853, regulava as férias para o fôro e elevava as alçadas das respectivas autoridades. Dispunham os arts. 4.º, 5.º e 6.º desse decreto, citados no parecer:

Qual a razão dessa omissão? Foi ela voluntária? Entendeu o legislador que o Promotor Público não devia gozar das férias forenses?

Tenho por inadmissível semelhante conjectura. O Promotor Público é, decerto, um funcionário indispensável para o andamento dos processos crimes; porém, neste caso, acham-se igualmente os Juizes; e entretanto o decreto concedeu-lhes a faculdade de gozarem das férias, sujeitando-se às condições dos arts. 4.º e 5.º.

Acresce que a falta do Promotor pode ser facilmente suprida, de conformidade com o art. 22 da lei de 31 de dezembro de 1841 e art. 3.º do decreto de 30 de agosto de 1851, por

“Art. 4.º — Os juizes, desembargadores, e ministros do Supremo Tribunal de Justiça não podem durante as férias, sem licença do Governo, residir em lugar donde lhes não seja possível vir aos Tribunais e Audiências em vinte e quatro horas.

“Art. 5.º — Uma vez ao menos por semana devem os Juizes comparecer no lugar em que costumam despachar, e os Secretários das Relações e do Supremo Tribunal, ou aquêles que com licença dos respectivos Presidentes fizerem suas vêzes, logo que receberem as petições e recursos de que trata o art. terceiro, os remeterão aos ditos Presidentes para providenciarem sôbre a convocação dos Desembargadores e Conselheiros, apazando o dia da sessão.

“Art. 6.º — Não gozam das férias, salvo com licença expressa dos respectivos Juizes e Presidentes dos Tribunais, e ficando em seu lugar o substituto legítimo:

§ 1.º — Os tabeliães.

§ 2.º — Os escrivães.

§ 3.º — Os contadores e distribuidores.

O serviço dos Officiais de Justiça, e Empregados dos Juizes e Tribunais, será distribuído entre êles, para cada semana, pelos respectivos Juizes e Presidentes”.

A lei de 3 de dezembro de 1841 — não 31 de dezembro, como está no parecer — conhecida por “Lei da reforma”, reformou o Cód. do Processo Criminal, sôbre os Promotores Públicos, dispunha o art. 22:

“Os promotores públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente os Juizes de Direito”.

nomeação de Promotor interino. Art. 218 do Reg. n.º 120, de 31 de janeiro. (75)

Acresce mais que o Promotor devendo, de conformidade com o art. 25 do Decreto n.º 707, de 7 de outubro de 1850, (76) residir no térmo em que o Juiz de Direito tiver a sua residência, e acompanhá-lo na viagem que fizer em razão do ofício; está em muitas ocasiões impedido não só em relação aos outros térmos da Comarca, como em relação ao térmo de sua residência.

É claro, portanto, que a lei não tinha motivo para inibir o Promotor Público de gozar das férias; e que só por omissão involuntária o deixou de contemplar no citado decreto.

Sobre esta matéria aventa-se atualmente a questão de saber se o Promotor Público está compreendido no art. 4.º do decreto.

O Presidente da Província de São Paulo, resolvendo a dúvida apresentada pelo Juiz de Direito Substituto da Comarca de Guaratinguetá, decidiu que não só o Promotor não está compreendido na disposição daquele artigo, como que não deve ser compreendido visto ser ouvido de conformidade com o art. 222 do Reg. n.º 120 nos delitos em que tem lugar a ação pública.

A Seção respectiva, pelo órgão do 1.º Oficial Dr. Varejão e de seu Diretor, e o Exmo. Sr. Conselheiro Diretor-Geral concordaram com a resolução do Presidente, da qual, não obstante o respeito que tributo a opiniões tão autorizadas, divirjo com-

(75) Dispunha o art. 218 do Reg. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842:

“Na falta, ou impedimento dos Promotores, os Juizes de Direito nomearão quem interinamente os substitua, e no primeiro caso (o de falta) participarão a vaga aos Presidentes das Províncias, com informação circunstanciada acerca das pessoas que julgarem dignas de ser nomeadas, ficando porém inteiramente livre aos mesmos Presidentes a escolha de outras, quando as julgarem mais idôneas”.

(76) O Dec. n.º 707 é de 9 e não de 7 de outubro de 1850. Dispunha o art. 25:

“O promotor público deverá residir no térmo em que o Juiz de Direito tiver a sua residência, e acompanhá-lo nas viagens que fizer em razão do ofício”.

pletamente, quanto ao segundo ponto, pois quanto ao primeiro é fora de dúvidas.

Sendo o decreto omisso em relação ao Promotor Público; não havendo razão que autorize a pensar ter sido essa omissão deliberada; estando o Promotor, em razão da necessidade de seu ofício durante as férias no mesmo caso, senão mais favorável, do Juiz: me parece que a lei deve ser interpretada segundo o seu espírito, dando ao Promotor Público a faculdade de gozar das férias do fôro.

A razão em que se fundou o Presidente não procede. Se o Promotor deve officiar durante as férias, em virtude do art. 266 do Reg., o Juiz tem de despachar em todos os processos crimes, de presidir as audiências, de julgar, e de conhecer de objetos que não admitem demora, como seja o habeas-corpus.

A proceder a razão, pois também o Juiz, e com mais justa causa, devia ser privado das férias.

O que se deve, pois, examinar para bem interpretar a lei é em qual dos dois artigos, o 4.º ou 6.º, pode-se contemplar o Promotor Público.

Que êle não pode ser equiparado aos Officiaes do juízo, é de simples intuição; não só pela importância de suas funções, como pelas habilitações que a lei exige das pessoas que pretendem tal cargo.

O aviso de 12 de junho de 1838 declarou o Promotor imediatamente próximo à hierarquia de magistrado, e não subordinado aos Juizes.

O Código do Processo no art. 44 (77) o equiparou aos Juizes Municipais para a nomeação de Juizes de Direito, completo o quadriênio do exercício de seu cargo.

(77) Rezava o art. 44 do Cód. do Proc. Criminal:

“Os Juizes de Direito serão nomeados pelo Imperador, dentre os Bacharéis formados em Direito, maiores de vinte e dois anos, bem conceituados, e que tenham pelo menos um ano de prática no fôro, podendo ser provada por certidão dos presidentes das Relações, ou Juizes de Direito, perante quem tenham servido; tendo preferência os que tiverem servido de Juizes Municipais e Promotores”.

Por estas razões, entendo que os Promotores devem gozar das férias pela mesma forma por que os Juizes gozam delas, e com as mesmas condições do art. 4.º e 5.º do decreto.

Finalmente resta-me dizer sôbre a forma mais conveniente dessa interpretação.

Conquanto me pareça que o objeto não excede dos limites de um aviso, sobretudo tratando-se de um decreto do Poder Executivo, contudo julgo mais acertado um decreto declarativo no sentido que expendi.

Rio de Janeiro, 12 de março de 1860.

José Martiniano de Alencar”

CONSULTA (78)

“2.ª Seção, Palácio do Govêrno do Maranhão, 25 de maio de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Tendo-se retirado para a Côrte os dois Juizes de Direito da 1.ª e 2.ª Vara da Capital, como Deputados à Assembléa-Geral Legislativa, e havendo o Juiz Municipal da 2.ª Vara passado a substituir o da Vara correspondente, consultou-me êle, se no impedimento dos ditos Juizes de Direito, lhe cabia também substituir o da 2.ª Vara no Juízo dos Feitos da Fazenda, ou se esta jurisdição devia passar ao Juiz Especial do Comércio. Em solução a esta consulta, dirigi ao mesmo Juiz Municipal, em data de 19 do corrente, officio constante da cópia junta, declarando-o competente para a substituição no Juízo dos Feitos da Fazenda, pelas razões ponderadas no dito officio.

Submetendo à alta consideração do Govêrno Imperial esta solução, para decisão definitiva, aguardo as suas ordens para executá-las como me cumpre.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lustosa da Cunha Paranaguá, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.”

O Presidente
João Silveira de Sousa”

OFÍCIO (79)

“2.^a Seção. Palácio do Govêrno do Maranhão, 19 de maio de 1860.

Em resposta ao seu officio de 9 do corrente, em que me consulta se tendo de retirar-se para a Côrte e tomar assento na Câmara Legislativa os Juizes de Direito da 1.^a e 2.^a Vara desta Capital, compete-lhe como substituto dêste substituí-lo também na vara dos feitos da Fazenda, que êste cumulativamente exerce, ou se esta deve passar ao Juiz de Direito especial do comércio, tenho a dizer-lhes, que, conquanto a lei de 29 de novembro de 1841, art. 4.^o, estalebeça que os Juizes Municipais só substituirão o dos feitos da Fazenda, na falta absoluta dos de Direito, e esta mesma doutrina seja confirmada pelo Aviso n.^o 48, de 28 de julho de 1843, entendo, todavia, que a Vmce. e não ao Juiz de Direito especial do comércio compete a substituição da sobredita vara dos feitos da Fazenda. 1.^o — Porque a lei e aviso citados não compreendem na expressão — Juizes de Direito, — os especiais do comércio, cuja criação lhes é posterior. 2.^o — Porque o simples caráter ou categoria de Juiz de Direito que têm os especiais do comércio, na classe da magistratura, não os habilita para aquella substituição, como não habilita os Chefes de Polícia que também Juizes de Direito

são. 3.º — Porque as substituições entre os Juizes repousam sempre sôbre uma relação de identidade ou similitude de jurisdição, e sôbre uma graduação hierárquica, que não há entre o Juiz especial do comércio e o Juiz de Direito ordinário. 4.º — Porque, segundo o nosso sistema de organização judiciária os Juizes Municipais são os substitutos naturais dos de Direito, em tôdas as suas funções, salvo nas expressamente exceptuadas por lei, e só podem excluí-los disso aquêles que positiva e nomeadamente forem pela mesma lei indicados por excepção àquele princípio. 5.º — Porque tanto não entrou no espírito de nossas leis e decisões attribuir ao Juiz especial do comércio a substituição dos feitos que esta substituição cabe aos Juizes de Direito, segundo a ordem da numeração de suas varas, e a do comércio a não tem exatamente porque por sua especialidade, não tem relação nem ligação alguma com aquêles. 6.º — Porque, finalmente, consta-me que tem sido esta a prática seguida sôbre semelhantes substituições nas mais províncias do Império. — Cumpre, pois, que Vmce. assuma a vara dos feitos da Fazenda, até que a êste respeito decida definitivamente o Governo Imperial, que vou consultar. Deus guarde a Vmce.

João Silveira de Sousa. — Sr. Juiz Municipal da 2.ª Vara, servindo de Juiz de Direito da 2.ª Vara da Capital.”

PARECER (80)

“Não concordo com a opinião do Presidente da Província, e menos com as razões em que êle a funda.

Quanto à 1.ª: — Não importa que a criação dos Juizes Comerciais seja posterior à lei de 29 de nov. de 1841. (81) Essa lei, na disposição do art. 4.º — prefere para a substituição do Juízo dos Feitos ao Juiz de Direito, que oferece maior garantia. A Constituição só reconhece uma espécie de

(80) Vol. 21, 1860, fls. 228.

(81) Lei n.º 242, de 29 de novembro de 1841, restabeleceu o privilégio do fóro para as causas da Fazenda Nacional e criou um Juízo

Juiz de Direito; e a diversidade da Jurisdição, não lhe tira o carácter que a lei lhe assignou; tanto assim que elle é indistintamente removido para as varas crimes, comerciais, cíveis (onde as existem), privativas da fazenda, e para as auditorias de marinha e guerra.

Quanto à 2.^a: — É especial, como bem diz o Extrato. A substituição funda-se justamente na categoria de Juiz de Direito, mas de Juiz de Direito em exercício de suas funções. Ora, o Chefe de Polícia está fora dêsse exercício: servindo um emprêgo de confiança.

Quanto à 3.^a: — Procederia, se o Presidente houvesse demonstrado que existe alguma similitude entre as funções do Juiz dos Feitos da Fazenda, e as funções do Juiz de Direito Crime que é chamado a substituí-lo segundo o artigo 4.^o da lei citada. Mas tal similitude não existe: ao contrário, há a mesma disparidade que entre as funções do Juiz de Direito Ordinário e o especial do Comércio.

Quanto à 4.^a: — É sofisticada. É justamente a essa regra geral da substituição, que faz excepção o art. 4.^o da lei citada.

Destruídos os fundamentos da decisão do Presidente, me parece que ella não pode ser aprovada, por contrária à letra e ao espirito da lei; e que a vara dos Feitos deve ser interinamente exercida pelo Juiz Commercial.

Rio, 14 de julho 1860.

José Martiniano de Alencar”

Privativo dos Feitos da Fazenda da Primeira Instância. O art. 4.^o dessa lei estatua:

“A jurisdicção privativa, e improrrogável dos Juizos dos Feitos da Fazenda, será exercida na Côrte e nas Províncias da Bahia e Pernambuco, por um Juiz de Direito especial com a denominação de Juiz dos Feitos da Fazenda, nomeado pelo Govêrno, dentre os Bacharéis formados em Direito, que tiverem pelo menos três annos de prática do fôro: nas demais Províncias pelos Juizes do Cível da Capital, ou (onde os não houver) pelos de Direito respectivos e havendo mais de um, por aquêllo que o Govêrno designar.

Nos impedimentos ou faltas, o Juiz dos Feitos da Fazenda será substituído pela mesma forma, que os do Cível, servindo os Juizes Municipais sòmente na falta absoluta dos de Direito.”

CONSULTA (82)

“N.º 59 — Palácio do Govêrno do Ceará, em 16 de maio de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr. — Tendo prevenido ao Juiz de Direito interino da Imperatriz sôbre a incompetência do Juízo em que deviam ser processados o Juiz de Paz e os dois membros da Junta revisora da qualificação de votantes da Freguesia de Santa Cruz, em consequência dos fatos abusivos que se deram por ocasião dos trabalhos da mesma Junta, conforme já tive a honra de levar ao conhecimento de V. Ex.^a traz-me aquêlê Juiz de Direito interino a dúvida em que se acha constante do officio que por cópia remeto a V. Ex.^a, pedindo para ser a respeito dela esclarecido por ter eu estabelecido que os outros dois membros da Junta, por não terem rigorosamente êste caráter, não estavam a êle sujeitos, e que o processo a respeito dêles devia correr no fôro comum.

Submetendo êste negôcio à consideração de V. Ex.^a, cabe-me ponderar a V. Ex.^a, que durante a minha administração na Província do Rio Grande do Norte fato de igual natureza se deu com relação à Mesa Paroquial da Freguesia da cidade do Açú, e pelo Govêrno Imperial foi decidido no sentido de que os Membros da mesma não deviam ser responsabilizados perante o Juiz de Direito, e sim no fôro comum. Foi fundado neste aviso, do qual não se encontra cópia na Secretaria desta Presidência, que tomei esta deliberação em referência à Junta de Qualificação de Santa Cruz. Entretanto V. Ex.^a resolverá como parecer-lhe de direito. — Deus guarde a V. Ex.^a. — Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João de Almeida Pereira Filho, Ministro e Secretário de Estado dos Negôcios do Império. — O Presidente, Antônio Marcelino Nunes Gonçalves.”

PARECER (83)

“As funções que exercem os membros das mesas e juntas paroquiais não constituem emprêgo público. Assim foi declarado pelos Avisos n.º 150, (84) de 5 de dezembro de 1846, § 1.º, n.º 37, de 13 de fevereiro de 1849, e n.º 149, (85) de 31 de maio do mesmo ano.

Quando, porém, essas funções são exercidas por empregados públicos, e em razão do seu emprêgo, elas se tornam uma

(83) Vol. 22, 1860, fls. 122.

(84) O Aviso n.º 150, de 5 de dezembro de 1846, do Ministro do Império ao Presidente da Província de S. Paulo, resolvia “as dúvidas, que na execução da lei regulamentar das Eleições se oferecem aos Juizes de Paz da Capital da Província de S. Paulo e da Vila de Tamandará na Província de Minas Gerais”. O § 1.º, invocado no parecer, rezava:

“Se, sendo Deputados Provinciais os eleitores de uma paróquia, e estando êles em efetivo exercício das funções legisladoras, podem ser convocados para a formação da Junta Qualificadora, não obstante o art. 23 do Ato Adicional, que não permite durante as Sessões da Assembléa Legislativa a acumulação dêste cargo com a de qualquer outro:

... E havendo-se sua Majestade o Imperador, por sua immediata resolução de 3 do corrente, conformado com o parecer daquela Seção, exarado em consulta de 28 do mês passado; há por bem declarar:

1.º — Que devem ser convocados todos os Eleitores da Paróquia, ainda que sejam Deputados Provinciais, tan’o porque podem não ser designados para fazer parte da Junta Qualificadora, como porque, não sendo emprêgo público o ato de qualificar os votantes, ou o de servir de Membro das Mesas Paroquiais, não há inconveniente algum em que sirvam em tais atos os Eleitores, que forem Deputados, uma vez que as Assembléas Provinciais o permitam; cumprindo porém advertir que, visto não haver lei que mande preferir o serviço das Mesas Qualificadoras e das Assembléas Paroquiais ao exercício de Deputado Provincial, não podem ser êstes multados se não comparecerem para o dito fim, ou se tendo comparecido se ausentarem, ou não assinarem as Atas;”.

(85) Os Avisos n.ºs 37, de 13 de fevereiro e 149, de 31 de maio de 1849 reafirmam o contido no Av. n.º 150, isto é, que não constitui emprê-

atribuição do cargo. É êsse o espírito da nossa legislação criminal, e a doutrina firmada pelo aviso de 11 de junho de 1859.

Entendo, pois, que o Presidente do Ceará bem resolveu decidindo que o Juiz de Paz responsabilizado por faltas que cometeu na mesa paroquial devia ser processado perante o Juiz de Direito; e os dois mesários co-autores no fôro comum, por não terem o caráter de empregados públicos.

Rio, 30 de setembro de 1850.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (86)

— “Pode o Capitão Secretário da Guarda Nacional de Inhambupe, tendo aceitado o lugar de Escrivão de Órfãos, declarar que está apto a continuar no serviço ativo, apesar de dever como Escrivão pertencer ao serviço da reserva pelo art. 12, § 4.º, da lei de 19 de setembro de 1850”?

CONSULTA (87)

3.ª Seção. Palácio do Governo da Província da Bahia
13 de abril de 1861.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Submeto à consideração de V. Ex.^a a proposta inclusa que foi-me enviada pelo Comandante Superior de Inhambupe para preenchimento do posto de Capitão Secretário-Geral do mesmo comando, que considera vago, por ser Escrivão de Órfãos o que o exercia. Informando a respeito, devo ponderar a V.

go a participação nas Juntas Qualificadoras. O primeiro assim se expressa no § 4.º, e o segundo no § 1.º.

(86) Vol. 24, 1862, fls. 1.

(87) Vol. 24, 1862, fls. 7.

Ex.^a que o cidadão Francisco Ursino Machado quando foi nomeado para o dito pòsto, já o estava para o cargo de Escrivão de Órfão, porque esta nomeação foi em 16 de abril e aquela em 18 de maio de 1855, e, em face da lei, não podendo ser propostos para o quadro ativo os cidadãos compreendidos na matrícula da reserva, não podia conseguintemente aquêlê Ursino, uma vez nomeado Escrivão de Órfãos, cargo que o fazia privativo da reserva, ser nomeado para o pòsto em questão.

À vista do exposto, julgo que deve ser primeiramente privado do pòsto de Capitão Secretário-Geral o mencionado Francisco Ursino Machado, para ter lugar o preenchimento da vaga, como propõe o comandante superior; todavia V. Ex.^a resolverá como lhe parecer mais conveniente”.

Deus guarde a V. Ex.^a

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

Antônio da Costa Pinto”

PARECER (88)

“É inadmissível a inteligência que pretende dar a leis o teor oficial informante. Não pode ser oficial da Guarda Nacional, quem não pode ser qualificado nelas; e por identidade de razão não pode ser oficial ativo, o guarda nacional da reserva. A lei, e a lógica jurídica não permitem outra inteligência.

Mas, diz o Sr. Dr. Diretor da Seção, está adotada a praxe de chamar o Governo para o serviço ativo da Guarda Nacional, como oficiais, indivíduos que embora cientes do serviço, ou dispensados do serviço ativo, renunciam ao benefício da lei.

Em praxe me parece justificada em certos casos; em outros não.

(88) Vol. 24, 1862, fls. 5-6.

As isenções e dispensas concedidas pelos arts. 10 e 12 da lei de 19 de setembro de 1850 (89) fundam em diversos princípios; alguma vez é a eminência da posição social, tal como a senador e conselheiro de Estado; outra é a incompatibilidade natural da profissão, tal como a das religiosas; outra é a inconveniência de sujeitar a autoridades estranhas empregados de certa natureza, tais como magistrados, carcereiros, etc.; finalmente a incompatibilidade do serviço simultâneo.

(89) A lei de 19 de setembro de 1850, n.º 602, deu nova organização à Guarda Nacional do Império, "instituída para defender a Constituição, a Liberdade, Independência e Integridade do Império; para manter a obediência às Leis, conservar ou estabelecer a Ordem e a tranquilidade pública; e para auxiliar o Exército de Linha na defesa das Praças, Fronteiras e Costas." O art. 9.º da citada lei estatua quais as pessoas que podiam ser alistadas para a Guarda. O art. 10 citava as exceções, dizendo:

"Art. 10 — Excetuam-se do alistamento:

§ 1.º — Os que por moléstias incuráveis se acharem inabilitados para qualquer serviço.

§ 2.º — Os Senadores do Império.

§ 3.º — Os Ministros, os Conselheiros de Estado e os Presidentes de Província.

§ 4.º — Os oficiais, e as praças efetivas do Exército e Armada, dos Corpos Policiais pagos, e da Imperial Guarda de Arceiros.

§ 5.º — Os Clérigos de Ordens Sacras, e os Religiosos de tôdas as Ordens.

§ 6.º — Os Magistrados perpétuos.

§ 7.º — Os Carcereiros e seus Ajudantes.

§ 8.º — Os indivíduos matriculados nas Capitãneas dos Portos, conforme as condições que estabelecerem os Regulamentos do Governo.

O art. 11 estabelecia que os guardas nacionais estavam classificados em guardas do serviço ativo e da reserva. E o art. 12 esclarecia:

"Na lista da reserva serão incluídos:

§ 1.º — Os que por moléstias incuráveis se acharem incapazes para o serviço ativo.

§ 2.º — Os maiores de 50 anos.

§ 3.º — Os Juizes Municipais e de Órfãos, e os Promotores Públicos.

§ 4.º — Os Tabeliães e Escrivães.

§ 5.º — Os Inspetores de Quartelão e Officiais de Justiça.

O Governo poderá limitar o número dos Officiais de Justiça que devem ser dispensados do serviço ativo em cada distrito.

No primeiro caso, se o beneficiado renuncia ao favor quase pessoal da lei, e se o Govêrno entende que essa renúncia não prejudica a dignidade do cargo, pode efetuar a nomeação. Assim praticou-se com a nomeação de um Senador para Comandante Superior da Guarda Nacional da Bahia. Não creio que o Govêrno consentisse na renúncia que fizesse um Senador (hipótese gratuita) para servir o lugar de Capitão ou Alferes.

Nos outros casos, porém, nem o pretendente pode renunciar a uma isenção ou dispensa que não é favor, mas exigência do serviço público; e nem o Govêrno é competente em minha opinião para aceitá-la de encontro à lei.

Renuncie o clérigo ao que êle supõe ser um beneficio, — renuncie igualmente o magistrado, o carcereiro, etc., nem por isso estão aptos para serem officiaes da Guarda Nacional.

O mesmo tem lugar a respeito dos Tabeliães e Escrivães pela razão do officio, cuja serventia será necessariamente prejudicada, com vexame para as partes, pela concorrência de um outro serviço obrigatório.

Pelo que concerne ao argumento deduzido do art. 69 (90) da lei citada, basta a leitura dessa disposição para conhecer que ella não tem nenhuma relação com a questão. Trata-se ahi de uma reserva especial, como substituição de reforma para aquêles que não tendo o tempo legal, se acharem inibidos de continuar a servir por idade ou por moléstia.

Em conclusão, creio que a praxe deve ser alternada no sentido do exposto, e considerado vago o lugar de Capitão Secretário pela aceitação do lugar de escrivão dos órfãos.

Rio de Janeiro, 5 de outubro 1861.

J. M. de Alencar”

§ 6.º — Os Advogados, Médicos, Cirurgiões, e Boticeários que tiverem título legítimo, e estiverem em efetivo exercicio de suas profissões.

Os mencionados nos §§ 2.º e 6.º poderão se incluídos na lista do serviço ativo, se voluntariamente se prestarem”.

(90) Rezava o art. 69:

“Os Officiaes do serviço ativo que forem reformados, e os que por idade avançada ou moléstias se acharem incapazes para esse ser-

CONSULTA (91)

“Ao Sr. Conselheiro Consultor dos Negócios da Justiça, em 30 de março de 1861.

A Diretoria da Praça do Comércio da Capital da Província de S. Pedro do Rio Grande do Sul, vem respeitosamente pedir a V. M. I. se digne de, a exemplo do que se concedeu à Cidade do Rio Grande, da mesma Província, mandar criar na Capital uma Conservatória do Comércio com as mesmas atribuições e faculdades outorgadas no Capítulo 3.º, Título 2.º, do Decreto n.º 1.591, de 1.º de maio de 1855, atentas as ponderosas razões, que a Diretoria submete ao esclarecido Governo de V. M. I.

A categoria de Capital de uma província de 1.ª ordem e tão importante como a de São Pedro do Sul, suas relações comerciais, o número não pequeno de embarcações nacionais e algumas estrangeiras que demandam o seu pôrto, e das que vão carregadas, a residência de grande número de negociantes proprietários de navios, tudo, Senhor, demonstra a necessidade da criação que se pede e evidentemente mostra os embarços e não pequenas despesas que pesam sobre o comércio, obrigando-se a ir à Cidade do Rio Grande para rubricar-se os livros comerciais, fazer o registro das embarcações, e de todos os títulos e documentos concernentes ao Comércio.

A Capital da Província é, sem contestação alguma, uma cidade marítima, e neste caso deve ter uma Conservatória do Comércio, nos claros e precisos têrmos do decreto citado, que deu regulamento para os Tribunais do Comércio.

Se, porém, se entender que lhe não pode caber essa qualidade, então, na forma determinada no Decreto n.º 930, de 10 de março de 1852, deve o Inspetor da Tesouraria ser o Conservador do Comércio; porque êsse decreto expressamente de-

viço, não tendo os anos necessários para a reforma, poderão obter passagem para a Guarda de reserva e ser aí empregados nos mesmos postos, ou em outros superiores”.

(91) Vol. 24, 1862, fls. 25-26.

termina que, nas Capitais não marítimas, serão Conservadores os Inspetores da referida repartição.

Assim, pois, ou em um outro caso, não podem, sem grave injustiça, serem os negociantes da Capital da Província obrigados a se recorrer a Conservatória da Cidade do Rio Grande, para os fins indicados, e por êsse motivo a Diretoria desta Praça, ousa esperar que V. M. I., dignando-se tomar na devida consideração as razões expendidas, e com conhecimento especial, que da mesma Capital e Província tem o Governo Imperial, ordenará a criação duma Conservatória na forma pedida, pelo que respeitosamente,

E. R. M.

Lopo G. Bastos,
Presidente

J. Hebert,
Vice-Presidente

J. de Freitas Travassos,
Secretário

Antônio José Mendes Ribeiro
Tesoureiro

Manuel Leite Guimarães

J. Rech

João Batista Ferreira de Azevedo

Manuel Soares

Inácio J. F. de Maura

J. G. Bastos Monteiro

PARECER (92)

“Entendo que não pode ser atendida a representação da Diretoria da Praça do Comércio de Pôrto Alegre.

Os Conservadores do Comércio, criados pelo Decreto n.º 1.597, de 1.º de maio de 1855, (93) em substituição das antigas

(92) Vol. 24, 1862, fls. 25.

(93) O Título Único do Código Comercial, que tratava “da administração de justiça nos negócios e causas comerciais”, criou Tribu-

juntas, têm por fim suprir a falta dos Tribunais do Comércio, nas províncias onde elles não têm sua sede.

A criação de uma Conservatória em Pôrto Alegre, além de importar a revogação do Decreto n.º 1.697, de 25 de dezembro de 1855, (94) não teria eqüitativa em relação às províncias de maior importância, pelo seu desenvolvimento ou pela sua posição.

Assim, ao passo que nas províncias onde existem Tribunais de Comércio, certos atos sofreriam as delongas inevitáveis das distâncias; em outras, cuja importância mercantil

nais do Comércio na Capital do Império e nas Capitais das Províncias da Bahia e de Pernambuco (art. 1.º). Mais tarde, o Regulamento baixado pelo Dec. n.º 1.597, de 1.º de maio de 1855, dispondo sobre a jurisdição comercial, criou um Tribunal do Comércio na Capital da Província do Maranhão (art. 3.º). Assim, ao ser feita esta consulta, existiam Tribunais de Comércio na Côrte (Capital do Império), em Salvador, Capital da Bahia, em Recife, Capital de Pernambuco, e em S. Luís, Capital do Maranhão.

Nas províncias onde não existiam Tribunais de Comércio as suas atribuições eram exercidas pelas Relações; onde não existiam Relações as atribuições dos Tribunais de Comércio eram exercidas, na parte administrativa, pelas autoridades administrativas, e na parte judiciária pelas autoridades judiciárias (Título Único do Código Commercial, art. 1.º).

O Reg. n.º 1.597, de 1.º de maio de 1855, referindo-se às províncias em que não havia Tribunais de Comércio, dispôs, no artigo 11, que "nas referidas províncias haverá conservadores do comércio, que nas capitais marítimas serão os inspetores das alfândegas, e administradores das mesas de rendas, e nas outras capitais os inspetores de tesourarias". Este mesmo art. 11 suprimiu as *juntas de comércio*, que funcionavam nas províncias em que não existiam tribunais de comércio ou Relações. Na província de S. Paulo do Rio Grande do Sul existia uma junta de comércio, criada pelo art. 90 do Reg. n.º 738, de 25/11/850.

Abolidas as juntas de comércio, substituídas, que foram, pelas conservatórias, foi esta, no Rio Grande, localizada na cidade de Rio Grande. Daí a reivindicação da Praça do Comércio de Pôrto Alegre, que não contou com o apoio de J. de Alencar.

(94) O Dec. n.º 1.697, de 25 de dezembro de 1855, alterou o disposto no art. 11 do Reg. n.º 1.597, criando conservatórias de comércio em cidades que não eram capitais, como era o caso de Rio Grande.

não exige a criação de um Tribunal privativo, esses atos contrariam mais facilidades.

Concluo que deve subsistir a suposição do art. 11 do decreto de 1.º de maio, modificado pelo decreto de 25 de dezembro de 1855.

Rio, 11 de abril de 1861.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (95)

“José Gomes de Oliveira, Tabelião do Registro Geral das Hipotecas da Côrte implora a S. M. o Imperador a graça de conceder-lhe permissão para perceber pelos registros das Escrituras o mesmo que se marcou para os Tabeliães de Notas, como foi decretado pelo regulamento de 14 de novembro de 1846, e pelas certidões negativas, o que êste regulamento estipulou; bem assim pelas buscas que a tal respeito der, o mesmo que se taxou para as buscas dos Escrivães do Crime, finalmente, pelos exames de Escrituras lançadas em seus livros, quando a êles tiver de recorrer, para passar as mesmas Certidões negativas, o que está marcado para os Tabeliães de Notas pelos exames que fazem em seus livros, até que se promulgue a nova lei hipotecária.

7 de fevereiro de 1860.

Belarmino Brasiliense Pessoa de Melo”

“OPINIÃO DO DR. JUIZ DE DIREITO DA 1.ª VARA CRIMINAL” (96)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

Em cumprimento da Ordem de V. Ex.^a sôbre a petição inclusa, tenho a informar que o tabelião do registro geral das

(95) Vol. 25, 1862, fls. 412.

(96) Vol. 25, 1862, fls. 419.

hipotecas desta Côrte — José Gomes de Oliveira — pede para perceber pelos registros das hipotecas o mesmo que os tabeliães de notas pelas escrituras, na forma do art. 86 do Regimento n.º 1.569, de 3 de março de 1855; — pelas buscas o que recebem os escrivães segundo o art. 107 do citado regimento, ou marca a tabela das secretarias dos tribunais do comércio, aprovada pelo aviso de 26 de setembro de 1850; — e pelos exames de seus livros, quando os tiver de rever para passar certidões negativas o mesmo que se acha taxado para os tabeliães no art. 89 do supradito regimento; — sendo as razões apresentadas — o não estarem seus diminutos emolumentos atuais em relação e harmonia com os que percebem os tabeliães, e escrivães, em vista do trabalho, mora, e responsabilidade, que tem; — o já disposto e reconhecido a respeito pelo art. 32 do Regulamento n.º 482, de 14 de novembro de 1846; — o deverem seus emolumentos pelas buscas estar em harmonia com os da mencionada tabela; — e finalmente o ter de examinar muitos livros e registros de hipotecas a fim de passar as certidões negativas.

Estou persuadido que o atual regimento de custas não é um trabalho perfeito; — se há razão para aumentar os emolumentos de uns empregados, as mesmas se dão a fim de o serem os dos outros; — e portanto, argumentando nesse teor, direi ser por ora inconveniente e extemporânea a pretensão do suplicante.

Quanto ao 1.º pedido — me parece não poder ser equiparado o trabalho, que tem o tabelião em fazer e lavrar uma escritura de hipoteca, com o do suplicante, que apenas consiste em registrá-la, ou antes, consertar os registros, que são feitos pelos seus escreventes.

É verdade ter o Regulamento n.º 482, em seu art. 32, dado pelos registros o mesmo salário das escrituras, porém em 1846 tinham os tabeliães pelas escrituras 2\$400 rs. na forma do regimento de 10 de outubro de 1754; — o foi talvez por ter-se em vista essa desigualdade de trabalho acima apontada, e querer manter-se uma justa proporção — que o Regimento

n.º 1.569 determinou o que consta dos seus arts. 86 e 94, tanto mais — que os tabeliães percebem pelos registros, que fazem, emolumentos muito menores em relação aos do suplicante; e não devem ser tidos em menos pela sua mora e responsabilidade.

Quanto ao 2.º pedido — tendo o suplicante os mesmos emolumentos dos tabeliães pelas buscas (art. 94 do Regimento n.º 1.569), e estes — os escrivães do cível e crime (art. 93), nenhum acréscimo ou diferença existe; — e nem entendo citar o suplicante na razão de perceber o mesmo salário das buscas, taxado na tabela para as secretarias dos tribunais do comércio — que em posição mais elevada, e escassez de buscas, deviam merecer outra consideração, e vantagens.

Enfim — quanto ao 3.º pedido — o julgo improcedente atendendo ter o suplicante seu livro — Índice — que o deve dispensar de rever os outros livros, e os registros das hipotecas, se sua escrituração estiver feita nos termos prescritos pelo art. 22 do Regulamento n.º 482.

Eis a minha informação; e sem a pretensão de haver acertado, a sujeito à consideração de V. Ex.^a

Deus guarde a V. Ex.^a

Rio de Janeiro, 21 de abril de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

Manuel Eliziário de Castro Meneses
Juiz de Direito da 1.^a Vara Criminal da Côrte”

PARECER (97)

“Concordo inteiramente com a opinião expendida em sua informação pelo Dr. Juiz de Direito da 1.^a Vara Criminal da Côrte.

A respeito das certidões respectivas passadas pelo Tabelação das hipotecas, entendo que há um vício no sistema atual do registro.

As diversas cláusulas incluídas nas escrituras de hipotecas, modificando e alterando os direitos e obrigações que resultam para as partes das disposições da lei, obrigam muitas vezes o Tabelião que tem de passar uma certidão negativa, não só a um exame de tôdas as escrituras de hipotecas passadas por um mesmo indivíduo, como até a uma espécie de interpretação.

Ora, o Tabelião não tem nem a habilitação jurídica, nem a autoridade legal para interpretar uma escritura, e decidir se dela resulta ou não hipoteca para êste ou aquêle bem, em favor dêste ou daquele indivíduo.

Isto acarreta não só o grande trabalho de que se queixa o atual serventuário, como uma falta de garantia para as partes, cujos direitos podem ser prejudicados por má inteligência do Tabelião a respeito das cláusulas de uma escritura.

Me parece que seria, pois, muito conveniente dar-se uma nova fórmula, mais clara e mais breve, à escritura da hipoteca; e estabelecer como regra que o Tabelião que a lavrasse, escrevesse no alto, sôbre o corpo da mesma escritura, o nome das partes contratantes e os bens sôbre que versasse a hipoteca.

Dêste modo facilitava-se o exame das escrituras para extração da certidão negativa, e garantiam-se as partes contra as interpretações inexatas que pudessem prejudicá-las.

Desapareceria a razão do trabalho e da responsabilidade em que se funda a pretensão de argumento de custas do atual serventuário. (98).

Rio, 16 de junho de 1860.

J. M. de Alencar”

(98) O Dec. n.º 1.569, de 3 de março de 1855, baixou o Regulamento de Custas Judiciárias, que foi assinado por Nabuco de Araújo. A autorização para o Imperador, como chefe do Poder Executivo, “expedir decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis” estava no n.º 12 do art. 102 da Constituição do Império. O Reg. n.º 1.569 pôs em execução o disposto no art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 604, de 3 de julho de 1851.

CONSULTA (99)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

“Tendo o Tribunal do Comércio desta Província reconhecido na prática os grandes inconvenientes, que se dão de serem os recursos dos despachos de qualificações de falências, quando proferidos pelo Juízo Especial do Comércio, para as Relações do Distrito, na conformidade do art. 61 do decreto de 1.º de maio de 1855 que reformou nesta parte o art. 820 do Código Comercial; bem como de serem os Tribunais do Comércio obrigados a reabilitar os falidos, que não obstante terem sido qualificados com culpa, em recurso obtiveram ser absolvidos, e neste sentido tendo êste Tribunal feito aos demais Tribunais do Império, a consulta constante dos extratos dos dias 9 de dezembro do ano findo, e 2 de maio do corrente ano; obteve dêles as respostas constantes dos Offícios n.ºs 1, 2, 3, concordando com a dita consulta, menos o de Pernambuco, que só aprovou a 2.ª parte dela, como tudo melhor verá V. Ex.ª dos referidos officios. De conformidade, portanto, com o que dispõe o art. 20 do Regulamento n.º 738, de 25 de novembro 1850, a V. Ex.ª remeto nem só aquêles officios originaes, senão também o extrato das referidas atas; e em consequência propõe o Tribunal do Comércio, 1.º — que o recurso dos despachos de qualificação de falências, sejam interpostos para o Tribunal do Comércio do respectivo Distrito; 2.º — que aos Tribunais do Comércio, em qualquer hipótese, fique livre, segundo as circunstâncias da falência, conceder ou negar a reabilitação dos falidos.

Deus guarde a V. Ex.ª

Tribunal do Comércio da Bahia, 20 de dezembro de 1859.
Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

João Antônio de Vasconcelos”

PARECER (100)

“Ofício do Presidente do Tribunal do Comércio da Bahia
Recurso de qualificação de quebra

Não me parece conveniente, nem razoável a medida proposta pelo Tribunal do Comércio da Bahia, e aceita pelos Tribunais de Comércio da Côrte e Maranhão.

A qualificação da falência é um processo criminal, que pela sua natureza se acha intimamente ligado ao processo mercantil (101) razão por que a lei atribuiu o conhecimento simultâneo de ambos aos Juizes Comerciais.

Quanto, porém, aos recursos, não se dá essa ligação íntima, essa indivisibilidade; e por isso andou acertadamente o

(100) Vol. 25, 1862, fls. 447-448.

(101) O Cód. Commercial, cuja 3.^a parte, como se sabe, referia-se às quebras, classificava a falência em *casual*, *com culpa* ou *fraudulenta* (art. 798). *Casual* se qualificava “quando a insolvência procedia de accidentes de casos fortuitos ou fôrça maior” (art. 799). Neste caso, como dizia Orlando, a falência “não recai sob a alçada criminal” (Orlando, Cód. Com. com., nota n.º 1.235). A falência era considerada fraudulenta “quando a insolvência pode atribuir-se a algum dos casos seguintes:

- I — Excesso de despesas no tratamento pessoal do falido, em relação ao seu cabedal e número de pessoas de sua família;
- II — Perdas avultadas em jogos, ou especulação de aposta ou agiotagem;
- III — Venda por menos do preço corrente de efeitos, que o falido comprara nos seis meses anteriores à quebra, e se acha ainda devendo;
- IV — Acontecendo que o falido, entre a data do seu último balanço e a falência, se achasse devendo por obrigações directas o dôbro do seu cabedal apurado nesse balanço” (art. 800). Também poderia ser qualificada culposa a falência:
 - “I — Quando o falido não tiver a sua escrituração e correspondência mercantil nos termos regulados por êste Código (arts. 13 e 14);
 - II — Não se apresentando no tempo e na forma devida;
 - III — Ausentando-se ou ocultando-se” (art. 801).

legislador quando, pelo art. 61 do Reg. de 1.º de maio de 1855, tirou ao Tribunal do Comércio o conhecimento do recurso da qualificação que lhe competia pelo art. 820 do Cód., e o conferiu às Relações, que são tribunais criminais.

Não é conveniente a medida porque da legislação vigente nenhum mal resulta. Se, como pretende o Presidente do Tribunal do Comércio da Bahia, a Relação pode despronunciar falidos qualificados de culposos ou fraudulentos, o abuso se deve dar com mais freqüência nos Tribunais de Comércio, que não são como as Relações compostas de magistrados proectos e experimentados, mas de negociantes alheios ao conhecimento da legislação.

Por último, era fraudulenta a quebra “nos casos em que concorre alguma das circunstâncias seguintes:

I — Despesas ou perdas fictícias, ou falta de justificação do emprêgo de tôdas as receitas do falido;

II — Ocultação no balanço de qualquer soma de dinheiro ou de quaisquer bens ou títulos;

III — Desvio ou aplicação de fundos ou valores de que o falido tivesse sido depositário ou mandatário;

IV — Vendas, negociações ou doações feitas, ou dívidas contraídas com simulação ou fingimento;

V — Compra de bens em nome de terceira pessoa;

VI — Não tendo o falido os livros que deve ter (art. 11) ou os apresentar truncados ou falsificados” (art. 802).

O art. 820 do Cód. estabelecia que “qualificada a quebra na segunda ou terceira espécie (culposa ou fraudulenta), será o falido pronunciado como no caso caiba, com os cúmplices, se os houver; e serão todos remetidos presos com o traslado do processo ao juiz criminal competente, para serem julgados pelo júri; sem que aos pronunciados se admita recurso algum da pronúncia”. Seguiu o Cód. Com., na qualificação da falência, a mesma orientação do Cód. Com. português de 1833, nos arts. 1.145 a 1.151.

No que diz respeito aos recursos *necessários*, o art. 61 do Reg. n.º 1.597, de 1.º de maio de 1855, modificou a orientação do Código, estabelecendo que “os recursos necessários da pronúncia ou não pronúncia, no caso de quebras, serão interpostos para os *juizes de direito do crime*, sendo proferidos pelos juizes municipais, e *para as Relações* quando forem dos juizes de direito especiais. Dos despachos

O Tribunal do Comércio creio que foi movido por uma mal-entendida suscetibilidade de sujeitar-se na concessão de reabilitação à decisão das Relações. Mas não é possível deixar de haver êsse respeito mútuo entre os diversos tribunais, no que toca ao exercício das atribuições de cada um. É esta uma das condições da independência do Poder Judiciário: — não se pode destruí-la sem grande abalo.

Quantas questões não se dão em que o Tribunal crime só pode julgar depois que o Tribunal cível firmou o direito ou o fato?

Julgo, pois, que a medida não deve ser adotada por inconveniente e contrária à natureza do Tribunal do Comércio, que só pode julgar do que é puramente mercantil; e não porque dependa da lei, como disse a 2.^a Seção: visto que o decreto de 1.^o de maio de 1855 é revogável por outro decreto do Poder Executivo.

Rio de Janeiro, 26 de março de 1862.

José Martiniano de Alencar”

dos juizes de direito do crime, quando substituírem os juizes de direito especiais, não haverá recurso”.

É justamente sobre êsse ponto que foi feita a consulta, achando o Presidente do Tribunal de Comércio da Bahia que aos tribunais, e não às Relações, caberia tomar conhecimento dos recursos. Com essa interpretação não se conformou José de Alencar, como se vê do parecer, e o seu ponto de vista foi aceito pelo govêrno, mediante Aviso n.^o 271, de 1865, esclarecendo êste “que tal medida não podia ser adotada, por ser contrária à natureza dêsses Tribunais, que só podem julgar o que é puramente mercantil e não os referidos recursos, cujo conhecimento o legislador acertadamente conferiu às Relações, que são tribunais criminaes” (Cf. Orlando, ob. cit., nota n.^o 1.290). Convém notar que a última parte do art. 820, que declara que “dos despachos dos juizes de direito do crime, quando substituírem os juizes de direito especiais, não haverá recurso”, foi derogada pelo art. 2.^o do Dec. n.^o 4.858, de 1871, que estabeleceu o recurso obrigatório, para a Relação, quando de pronúncia ou não pronúncia no caso de quebra.

A qualificação da falência em culposa ou fraudulenta foi conservada nas diversas leis falimentares, desde o Dec. n.^o 917, de 24 de ou-

CONSULTA (102)

Palácio da Presidência da Província de Minas Gerais,
14 de dezembro de 1861.

Dignando-se V. Ex.^a em circular de 25 de outubro do corrente prescrever algumas regras para serem observadas nas informações e remessas dos requerimentos dos pretendentes aos Offícios de Justiça desta Província, tive a honra de ponderar, em Offício n.º 382, de 13 de novembro próximo passado, que tais Offícios são providos pela Presidência em virtude da Lei mineira n.º 139, de 3 de abril de 1839 (Cópia n.º 1).

Hoje, porém, acabo de receber o aviso de 3 do corrente mês, em que S. M. o Imperador manda-me declarar que o Governo-Geral e os seus antecessores entenderam sempre que estes estão habilitados para proverem nos Offícios de Justiça criados anteriormente à Lei provincial n.º 139 supracitada; mas não nos criados posteriormente.

Julgo do meu rigoroso dever, antes de dar cumprimento ao mencionado aviso oferecer, com a maior submissão, a V. Ex.^a, para que haja de levar ao aito conhecimento do Governo Imperial, as seguintes observações:

Desde a promulgação da Lei mineira n.º 95, de 6 de março de 1838 (Cópia n.º 2) que os Offícios de Tabeliães ou Escrivães,

tubro de 1890, que revogou a 3.^a Parte do Cód. Commercial, até o Dec. n.º 5.746, de 9 de dezembro de 1929, anterior à lei atual. Esta, Dec. n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, modificou, entretanto, a orientação anterior, deixando de classificar a falência em culposa ou fraudulenta. A modificação contudo, como esclarece Waldemar Ferreira ("Inst.", vol. IV, ns. 1.770 e segs.), é apenas aparente pois, sem denominar as falências de culposa ou fraudulenta, a lei atual, como as anteriores, trata dos crimes falimentares dando-lhes as normas características e penalidades encontradas nas leis anteriores.

que se criassem ou vagassem na província, deviam ser providos pela Presidência, precedendo Editais.

A outra Lei mineira n.º 139, de 3 de abril, criando novos lugares, conservou não só o respeito dos existentes, mas dos que para o *futuro se criassem*, a faculdade de serem providos pela Presidência, dispensando apenas no § 4.º a formalidade dos Editais, não obstante o disposto no art. 2.º da Lei n.º 95.

Em nenhuma destas legislações posso colhêr a distinção de provimentos anteriores ou posteriores a elas; e o mesmo creio que sucedeu aos meus antecessores; porque, como V. Ex.^a verá do documento junto sob n.º 3, desde então até hoje, a exceção de tais casos especiais, têm sido constantemente providos pelos Presidentes desta Província os Offícios de Justiça. E o próprio Govêrno reconheceu êste direito fazendo-o manter enquanto as Leis mineiras não se achassem expressamente revogadas pela Assembléia-Geral, por serem anteriores à Lei da Interpretação do Ato Adicional. Tal é a clara e mui terminante disposição dos avisos de 17 de março de 1865 e de 27 de novembro de 1848, por cópia sob n.ºs 4 e 5; disposição que emanou, sem dúvida, do art. 8.º da lei de 12 de maio de 1840.

Portanto, os Presidentes desta Província continuarão nos têrmos do dito aviso a prover os Empregos de Justiça; e esta foi a prática, que, sem a menor sombra de dúvida, vim encontrar a que comecei a observar.

É, pois, muito provável, se não certo, que sendo eu agora o inovador, tenha de ver-me censurado e mesmo acusado pela Assembléia Provincial, que naturalmente quererá sustentar os atos legislativos provinciais, que não se acham completamente revogados.

É, pois, por estas razões, e não por desejar prover os ditos Offícios da Justiça (alguns dos quais estão em concurso), que vou agora rogar a V. Ex.^a a graça de esclarecer-me, tran-

quillizar, comunicando-me as novas ordens do Govêrno Imperial para me saber determinar.

Deus guarde a V. Ex.^a

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro Francisco de Paula de Negreiros Saião Lobato, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça”.

O Presidente

José Bento da Cunha Figueiredo”

PARECER (103)

“Pretende o Presidente de Minas que em virtude do art. 8.º da lei de 12 de maio de 1840, (104) não se achando revogada a Lei mineira n.º 139, de 3 de abril de 1839, compete àquela Presidência o provimento dos officios de justiça que existissem naquela época, e que se criassem posteriormente.

Parece-me que não é acertada essa intelligência.

Certamente a Lei mineira n.º 139, de 3 de abril de 1839, não está revogada; mas convém examinar os limites de suas disposições.

Dispõe o art. 4.º da citada lei: — “*Os officios de que trata a presente lei e os que forem estabelecidos pela criação das novas vilas, serão providos pelo Presidente da Província*”.

Em virtude desta disposição pode a Assembléa Mineira criar officios de justiça de encontro ao disposto no art. 2.º da

(103) Vol. 26, 1863, fls. 249-250.

(104) A Lei n.º 105, de 12 de maio de 1840, interpretou alguns artigos da Reforma Constitucional introduzida pelo Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 que, modificando vários dispositivos da Constituição de 1824, regulou as atividades do Poder Legislativo nas Províncias. O art. 8.º da Lei n.º 105, de 12 de maio de 1840, rezava:

“As leis provinciais, que forem opostas à interpretação dada nos artigos precedentes, não se entendem revogadas pela promulgação desta lei, sem que expressamente o sejam por atos do Poder Legislativo Geral”.

lei de 12 de maio de 1840, que interpretou o art. 10, § 7.º, do Ato Adicional? (105)

Não de certo. A faculdade legislativa da Assembléa Mineira não lhe foi concedida pela Lei provincial n.º 139; e sim pelo art. 10, § 7.º, do Ato Adicional. Essa faculdade está expressamente restringida pelo art. 2.º da citada lei geral de 12 de maio de 1840.

Por força dessa restrição, a Assembléa Mineira não podia depois da promulgação daquela lei geral criar ofícios de justiça senão em relação ao número, sem alteração da sua natureza e atribuições. Este ponto está elucidado pela Resolução de Consulta publicada com o aviso de 30 de janeiro de 1857.

Se, pois, constitucionalmente, a Assembléa Mineira não pode criar uma nova espécie de ofício de Justiça depois da lei de 12 de maio de 1840, é claro que o direito de provimento conferido ao Presidente pela Lei mineira n.º 139 só é atualmente exequível em relação aos ofícios anexados ou desanexados depois da interposição e não aos ofícios criados; pois a criação pertence aos poderes gerais.

Era possível porém que entre a Lei provincial n.º 139, e a lei geral de 12 de maio de 1840 tivesse a Assembléa Mineira criado novas espécies de ofícios de justiça em virtude da faculdade ampla do art. 10, § 7.º, do Ato Adicional, ainda não interpretado.

Em ofícios embora *criados posteriormente à Lei mineira n.º 139*, (mas anteriores à interpretação) deviam ser providos pelo Presidente, por virtude do art. 8.º da lei de 12 de maio de 1840.

(105) Dispunha o art. 2.º da lei de 12 de maio:

“A faculdade de criar, e suprimir empregos municipais, e provinciais, concedida às Assembleias de Província pelo parágrafo sétimo do artigo dez do Ato Adicional, somente diz respeito ao número dos mesmos empregos, sem alteração da sua natureza, e atribuições, quando forem estabelecidas por leis gerais relativas a objetos sobre os quais não podem legislar as referidas Assembleias”.

Art. 10 — Compete às mesmas Assembleias legislar:

VII — Sobre a criação, supressão e nomeação para os empregos municipais e provinciais, e estabelecimento dos seus ordenados.”

Eis a razão por que não concordando com a intelligência absoluta dada pelo Presidente de Minas ao art. 8.º da citada lei de 1840; e da qual se origina a dificuldade em que êle se acha para execução do aviso de 3 de dezembro; não posso também concordar com a intelligência dada pelo Sr. Dr. Diretor da Seção.

Se na Província de Minas existem (o que não me consta) officios criados no espaço intermédio que vai de 3 de abril de 1839 a 12 de maio de 1840; a lei mineira ainda rege para êsses, e o provimento dêles compete ao Presidente.

O melhor meio de conciliar o aviso de 3 de dezembro de 1861, me parece pois ser a declaração pura e simples de que a palavra *posteriormente* se refere à lei de 12 de maio de 1840 — e convindo, — dar a razão dessa intelligência.

É quanto me ocorre dizer.

Rio, 15 de fevereiro 1862.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (106)

Palácio da Presidência da Província de Minas
Ouro Preto, 8 de janeiro de 1863.
2.ª Seção

Ilmo. e Exmo. Sr.

Devolvendo a V. Ex.^a a representação, que foi remetida a esta Presidência com aviso de 5 de setembro do ano próximo passado, e em que o 1.º Tabelião do Têrmo de Pitangui, Romualdo Xavier Lopes Cançado, se queixa do Juiz Municipal e de Órfãos Substituto Dr. Francisco Cordeiro de Campos Valadares, por tê-lo suspenso do exercício do seu officio, fundado no motivo de ser primo co-irmão das mulheres do 2.º Tabelião e do Escrivão de Órfãos, passo às mãos de V. Ex.^a, por cópia, a informação ministrada por aquêlê Juiz, em 17 de dezembro último.

Por esta ocasião, devo ainda informar a V. Ex.^a que tendo o mesmo Dr. Valadares em 19 de julho daquele ano trazido ao conhecimento desta Presidência o fato da suspensão, um de meus antecessores respondeu-lhe de conformidade com o parecer fiscal, igualmente junto por cópia, que não se dava a incompatibilidade por êle julgada.

Deus guarde a V. Ex.^a

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lins Vieira Cansansão de Sinimbu, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos”

PARECER (107)

“O assunto desta matéria é a Ordenação liv. 1.^o, tít. 48, § 29, e tít. 79, § 45, (108) de onde emanam todos os avisos que o Govêrno tem expedido a respeito dos casos occorrentes.

(107) Vol. 26, 1863, fls. 304.

(108) As Ordenações filipinas tratavam, no título 48, “dos advogados e procuradores, e dos que não podem ser”. O parágrafo 29 rezava:

“E todos os sobreditos, que podem ser Procuradores, não poderão procurar perante algum julgador, que seja seu pai, ou seu irmão, ou cunhado ou mesmo grau”.

O Tít. 79 do mesmo Livro tinha por epígrafe “Dos Tabeliães do Judicial” e o parágrafo 45, que se referia aos parentes, dispunha:

“E para se evitarem os inconvenientes, que por causa do parentesco dos Tabeliães do Judicial se poderiam seguir, se pai e filho, ou outros parentes muito chegados e cunhados fôsem em um lugar tabelião, mandamos que em nenhuma cidade, vila, ou conselho, sejam juntamente em um tempo, pai e filho tabeliães do judicial, nem dois irmãos, nem primo-irmão, nem tio e sobrinho, filho de irmão, ou irmã, nem cunhado, casados, um com irmã do outro, ou casados com duas irmãs, ou um casado com a tia do outro, irmã do pai, ou mãe, ou avô. E isto mesmo haverá lugar nos Chanceréis, Escrivães, Procuradores, Meirinhos, Contadores e Inquiridores, assim nos lugares como das Correições e Ouvidorias se entre êles houver cada um dos ditos parentes, ou cunhados, pôsto que sejam de diferentes Offícios. E servindo-se êstes Offícios contra forma desta Ordenação, perderá o Officio aquêle que deradeiramente contra ela o houve”.

A Ord. liv. 1.º, tit. 48, § 29, refere-se especialmente à incompatibilidade do Julgador com os Procuradores. A Ord. liv. 1.º, título 79, § 45, refere-se à incompatibilidade entre pessoas que servem ofícios de justiça.

Nesta última ordenação, pois, deve estar a solução da dúvida.

As incompatibilidades por *afinidade* estabelecidas na referida ordenação se reduzem às seguintes: — 1.º Cunhadio; — 2.º Concunhadio; — 3.º Casamento com tia, irmão do pai, mãe ou avó.

A afinidade existente entre o 1.º Tabelião de Pitangui, e o 2.º Tabelião e Escrivão de Órfãos do mesmo têrmo, provém de casamento com prima co-irmã; portanto não está compreendida nos graus estabelecidos pela ordenação.

Nem um aviso do Govêrno me parece contrariar essa doutrina, como pretende o Dr. Diretor da Seção. Os avisos por êle citados reconhecem a incompatibilidade por *afinidade*, mas nos graus estabelecidos pela Ordenação.

O Juiz Municipal Valadares, para sustentar a pretendida incompatibilidade, entendeu dever ampliar a Ordenação por *analogia e maioria de razão*.

“A Ordenação, diz êle, estabelece incompatibilidade entre parentes em 3.º grau e os serventuários em questão estão no 2.º grau”. — Confusão do seu espírito; nem há *parentesco* entre o 1.º Tabelião e os outros serventuários, mas só *afinidade*; e nem essa afinidade é de 2.º grau.

Quanto à analogia tirada do Aviso n.º 49, de 28 de julho de 1843, (109) que ampliou as incompatibilidades aos juizes, não procede.

(109) O Aviso n.º 49, de 28 de julho de 1843, ao Presidente da Província de Pernambuco, resolvia “a dúvida proposta pelo suplente do juiz municipal e de Órfãos do têrmo de Bonito, sôbre a incompatibilidade do exercício do dito cargo pelo dito Suplente com o de Escrivão de Órfãos por um cunhado e tio do mesmo”. Concluía o Av. que “deve o aludido Juiz Suplente julgar-se impedido para exercer a substituição do cargo, enquanto fôr escrivão duma das varas um perante seu tão próximo”.

Esse aviso deu mais lata aplicação à doutrina, mas não alterou a sua essência, ampliando os graus de incompatibilidades. O princípio permanece o mesmo.

Entendo, pois, que o 1.º Tabelião não tem incompatibilidade que o prive de servir o seu ofício conjuntamente com os outros serventuários, maridos de suas primas co-irmãs.

Rio de Janeiro, 16 de junho de 1863.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (110)

1.ª Seção. Ministério dos Negócios de Justiça
Rio de Janeiro, 17 de outubro de 1864

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M. o Imperador há por bem que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, sendo V. Ex.^a Relator, consulte com seu parecer sôbre o incluso requerimento em que o Desembargador Antônio Manuel Fernandes pede pagamento de ordenado que deixou de receber.

Deus guarde a V. Ex.^a

Francisco José Furtado”

REQUERIMENTO DO DESEMBARGADOR ANTÔNIO MANUEL FERNANDES (111)

“Senhor

Diz o Desembargador Antônio Manuel Fernandes que achando-se nesta Côrte em 1863, vencendo seus ordenados, enquanto não apresentasse certidão de exercício na Relação,

(110) Vol. 27, 1864, fls. 217.

(111) Vol. 27, 1864, fls. 215.

a que viesse a pertencer nos termos expressos do aviso ao Ministério da Fazenda de 31 de junho de 1862, por V. M. I. achar plausível o motivo, que o suplicante alegou, qual o de procurar obter a revogação do decreto, que o mudou para Maranhão, acontece que no fim de exercício de 1862 a 1863 exigiu o Tesouro nova ordem do Ministério da Justiça, e V. M. I. a denegou com o fundamento de não estar o suplicante com licença.

Mas, Senhor, é mesmo porque o suplicante estava sem licença que requereu seus ordenados a V. M. I.; é mesmo porque com o suplicante se dava um caso excepcional; e porque o consentimento de V. M. I. de que o suplicante estivesse na Côrte com seus vencimentos lhe dava o direito de contar com êles; é enfim porque o suplicante não foi intimado para seguir, nem que era revogada a ordem anterior. Tudo isto constituía o suplicante em boa fé, e lhe dava o direito a êsse ato de equidade de V. M. I.

Ora, não apresentando o suplicante certidão do exercício senão a 20 de outubro de 1863 (documento junto) parece que está nos termos de receber seus ordenados em vista do aviso citado ao Ministério da Fazenda de 31 de julho de 1862.

E, pois, volta ainda o suplicante requerer a V. M. I. se digne mandar-lhe seus ordenados vencidos de 1 de junho a 20 de outubro de 1863, em que entrou em exercício.

Respeitosamente requer e

P. a Vossa Majestade Imperial se digne assim deferir-lhe.
Rio, 22 de junho de 1864.

Antônio Manuel Fernandes”

PARECER (112)

“Pela disposição do decreto de 14 de março de 1834 (113) os magistrados despachados para os diferentes lugares do Im-

(112) Vol. 27, 1864, fls. 215.

(113) O dec. de 14 de março de 1834 estipulava que:

pério devem principiar a vencer os seus respectivos ordenados do dia da posse e exercício em diante.

Portanto ao Desembargador Antônio Manuel Fernandes não se devia pagar vencimentos senão do dia 23 de outubro de 1863 em diante.

A razão que alega o referido Desembargador de haver o Governo consentido na sua permanência aqui na Côrte, não procede, ainda mesmo quando provada; porque o Governo não pode pagar vencimentos a um empregado que se ache fora do exercício do emprêgo sem uma causa legal.

Ora, não é causa legal de impedimento do exercício a necessidade de reclamar contra o decreto que designou para o referido Desembargador a Relação do Maranhão; nem para semelhante reclamação se fazia precisa a presença do suplicante na Côrte. Elle podia reclamar do Maranhão; e o devia fazer se queria ter direito aos seus vencimentos.

Esta é a minha opinião. Entretanto não posso contestar que o aviso expedido a 31 de julho de 1862 por êste Ministério ao da Fazenda reconheceu no suplicante o direito de perceber os seus ordenados de Desembargador até o dia que entrasse em exercício na Relação a que pertencia. A pretensão, pois, do suplicante funda-se com razão nessa decisão do Governo.

Mas essa decisão do Governo é que, na minha humilde opinião, não tem lei em que se funde.

Rio de Janeiro, 9 de julho 1864.

J. M. de Alencar”

“Tendo-se suscitado dúvidas sôbre o tempo em que os Magistrados despachados para os diferentes lugares do Império, devem principiar a vencer os seus respectivos ordenados, a Regência Permanente, em nome do Imperador o Senhor Dom Pedro II, querendo firmar uma regra invariável a tal respeito, até que por lei seja regulado definitivamente êste objetivo: Há por hem declarar que aos referidos magistrados só se deverá contar os seus respectivos vencimentos do dia da posse e exercício em diante, e até aquela em que largarem os lugares”.

CONSULTA (114)

“O Juiz de Paz do 1.º Distrito da Freguesia do Sacramento pede a S. Ex.^a solução às seguintes dúvidas:

- 1.^a — Se ainda vigora a disposição do art. 5.º, § 1.º, da lei de 15 de outubro de 1827?
- 2.^a — Se o domicílio, de que trata o art. 3.º das Disposições provisórias, refere-se ao réu ou ao autor?
- 3.^a — Se para os atos conciliatórios se deve admitir procurações gerais ou especiais?
- 4.^a — Se no caso em que se deve conceder ao autor comparecer em Juízo por procurador pode êste ser admitido por simples alegação daquele?
- 5.^a — Se para os atos conciliatórios, e quaisquer outros, podem acusar as citações procuradores que não forem provisionados, e neste caso, se estrangeiros o podem fazer?”

PARECER (115)

“Parece-me a respeito das questões propostas pelo Juiz de Paz do 1.º Distrito da Freguesia do Sacramento:

1.º — Que o art. 5.º § 1.º da Disposição Provisória (116) não foi revogado por lei alguma, mas na praxe caducou a parte relativa ao comparecimento do autor.

(114) Vol. 28, 1864, fls. 717.

(115) Vol. 28, 1864, fls. 716.

(116) Existiam três leis de 15 de outubro de 1827: a que dava a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado, a que criava em cada uma das freguesias e das capelas curadas um juiz de paz e suplente e a que mandava criar escolas de primeiras letras em tôdas as cidades, vilas e lugares mai®

2.º — Pelo art. 26 do Reg. n.º 737, de 25 de novembro de 1850, (117) as partes podem comparecer por procurador especial na audiência de conciliação, quer esta se faça no domicílio do réu, ou no distrito onde fôr encontrado.

Não há razão para que isso se dê no prazo comercial unicamente. De resto, os Juizes de Paz, não podendo julgar de competência da causa que se vai propor depois da conciliação, não têm portanto autoridade para discriminar o que é conciliação comercial e o que é conciliação cível, e assim exigirem em uma o comparecimento pessoal, e na outra dispensá-lo.

Eis a razão por que digo que o art. 5.º, § 1.º, da Disposição Provisória caducou. Perante o Juízo Conciliatório não há fôro: o art. 26 do Reg. n.º 737 modificou a legislação anterior.

O art. cit. do Reg. explica ainda as outras dúvidas do Juiz de Paz. Assim o domicílio de que trata o art. 5.º, § 1.º, da Disposição Provisória é o do réu; a procuração (*instrumento público*) é essencial e deve conter poderes especiais: não há necessidade de procurador judicial, mas simplesmente de procurador particular, visto que a conciliação não é uma ação, nem incidente dela.

É esta minha opinião.

Rio, 26 de setembro 1863.

J. M. de Alencar”

populosos do Império. A que se refere a consulta é a 2.ª, conhecida como Disposição Provisória.

Reza o art. 5.º, § 1.º, dessa lei:

“Ao juiz de paz compete:

§ 1.º — Conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance; mandar lavrar termo do resultado, que assinará com a parte e Escrivão. Para a conciliação não se admitirá procurador, salvo por impedimento da parte, provado tal, que a impossibilidade de comparecer pessoalmente, e sendo outrossim o procurador munido de poderes ilimitados”.

(117) O Reg. n.º 737, de 25 de novembro de 1850, determinando “a ordem no juízo comercial”, dispunha, no art. 26:

EXTRATO (118)

“O Juiz de Direito da Comarca de Campinas, encontrando na correição, a que procedia no Têrmo, um processo findo de execução em matéria comercial com um Acórdão do Tribunal do Comércio da Côrte, que não tomou conhecimento de uma apelação interposta do Juiz Municipal, por entender que a causa do valor de 500\$000 rs. cabe na alçada, dirigiu ao Presidente da Província um ofício pedindo solução à dúvida que em seu espírito suscitou êste Acórdão, pois pensa que os juizes do Cível e Municipais conservam a alçada de 200\$00 rs. nos seus Têrmos. O Juiz de Direito baseia a sua opinião nas seguintes razões: 1.º — O Govêrno não podia derrogar o art. 26 do tít. único do Cód. Com. quanto aos juizes do Cível e Municipais, que continuam a servir não pela faculdade do artigo 19 do Reg. de 1855, mas sim pela faculdade do art. 17 do tít. único, e 6.º do Reg. de 1850, e com a alçada que lhes foi marcada no citado art. 26.

2.º — porque a expressão do art. 19 do Reg. de 1855 — “terão” — parece referir-se sòmente aos Juizes especiais, e não aos outros; ou então as expressões — “terão alçada até 500\$000 rs.” — deviam vir no fim do artigo, visto que nesse caso abrangiam tanto os Juizes especiais como os outros.

O Presidente da Província submete a consulta à consideração de S. Ex.^a”.

“Quer no juízo do domicílio do réu quer no caso do art. 24, poderá o autor o réu à conciliação, e nela poderão comparecer as partes por procurador, com poderes especiais para transigir no juízo conciliatório”.

O art. 24, a que faz referência o 26, assim rezava:

“Pode intentar-se a conciliação perante qualquer juiz de paz onde o réu foi encontrado, ainda que não seja na freguesia do seu domicílio”.

(118) Vol. 28, 1864, fls. 449.

PARECER (119)

“A Lei n.º 799, de 16 de setembro de 1854, autorizando o Governo a criar Juizes especiais do Comércio nas Capitais onde existissem tribunais, nada preveniu a respeito da alçada dêsses juizes.

Entendeu, porém, o Governo que a autorização de marcar a alçada dos Tribunais do Comércio no máximo de cinco contos de réis incluía implicitamente a autorização de marcar também o mínimo, o qual por sua vez devia ser o máximo da alçada dos juizes da V instância. Nesta conformidade redigiu-se o art. 19 do Reg. n.º 1.587, de 1.º de maio de 1855. (120)

Assim como pois o Governo se julgou autorizado a revogar o art. 26 do Tít. Único do Cód. Comercial, (121) em relação aos juizes especiais, podia também revogá-lo em relação aos juizes municipais e do cível que exercessem a jurisdição comercial em virtude do art. 17 do Tít. Único; porque sendo a alçada estabelecida naquele art. 26 geral às causas comerciais relativas a tais ou tais juizes, ela devia aplicar-se a quaisquer tribunais a que fôsse incumbida a jurisdição mercantil, salvo, como já disse, o caso da revogação do art. 26.

(119) Vol. 28, 1864, fls. 441.

(120) O Regulamento baixado com o dec. de 1.º de maio de 1855, em virtude do disposto no art. 1.º da Lei n.º 799, a 16 de setembro de 1854 (dispositivo que foi reproduzido no art. 1.º do dec. de 1855), tem o n.º de 1.597 e não 1.587, com está no parecer. Rezava o art. 19 de Reg. n.º 1.597: “A jurisdição dos juizes especiais do comércio é extensiva somente às comarcas das capitais em que êles forem criados, e terão alçada até 500\$000.

Nos têrmos das outras comarcas esta jurisdição será exercida pelos juizes do cível ou municipais (Art. 6.º do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850) ”.

O art. 6.º do Reg. n.º 737 dispunha: “As atribuições conferidas pelo Código de Juizes de direito do comércio e o conhecimento das causas comerciais em primeira instância competem aos juizes municipais, ou do cível, onde os houver (art. 17, Título Único, Código) ”.

Por sua vez, estatua o art. 17 do Título Único do Código Comercial: “As atribuições conferidas no Código Comercial aos juizes de

Não concordo, pois, com a opinião do Juiz de Direito, quando pretende que o Decreto n.º 1.597, de 1.º de maio de 1855, não podia alterar a alçada estabelecida pelo art. 26 do Tit. Único do Código Commercial; concordo porém inteiramente quando demonstra que o art. 19 do referido decreto dispõe unicamente a respeito dos Juizes especiais, e não dos outros. Nem vale o dizer-se, na continuação do artigo que a jurisdição dos ditos juizes especiais fica nos mais termos pertencendo aos Juizes Municipais; porque isso não é disposição nova, mas repetição do art. 17 do Tit. Único; e porque a alçada não se mede pelo grau de jurisdição unicamente, mas por diversas outras circunstâncias, como sejam, a maior garantia do tribunal, a grande distância para os recursos, a importância e aplicação da localidade.

Entendo pois como o Dr. Diretor da Seção que se deve manter para o Tribunal do Comércio da Bahia, como o que mais se conforma com o art. 19 do decreto de 1855.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 1863.

J. M. de Alencar”

direito do comércio serão exercidas pelas justiças ordinárias, às quais fica também competindo o conhecimento das causas comerciais em primeira instância com recursos para as relações respectivas; com as exceções estabelecidas no Código Commercial, para os casos de quebra”.

(121) O art. 26 do Título Único do Cód. Com. dispunha: “Não haverá recurso de apelação nas causas comerciais (art. 18) cujo valor não exceder de duzentos mil réis, nem o de revista se o valor não exceder de dois contos de réis”.

O art. 18, a que faz remissão o 26, estatuiu: “Serão reputadas comerciais tôdas as causas que derivarem do direito e obrigações sujeitas às disposições do Código Commercial, contanto que uma das partes seja comerciante”.

MATÉRIA PENAL

As anotações dêstes pareceres foram feitas pelo
Prof. Luís Cruz de Vasconcelos, catedrático da
Faculdade de Direito da Universidade do Ceará.

CONSULTA (1)

“PROVÍNCIA DO PARÁ. PALÁCIO DA PRESIDÊNCIA NA
CIDADE DE BELÉM, EM 8 DE FEVEREIRO DE 1859.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Dispondo o artigo 7.^o do Decreto n.^o 2.029, de 18 de novembro de 1857, que sejam dispensados do serviço ativo da Guarda Nacional os indivíduos que obtiverem baixa do Exército, por haverem completado o tempo marcado na lei, quando não queiram voluntariamente prestar aquêlê serviço, e entrando em dúvida se devem gozar de igual indulto as praças que tendo servido na Armada se acharem em idênticas circunstâncias, rogo a V. Ex.^a que se digne declarar-me se a palavra Exército de que se serve o referido artigo 7.^o do mencionado decreto compreende sòmente a fôrça de terra ou se juntamente a de terra e mar.

Nesta intelligência, mandei dispensar do serviço ativo a um guarda nacional, que já serviu na Armada, até ulterior deliberação de V. Ex.^a.

Peço permissão a V. Ex.^a para declarar que a ser dada outra intelligência ao artigo 7.^o do Decreto n.^o 2.029, de 18 de novembro de 1857, ficarão as praças que servirem na Armada em pior condição e com menos regalias do que as que servem no Exército de terra, o que não me parece muito justo.

Esta é a minha opinião; V. Ex.^a, entretanto, resolverá sôbre êste assunto como melhor entender.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo,
Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça”

(1) Vól. 20, fls. 486, ano 1860.

PARECER (2)

“A palavra — exército — empregada pelo art. 7.º do Decreto n.º 2.029, de 18 de novembro de 1857, (3) compreende unicamente a fôrça de terra.

Essa é a significação usual do termo; e a significação legal, consagrada pela Constituição, nos arts. 149 e 150. (4)

Em rigor, pois, não deve o art. 7.º do citado decreto ser ampliado na sua execução; e compreender os que tiverem servido na armada.

Dessas ampliações arbitrárias é que resultam as obscuridades e confusões na aplicação das leis, as mais claras e explícitas.

Quanto ao direito constituído é o que me cabe dizer.

Devo, porém, observar, no que respeita à doutrina, que há injustiça naquela disposição restritiva do decreto citado; pois um serviço mais árduo, do que o de terra, está nas condições de merecer da lei um favor igual, uma isenção semelhante.

Julgo, pois, que um decreto, consignando essa disposição, seria uma salutar correção à falta ou omissão do primeiro citado.

Rio, 17 de maio de 1859.

José Martiniano de Alencar”

(2) Vol. 20, fls. 486, ano 1860.

(3) O art. 7.º do Decreto n.º 2.029, de 18 de novembro de 1857, estava assim redigido: “Serão dispensados do serviço ativo, não obstante pertencerem à lista respectiva, quando voluntariamente se não prestem, os indivíduos que obtiverem baixa do *Exército* por haverem completado o tempo marcado na lei”.

(4) “Constituição Política do Império do Brasil:”

“Art. 149 — Os oficiais do *Exército* e *Armada* não podem ser privados da suas patentes, senão por sentença proferida em juízo competente”.

“Art. 150 — Uma ordenança especial regulará a organização do *Exército* do Brasil, suas promoções, soldos e disciplina, assim como da *Fôrça Naval*”.

EXTRATO (5)

Com o seu Officio de 5 do mês passado, o Presidente da Província, Dr. Ambrósio Leitão da Cunha, nomeando officiaes ao Govêrno Imperial dirigem os Tenentes-Coronéis, Comandantes dos Batalhões da Guarda Nacional do Município de Cameté, queixando-se do procedimento do Vice-Presidente da mesma Província, Dr. Ambrósio Leitão da Cunha, nomeando officiaes para os postos vagos, e dando passagem sem propostas dos supplicantes, não obstante acharem-se organizados e completos os seus Batalhões, desde 1853.

Representam mais os Supplicantes “que o dito Vice-Presidente, transgredindo o artigo 48 da Lei n.º 602, de 19 de setembro de 1850, nomeou para os postos de Tenente e Capitão indivíduos que não tinham anteriormente exercido o pôsto immediatamente inferior; que, determinando o art. 53 da referida lei que não possam ser nomeados officiaes indivíduos e guardas que não tenham as qualidades para Eleitor, o Vice-Presidente não se importou com semelhante determinação e a seu arbítrio fêz a nomeação que bem quis”.

Referem que “o Vice-Presidente nomeou todos os Officiaes para os Batalhões criados nas Freguesias de Curuçá e Moca-juba, os quaes não estão organizados nem têm comandantes; que transtornou todos os Batalhões dos supplicantes, que estão organizados e completos desde 1853, fazendo desaparecer da lista officiaes dignos e bem conduzidos; que nomeou officiaes analfabetos, valendo-se, para justificar tanto arbítrio, do Aviso Imperial de 4 de janeiro de 1855, que, aliás, na opinião dos supplicantes, não revogou a lei de 19 de setembro de 1850”.

Instruem os supplicantes sua representação com atestados que provam que muitos indivíduos nomeados não se achavam nas circunstâncias de sê-lo.

O Coronel Comandante Superior da Guarda Nacional de Cameté informa “que os Supplicantes Joaquim Francisco Gomes de Castro e Manuel Antônio Meireles não se acham em efetivo

(5) Vol. 20, fls. 288-9, ano 1860.

serviço, êste porque passou para a reserva, a requerimento seu, e aquêle por ser vereador da Câmara Municipal desde 1856; que, embora fôsem os respectivos Batalhões organizados em 1853, não sofre dúvida alguma que, havendo o Decreto n.º 2.122, de 6 de março de 1858, mandado executar em todo o território da Província o Decreto n.º 2.029, de 18 de novembro de 1857, baixou o Decreto n.º 2.024, de 28 de junho de 1858, que alterou a antiga organização da Guarda Nacional daquele Município”.

Diz também “que não podendo deixar de considerar-se em organização a Guarda Nacional daquela Província, é claro que a qualificação do cidadão para a mesma Guarda tem de ser feita com redução da renda antigamente exigida, nos têrmos do citado Decreto n.º 2.029”.

Depois de fazer outras observações tendentes a justificar o ato do Vice-Presidente, diz que os Officiais que representam, são aquêles mesmos que permaneceram no mais inqualificável desleixo pelo que respeita à disciplina de seus Batalhões, e à escrituração a seu cargo; e que êsses mesmos officiais que ora se mostram zelosos de seus direitos, são aquêles que nem ao menos apresentam no tempo devido, e em número completo, as praças que lhes cabe dar para o destacamento da cidade de Cameté”.

O Presidente da Província abunda nas mesmas reflexões do Comandante Superior quanto ao procedimento do seu antecessor, e diz que êle teria procedido da mesma maneira”.

Secretaria de Estado, em 12 de março 1859.

PARECER (6)

“Em face do art. 71 da Lei n.º 602, de 19 de setembro de 1850, (7) me parece que o Vice-Presidente do Pará não

(6) Vol. 20, fls. 301, ano 1860.

(7) Dizia o art. 71 da cit. Lei n.º 602, de 19 de setembro de 1850: “As disposições desta lei, concernentes ao provimento e vitaliciedade dos postos da Guarda Nacional e à reforma dos officiais são apli-

procedeu legalmente, quando nomeou oficiais da Guarda Nacional do Município de Cameté com preterição dos direitos conferidos pelo art. 48 da citada lei. (8)

Não obsta o terem sido feitas as nomeações em reorganização, na forma dos Decretos n.ºs 2.029, de 18 de novembro de 1857 e 2.122, de 6 de março de 1858; porque os direitos adquiridos pelos Officiais nomeados em virtude da Lei n.º 602, não podiam ser derogados por disposições posteriores, cujo efeito não é retroativo.

Improcedente é também a razão apresentada pelo Comandante Superior da negligência que mostram os Officiais penitenciários no cumprimento dos seus deveres: pois a lei dá para

cáveis somente aos que forem nomeados em execução, e na conformidade da mesma lei.

“Os existentes ao mesmo tempo da sua promulgação serão sem dependência de proposta e da ordem do acesso, confirmados nos postos que occuparem, passando-se-lhes novas Patentes, despachadas para outros, reformados ou demitidos, como parecer justo ao govêrno e aos Presidentes, que terão em consideração os bons serviços anteriormente prestados.

“Os atuais Chefes de Legião que forem nomeados comandantes de Batalhões ou Corpos, ou Chefes de Estado-Maior, conservarão nesse exercício a graduação de coronel.

Os atuais majores, que forem nomeados capitães de Companhia, conservarão a graduação de que já gozam”.

(8) Eis a redação do art. 48:

“A nomeação dos officiaes subalternos e capitães será feita no Município da Côrte pelo Govêrno e nas Províncias pelos Presidentes, sobre proposta dos Chefes dos Corpos, e informação do Comandante Superior, onde o houver, observando-se a ordem gradual do acesso, de sorte que ninguém seja nomeado tenente ou capitão sem haver occupado o pôsto immediatamente inferior.

“Excetua-se desta regra os cirurgões, que poderão ser escolhidos dentre os simples guardas, ainda mesmo da lista de reserva, preferindo-se, sempre que fôr possível, os que tiverem títulos conferidos ou aprovados pelas Escolas de Medicina do Império.

tais casos bastante remédio, que torna desnecessário recorrer-se à preterição como meio de disciplina. (9)

No mais, conformo-me com o Presidente de Província.
Rio, 21 de maio de 1859.

J. M. de Alencar”

EXTRATO (10)

“31 de maio de 1859.

Radeclife José da Silva, ex-soldado do 11.º Batalhão de Infantaria de Linha, pede que V. M., o Imperador, haja por bem comutar-lhe em uma pena mais branda, a de galés perpétuas que lhe foi imposta pela Junta Militar da Província do Pará.

O suplicante foi condenado como cabeça de motim em um destacamento na Vila de Chaves da dita Província; condenado primitivamente à pena de morte, segundo o disposto no artigo 15 de guerra, como se vê da sentença do respectivo conselho, foi depois reformada aquela pena na de galés pela citada junta.

Afora a sentença, nada mais exhibe o suplicante.

O Presidente da Província do Pará informa “que o petiçãoário pela conduta que tem tido na prisão (cadeia de S. José) não se torna, por enquanto, recomendável à Clemência Imperial.”

Raimundo A. Câmara B. Oliveira”

(9) Na parte final do seu Parecer, mostra-se Alencar comedido e justo, não se deixando influenciar pelas denunciadas faltas disciplinares dos reclamantes, para negar-lhes o direito que a lei lhes assegurava.

(10) Vol. 20, fls. 499, ano 1860.

PARECER (11)

“A praxe dêste Ministério, a respeito de perdão ou comutação de penas impostas por Tribunais Militares, tem sido a seguinte:

Quando a pena é menor de 4 anos de carrinho, (12) e que, por conseguinte, o réu não perde a qualidade de militar, — subsiste a competência exclusiva do Ministério da Guerra,

Quando, porém, a pena excede daquele tempo, e que, portanto, o réu sofre baixa, é êle pôsto à disposição do Ministério da Justiça para cumprimento da pena, e considerado como qualquer indivíduo não pertencente ao exército; devendo então correr por êste Ministério o recurso de graça que interpuser.

Esta praxe não me parece a mais conforme aos princípios que regulam o perdão ou comutação das penas, nem à marcha regular da administração; por isso, com o devido respeito me animo a propor que seja ela substituída.

O perdão anula o efeito da sentença condenatória; quando, pois, essa sentença foi proferida por um Tribunal Militar, embora o réu já não seja militar, pede a harmonia e a regularidade administrativas, que o ato do Poder Moderador seja solicitado, e expedido por intermédio do Ministério da Guerra.

Não importa, como já disse, que o réu já não seja militar; pois que a sentença cujos efeitos se anulam, a sentença que foi proferida pelo Tribunal Militar subsiste sempre.

Acresce que se podem dar casos em que o perdão ou a comutação de uma pena maior de 4 anos de carrinho, faça que o réu, que sofrera baixa, torne de novo ao exército; e, por conseguinte, a ser o perdão ou comutação expedida pelo Ministério da Justiça, resultaria uma interferência indébita dêsse ramo do Poder Executivo nos negócios militares ou de guerra.

Não desconheço que o Ministério da Justiça tem os meios diretos de “obter das prisões as notas precisas sôbre o com-

(11) Vol. 20, fls. 495-7, ano 1860.

(12) *Pena de carrinho.* Consistia na aplicação de argola e cadeia de ferro às pernas dos soldados.

portamento do réu que recorre; mas cumpre não esquecer que há uma outra ordem de informações da maior importância, que são as que se deduzem do processo e julgamento, as quais o Ministério da Justiça é obrigado a requisitar das autoridades militares.

Já se vê, pois, que não há maior facilidade, do que haveria se o Ministério da Guerra conservasse a sua competência e requisitasse dos Diretores das Prisões Públicas, ou da Polícia, as precisas notas sobre o comportamento dos réus de crimes militares, que recorrerem ao Poder Moderador.

O Ministério da Justiça já está bastante sobrecarregado para não abranger objetos que excedem da sua competência estabelecida pela lei de 23 de agosto de 1821, (13) arts. 5.º e 7.º. (14)

Pelo que respeita à pretensão do suplicante, não o julgo digno de merecer a Clemência Imperial. (15).

Rio de Janeiro, 11 de julho de 1859.

José Martiniano de Alencar”

(13) A lei de 23 de agosto de 1821, promulgada por D. João VI, e citada por Alencar, determinava “que se distribuam por duas Secretarias os negócios que correm pela Secretaria de Estado dos Negócios do Reino, tendo uma esta denominação e a outra — dos Negócios da Justiça”.

O art. 5.º dessa lei estabelecia: “Ficam pertencendo à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça todos os objetos de Justiça civil e criminal, todos os Negócios Eclesiásticos, a expedição das nomeações de todos os lugares de Magistratura, officios e empregos pertencentes a esta Repartição, a inspeção das prisões e quanto é relativo à segurança pública.

E o art. 6.º: “Compete à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça a promulgação de tôdas as leis, decretos, resoluções e mais ordens sobre assunto da sua Repartição, a sua comunicação às estações competentes e a fiscalização da sua fiel observância”.

(14) Deve haver engano na menção do art. 7.º, em lugar do 6.º acima transcrito.

(15) Apesar da preliminar levantada, tão a gosto nos tempos atuais como meio de fugir aos pronunciamentos de mérito, Alencar, decisivo, não vacilou em manifestar sua opinião sobre este.

CONSULTA (16)

“1.^a Seção

MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS DA JUSTIÇA

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 1859.

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M. o Imperador manda remeter à Seção dos Negócios da Justiça do Conselho do Estado, sendo V. Ex.^a o relator, o incluso Ofício n.º 206-A, de 27 de abril último, do Presidente da Província de Minas Gerais, acompanhando os papéis relativos às dúvidas, que se suscitam a respeito da competência do fôro militar para julgar o soldado do corpo da guarnição fixa da mesma Província Alexandre Ferreira do Couto, que introduziu uma chave falsa na cadeia da cidade de São João del Rei, onde estava destacado, com o intuito de facilitar a fuga de alguns presos; a fim de consultar com o seu parecer sôbre esta matéria.

Deus guarde a V. Ex.^a.

João Lustosa da Cunha Paranaguá

Sr. Visconde do Uruguai”

PARECER (17)

“A questão me parece simples; os princípios gerais reguladores da competência, — a resolvem.

A jurisdição militar, como tôdas as jurisdições, determina-se em razão da natureza do ato, da qualidade da pessoa, ou em razão de ambas essas circunstâncias.

Daquí, — a competência real, pessoal e mista.

(16) Vol. 20, fls. 77, ano 1860.

(17) Vol. 20, fls. 81-5, ano 1860.

Há competência real — por exemplo, no crime de espionagem e entrada clandestina de fortaleza; porque êsses atos, qualquer que seja a pessoa que os pratique, são essencialmente militares. Art. dos de Guerra. L. n.º 631, de 18 de setembro 1851 (18) — art. 1.º.

Há competência pessoal nas faltas de disciplina, como murmuração, medo, fraqueza, arts. 4.º, 5.º e 16 dos de Guerra; porque êsses atos praticados por um paisano não sujeitariam à pena; e é unicamente a qualidade militar do autor que lhes dá o caráter de criminalidade.

Há competência mista, quando é necessário que concorram as duas circunstâncias; que o ato e a pessoa sejam militares.

Assim, no crime de furto:

Se o furto fôr militar, como de armas no Quartel — Art. 18 dos de Guerra —, mas fôr cometido por um paisano, não há competência mista.

Igualmente, se o crime fôr civil — Art. 257 do Código Penal (19) se fôr cometido fora do serviço ou estação militar, não basta que o militar seja soldado, para determinar a jurisdição de exceção.

Estabelecidos os princípios, a sua aplicação é clara.

A fuga de presos pode ser, como o furto, um crime civil, ou um crime militar.

O crime civil está definido pelos artigos 124 e 125 do Cód. (20) O crime militar pelos arts. 22 e 23 dos de Guerra.

(18) A Lei n.º 631, de 18 de setembro de 1851, "Determina as penas e o processo para alguns crimes militares".

(19) O art. 257 do Código Criminal trata do crime de furto:

"Tirar a coisa alheia contra a vontade de seu dono, para si ou para outro. Penas — de prisão com trabalho de dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor furtado".

(20) Código Criminal:

"Art. 124. Franquear a fugida aos presos, por meios astuciosos. Penas — de prisão por três a doze meses".

"Art. 125 — Deixar fugir aos presos o mesmo carcereiro ou outra qualquer pessoa, a que tenha sido cometida a sua guarda ou condução".

Sendo por conivência:

Basta a simples leitura do art. 23 para conhecer-se que o crime de que se trata é militar.

Diz êsse art. de Guerra:

“Todo o soldado que ocultar um criminoso, *ou buscar meios* para se escapar, ou o deixar fugir, ou *sendo encarregado de o guardar* não puser tôdas as precauções para êste efeito, será pôsto no lugar do criminoso.”

No caso de que se trata, — houve a venda de uma chave a um prêso, facilitou-se-lhe meio de evasão; deu-se portanto o crime prevenido pelo Art. 23 de Guerra.

Demais o criminoso é um soldado; e, por conseguinte, concorrendo as duas circunstâncias do ato militar e da pessoa também militar, dá-se competência mista.

Sôbre as objeções apresentadas pelo Comandante do Corpo Fixo, reporto-me ao officio do Dr. Chefe de Polícia que êle destruiu com argumentos valentes e irrespondíveis.

Ûnicamente em um ponto deixou aquêle magistrado sem refutação a opinião do dito Comandante; e é sôbre não poder o crime cometido pelo soldado ser classificado no art. 23 dos de Guerra, visto não se ter realizado a fuga do prêso.

Houve engano manifesto da parte do Comandante; tanto o crime não depende da realização da fuga, que pela letra expressa do artigo 23 cit., êle consiste até em buscar meios de evasão, em não empregar tôda a diligência na guarda do prêso.

Finalmente, concluirei que o Av. de 15 de fev. de 1837 declarou o seguinte:

“Que o soldado, que estando de sentinela a alguns presos os deixa fugir, comete um crime meramente militar, no sentido

Penas — de prisão com trabalho por dois a seis anos e de multa correspondente à metade do tempo.

Sendo por negligência:

Penas — de prisão com trabalho por um a três anos.”

da Provisão do Conselho Supremo Militar, de 20 outubro de 1834”.

É o que me ocorre dizer.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1859.

José Martiniano de Alencar

CONSULTA (21)

“PALACIO DA PRESIDÊNCIA DA PROVÍNCIA DE MINAS
GERAIS, 2 DE SETEMBRO DE 1859

2.^a Seção

N.^o 400

Ao Sr. Consultor dos Negócios da Justiça

17 de setembro de 1859.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Tenho a honra de consultar a V. Ex.^a a respeito do procedimento a seguir-se para com um escravo, que, depois de haver cumprido a pena de vinte anos de galés em que foi condenado, acha-se ainda detido na cadeia desta Capital, pela satisfação da multa por crime de roubo, recebendo vestuário e curativo, como se fôra prêso pobre.

O Juiz Municipal Substituto, a quem officiei em 11 de agosto p.p. (cópia n.^o 1), para dar as providências que a lei em tal caso determina, não encontrou obstáculo em empregar meios para que a Fazenda Provincial seja indenizada da importância de todo o sustento ministrado ao referido escravo; mas, quanto à comutação da multa em açoites, segundo propõe o Dr. Chefe de Polícia (cópia n.^o 2), entende não estar nas raías de suas atribuições, como mero executor que é neste caso (cópia n.^o 3), sendo também desta opinião o Dr. Procurador Fiscal (cópia n.^o 4), que, aliás, julga incompleta a legislação

(21) Vol. 20, fls. 152, ano 1860.

vigente nesta parte, entretanto que urge a necessidade de dar destino ao escravo em questão, porque, além de estar sobrecarregando com despesas os Cofres Provinciais, torna-se nociva a sua presença na cadeia desta Capital, onde existem presos de crimes graves, a um dos quais já forneceu meios de arrombamento da prisão.

Deus guarde a V. Ex.^a

Ilmo. e Exmo. Sr. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

O Vice-Presidente
Joaquim Delfino Ribeiro da Luz"

PARECER (22)

"— Como se deve proceder para o pagamento e execução da multa imposta a réu escravo, depois de cumprida a pena? É esta a questão.

Entedem o Sr. Dr. Diretor da Seção, e o Chefe de Polícia da Província de Minas que liquidada a multa em pena, na forma do Decreto n.º 595, de 18 de março de 1849, deve essa pena ser comutada em açoites, na forma do art. 60 do Código Criminal. (23)

Duas razões fortes me afastam dessa opinião.

É a primeira, que pela letra expressa e terminante do artigo 60 do Código, e pela inteligência que lhe deu o Aviso n.º 30, de 9 de março de 1850, § 3.º, (24) o Juiz da execução

(22) Vol. 20, fls. 147-51, ano 1860.

(23) Eis a redação do art. 60 do Código Criminal do Império: "Se o réu fôr escravo e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor que se obrigará a trazê-lo com ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar. "O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta".

(24) O Aviso n.º 30, de 9 de março de 1850, era dirigido "ao Presidente da Província do Pará. Resolve dúvidas propostas pelo

é incompetente para a comutação em açoites, que deve ser feita na Sentença de condenação. O Decreto cit., n.º 595, não tem, portanto, aplicação ao caso de ser a multa imposta a réu escravo; o que, aliás, se conhece do seu teor, onde entre as referências a diversos artigos do Código Criminal nenhuma se encontra ao art. 60.

É a segunda razão, que à vista do art. 30 do Cód. Criminal, (25) combinado com os arts. 55 e 56 do mesmo Código, e com o art. 16 do Decreto cit. n.º 595, (26) revela-se bem claro o espírito da lei sobre o pagamento da multa, a qual só deve resolver-se em prisão, quando fôr absolutamente impossível ao réu satisfazê-la.

Juiz de Direito da comarca de Bragança, relativamente ao modo de cumprir-se o disposto no art. 26, § 1.º, da lei de 3 de dezembro de 1841 e nos arts. 222 e 449, § 1.º do Regulamento de 31 de janeiro de 1842”.

O § 3.º do Aviso decide:

“Que na sentença, em que fôr o escravo condenado a açoites, deve o juiz, que a proferir, também condená-lo a trazer um ferro pelo tempo e maneira que fôr designado, conforme o art. 60 do Código Criminal; *não competindo esta atribuição ao Juiz executor, ao qual só incumbe a fiel execução das sentenças, não as podendo para mais ou para menos*”.

(25) Art. 30 do Código Criminal: “A completa satisfação do ofendido preferirá sempre ao pagamento das multas a que também ficarão hipotecados os bens dos delinqüentes, na forma do art. 27”.

“Art. 55. A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústrias, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo”.

“Art. 56. As multas serão recolhidas aos cofres das Câmaras Municipais e os condenados que, podendo, as não pagarem dentro em oito dias, sejam recolhidos à prisão, de que não sairão, sem que paguem”.

(26) O Regulamento n.º 595, de 18 de março de 1849, prescrevia “a maneira por que se deve proceder na liquidação das multas a que forem os réus condenados, bem como as regras sobre as fianças ao pagamento delas e o modo de as comutar em outras penas”.

O art. 16 do cit. Regulamento, dizia: “Feita a redução, o réu será imediatamente enviado a cumprir a pena substitutiva da multa, salvo se estiver cumprindo outra pena de maior ou igual intensidade (Cód.

Ora, o escravo representa por si um valor; e até esse valor o senhor é obrigado à satisfação do mal, e ao pagamento da multa, à vista do art. 28 (27) e art. 30 do Código Criminal.

Portanto, o único procedimento legal e conforme a nossa legislação, neste caso, é a arrematação do escravo para o pagamento da multa.

Se o valor do escravo não basta para completa indenização das multas, o resto fica prejudicado; porque nem é possível cobrar ao senhor, nem é admissível a comutação em açoites pelo juiz da execução, como fica demonstrado por força do art. 60 do Cód. Criminal, e Av. n.º 30, de 9 de março de 1850.

De resto, a satisfação do mal é um direito ainda mais privilegiado do que o da cobrança da multa, como se vê do art. 30 do Cód. que dá àquele preferência no pagamento. Entretanto, quando o mal é causado por escravo, e excede o valor deste, também o ofendido fica prejudicado; e a satisfação incompleta.

À vista disto me parece que nenhuma dúvida se pode opor a que o escravo seja arrematado para pagamento da multa, ficando o excesso desta prejudicado, como à vista do art. 28 do Cód., incide com a satisfação.

Até aqui a doutrina.

Aplicando-a, porém, no caso especial que se dá em Minas, é minha opinião que o escravo deve imediatamente ser arrematado para pagamento da multa, resolvida assim a primeira dúvida do Juiz Municipal de Ouro Preto.

Criminal, art. 61); devendo mesmo nesse caso fazer-se as comunicações necessárias, para, concluída uma pena, começar logo o cumprimento da outra.

“Esta disposição não compreende o caso de estar provado no processo, que o réu tem meios de pagar a multa, devendo nessa hipótese conservar-se em prisão indefinidamente até pagar (Código Criminal art. 56).

(27) O art. 28 do cit. Código Criminal:

“Serão obrigados à satisfação, pôsto que não sejam delinquentes:

1.º — O senhor pelo escravo até o valor deste.

2.º — O que gratuitamente tiver participado dos produtos do crime até a concorrente quantia.

Quanto às despesas com alimentação e vestuário, — não se deduz claramente do Ofício do Presidente de Minas a que tempo se referem, se ao cumprimento da pena de galés, se a retenção por causa da multa que ainda não foi satisfeita.

Neste último caso, o único responsável por estas despesas é o Juiz Municipal que demorou a execução da lei, não fazendo arrematar o escravo para pagamento da multa, e conservando-o em prisão simples contra a expressa disposição do art. 60 do Cód. Criminal.

Se as despesas se referem ao tempo do cumprimento da pena de galés, parece que o trabalho do escravo compensa êsse gasto. Não há princípio algum da nossa legislação civil ou criminal que obrigue o senhor a alimentar e vestir um escravo do qual não usa; que obrigue o proprietário a manutenção de um bem, do qual êle não pode dispor por virtude de uma condenação que suspende o seu direito de propriedade.

Se entre nós ainda existem servos, são êles os escravos condenados, que nem têm foros de homens livres, nem se podem considerar escravos de um particular, durante o cumprimento da sentença.

É êste o meu parecer.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 1859.

J. M. de Alencar”

PARECER (28)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

As dúvidas que V. Ex.^a verbalmente opôs à opinião que tive a honra de submeter a sua consideração, em uma Consulta sôbre a obrigação que tem o senhor de pagar a multa a que foi condenado réu escravo, e até a concorrência dêste, observada em preferênciã da satisfação, — ocorre-me apresentar as se-

guintes considerações que me parecem confirmar aquela opinião.

A multa é uma pena essencialmente pecuniária, — como se vê dos arts. 55, 56 e 57 do Código Criminal. (29)

Como tal, a multa tem por fim apenas indenizar a sociedade dos gastos judiciários por ela feitos para a repressão e punição dos delitos; o que bem se deduz dos arts. cit. e especialmente do art. 56, que manda recolher o produto das multas aos Cofres das Municipalidades, onde ficam depositadas, e de onde saem para pagamento das custas judiciárias nos processos em que a justiça declare. Cód. do Proc. Crim., art. 307. (30)

(29) Código Criminal:

“Art. 55. A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos bens, empregos ou indústrias, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.

“Art. 56. As multas serão recolhidas aos cofres das Câmaras Municipais; e os condenados que, podendo, as não pagarem dentro de oito dias, sejam recolhidos à prisão de que não sairão sem que paguem.

“Art. 57. Não tendo os condenados meios para pagar as multas, serão condenados em tanto tempo de prisão com trabalho, quanto fôr necessário para ganharem a importância delas. “Terá lugar, neste caso, a disposição do artigo trinta e dois”:

“Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinqüente meios para a satisfação, dentro de oito dias, que lhe serão assinados, será condenado à prisão com trabalho pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação.

“Esta condenação porém ficará sem efeito, logo que o delinqüente, ou alguém por êle, satisfizer ou prestar fiança idônea ao pagamento em tempo razoável, ou o ofendido se der por satisfeito”.

(30) O art. 307 do Código de Processo Criminal dispunha:

“Todos os que decaírem da ação em qualquer instância que fôr, serão condenados nas custas, exceto o Promotor, e neste caso pagar-se-ão pelo cofre da Municipalidade.

“E quando se decidir que houve abuso no fato que se denunciou, mas que o acusado não é criminoso, por não ser êle o autor do abuso ou por lhe assistir algumas das exceções, que o livram da imputação, o acusador pagará as custas”.

Estabelecido este ponto, não há entre a multa e satisfação outra diferença, a não ser, que a multa é a indenização pública da sociedade, e a satisfação é a indenização individual do ofendido: — que a primeira pelo seu caráter é reduzida à pena pecuniária; e a segunda dá direito à ação civil.

O art. 30 (31) considerando quanto esse caráter de pena pecuniária garantia o pagamento da multa, deu preferência na hipótese à satisfação que reduzida a ação civil não tinha nem tão pronto nem tão eficaz meio de obrigar o réu a ganhar e adquirir bens para a indenização do dano.

Eis o raciocínio que me levou por uma dedução lógica a opinar em favor da aplicação do art. 28 § 1.º (32) ao caso da condenação por multa de um escravo.

O escravo não pode ser condenado em outras penas que não sejam as três designadas no art. 60; e qualquer outra pena em que incorrer, a não ser a de morte ou de galés, será reduzida em açoites.

Mas a pena de multa, pena essencialmente pecuniária, que representa a indenização dos gastos judiciários feitos pela sociedade, está compreendida na disposição do art. 60; e deve ser reduzida em açoites?

Entendo que não; entendo que por força dos arts. 55, 56 e 57, a multa só deve ser reduzida, no caso de não haver bens para pagá-la; ora, o escravo representa um bem, e um bem que à vista do art. 28, combinado com o art. 30, julgo hipotecado ao pagamento da multa; por isso que é princípio corrente de nossa legislação civil, que o senhor responde por todos os danos causados por seu escravo até a concorrência deste, assim

(31) “Art. 30. A completa satisfação do ofendido preferirá sempre ao pagamento das multas, a que também ficarão hipotecados os bens dos delinquentes, nas formas do art. 27.

(32) Código Criminal:

“Art. 28. Serão obrigados a satisfação, pôsto que não sejam delinquentes:

1.º O senhor pelo escravo até o valor deste”.

“Art. 60. Se o réu fôr escravo e incorrer em pena que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites e depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar”.

como responde pelo dano causado por qualquer outro animal de sua propriedade.

Concluirei fundamentando a minha opinião sôbre a natureza da multa com o art. 52 do Cód. Penal Francês, e a observação do seu comentador Rogrou.

Diz o art. 52: — “A execução das indenizações de multa, restituição, prejuizos, perdas e danos, e despesas, poderá ser requerida por via de — *contrainte de corps*.”

Rogrou observa: — A *contrainte par corps* é uma via executória, pela qual um credor, em certos casos fixados pela lei, faz prender seu devedor. O Cód. de Proc., art. 780, traça as regras desta — *contrainte*.

Não se deve confundí-la com a prisão que pronuncia o Código Penal; a prisão é uma pena, a *contrainte par corps* é apenas um meio de execução de sentença e obrigações.”

O art. 53 mais esclerece essa intelligência.

Eis o que me ocorre acrescentar à opinião que emiti. V. Ex.^a dará a estas rápidas considerações o pêsô que merecerem; certo de que só fui guiado nelas pelo desejo de acertar.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 1859.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (33)

“1.^a Seção

Ministério dos Negócios da Justiça

Rio de Janeiro, 14 de janeiro de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M. o Imperador há por bem que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, sendo V. Ex.^a o relator, consulte com o seu parecer sôbre as dúvidas, de que trata o Promotor Público da Comarca, da Maioridade, no officio por cópia junto ao do Presidente da Província do Rio Grande do Norte, n.º 241, de

27 de julho do ano findo, que se remetem inclusos, assim como os mais papéis relativos às mesmas dúvidas.

Deus guarde a V. Ex.^a

João Lustosa da C. Paranaguá

Sr. Visconde do Uruguai”

EXTRATO (34)

“O Presidente do Rio Grande do Norte consultou:

1.^o — Se a sentença de pronúncia, sendo revogada, deixa de interromper a prescrição do delito;

2.^o — Se a saída momentânea dos réus do Têrmo do Delito pode influir para a alteração do prazo da prescrição;

3.^o — Se, provando-se, no curso da formação da culpa, que o réu sofria de alienação mental quando perpetrou o crime, pode o Juiz da Instrução do processo apreciar esta circunstância para não pronúnciá-lo ou se o seu conhecimento é da exclusiva competência do Tribunal do Júri.

Ao Promotor Público da Maioridade, que as propôs, o primeiro tinha respondido:

“Quanto à 1.^a — que sim, — porque a revogação faz cessar todos os efeitos da pronúncia que devia interromper a prescrição e, por isto, deixa de interrompê-la.

Quanto à 2.^a — que sim, — porque a lei (art. 273, do Reg. de 31 de janeiro) considera condição essencial para a prescrição a residência do réu sem interrupção no Têrmo do Delito; que, pois, a sua saída ainda que temporária altera o prazo para a prescrição.

Quanto à 3.^a — finalmente — que só o Júri, e não o Juiz processante, é competente para conhecer da circunstância justificativa do crime, conforme o Av. de 16 de fevereiro de 1854, a menos que a loucura seja contínua, caso em que o autor do crime não tem criminalidade.”

PARECER (35)

“Sôbre a primeira dúvida:

Se a Sentença de pronúncia revogada interrompe a prescrição?

Concordo com a solução dada pelo Presidente; porque se conforma com o espírito da nossa legislação criminal e civil, assim como da legislação criminal francesa.

Se a citação nula e perempta é nenhuma para o efeito da interrupção da prescrição — Cód. Nap. art. 2247 — *Cód. das Duas Sicílias* — art. 2.153; parece que o mesmo princípio se deve aplicar a pronúncia que se torna nenhuma, não por virtude de nulidade, mas por virtude de revogação.

Quanto à segunda dúvida:

Discordo da opinião do Presidente.

O Reg. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, art. 273, (36) fala da residência legal, do domicílio, e não da permanência material.

O aviso citado n.º 166, de 27 de junho de 1855, (37) não declarou a lei neste ponto; apenas decidiu que havendo interrupção na residência, deve-se considerar o tempo anterior como tempo de ausência.

(35) Vol. 20, fls. 536-7, ano 1860.

(36) Art. 273 do Regulamento 120: “Os delitos que não admitem fiança prescrevem no fim de vinte anos, estando os réus ausentes em lugar sabido dentro do Império; por dez anos, estando presentes sem interrupção no têrmo; e estando ausentes em lugar não sabido ou fora do Império, não prescrevem em tempo algum”.

(37) O Aviso n.º 166, de 27 de junho de 1855, era dirigido ao “Vice-Presidente da Província da Paraíba” e “Aprova a decisão que dera sôbre a dúvida oferecida pelo Promotor Público da 2.ª Comarca da mesma Província, declarando-lhe que a presença do réu no Distrito da culpa, para induzir a prescrição deve ser sem interrupção e cumpridamente pelo tempo que a lei prescreve — que ausentando-se o réu antes de preencher o têrmo da prescrição, o tempo de presença se presume como ausência — e deve ser computado como tal, e conforme a ausência fôr em lugar incerto ou sabido”.

A não se entender o art. 273 do Reg. e o Av. cit. desta maneira, seguir-se-á um absurdo; qual é o de ser a prescrição interrompida pela ausência de 24 horas que faça um réu, aliás de boa fé, do térmo do delito.

Ora não foi isto, decerto, que a lei teve em vista, quando determinou a influência que devia exercer a ausência do réu sôbre a prescrição.

Atendendo a que a ausência concorria para fazer esquecer o delito, e que por êsse meio os réus podiam fugir com facilidade à punição, a lei alongou o prazo à medida que a probabilidade do esquecimento se tornava maior.

Disto a fazer depender o prazo da prescrição de um acaso, de uma ausência momentânea feita pelo réu sem intenção de fugir à punição — há, decerto, uma grande diferença.

Concluo, pois, que só interrompe a prescrição a ausência por tempo que faça o réu perder o domicílio no térmo do delito.

Quanto à terceira dúvida:

Concordo com a opinião do Presidente, — sem a restrição que êle pretende estabelecer a respeito da loucura contínua.

Além do Aviso n.º 46, de 16 de fevereiro de 1854, (38) citado pelo Presidente, existe o Aviso n.º 133, de 14 de abril

(38) O Aviso n.º 46, de 16 de fevereiro de 1854, “Ao Presidente da Província da Ceará, resolve que “o juiz formador da culpa não é competente para tomar conhecimento das circunstâncias justificáveis dos crimes, ou para pronunciar, ou reformar a pronúncia em grau de recurso”.

Argumentava que “a apreciação da defesa e justificação dos crimes é da exclusiva competência do júri do fato — não podendo a jurisdição dos juizes formadores da culpa e dos juizes e Tribunais de recurso ir além do objeto que o art. 144 do Código do Processo determinou, isto é, a existência do crime e quem seja o delinqüente — sendo que ao contrário sem discussão plenária e regular, não preenchidos os térmos que a lei estabeleceu para o amplo conhecimento da verdade, muitos crimes ficariam impunes, e abafados pelo patronato e seriam com prejuízo da instituição do júri retiradas de sua competência e jurisdição”.

de 1858, (39) citado no Extrato. Ambos êsses Avisos são conformes à doutrina do art. 144 do Código do Processo Criminal; (40) doutrina que não pode sofrer restrição, sem que se altere profundamente a ordem do julgamento criminal.

Quanto à dúvida suscitada pelo Sr. 1.º Oficial, Dr. Varejão, a resposta me parece muito simples.

O Juiz de que trata o art. 12 do Cód. Criminal (41) é o Juiz das Execuções, a quem compete cumprir as Sentenças do Júri.

O Código, no art. 10, dispõe que os loucos não serão julgados como criminosos; mas, para que tenha aplicação o princípio é necessário que se reconheça a loucura, que ela seja declarada pelo Tribunal competente.

Nenhum fato jurídico é havido como existente por simples intuição, ou inspeção visual; carece de provas.

Logo que o Júri reconhece a loucura, todo o sumário da instrução fica sem nenhum efeito. O Tribunal não absolve,

(39) O Aviso 133, de 14 de abril de 1858, "Ao Presidente da Província do Rio Grande do Norte — Aprova a decisão dada pelo referido Presidente à consulta do Juiz Municipal da cidade de S. José, a respeito do Juízo ou Tribunal em que pode ser alegada e atendida a circunstância justificativa do art. 3.º do Código Criminal".

(40) Código do Processo Criminal, art. 144: "Se pela inquirição das testemunhas, interrogatório do indiciado delinqüente ou informações a que tiver procedido, o juiz se convencer da existência do delito e de quem seja o delinqüente, declarará por despacho nos autos que julga procedente a queixa ou denúncia e obriga o delinqüente à prisão nos casos, em que esta tem lugar e sempre a livramento".

(41) Estava assim redigido o art. 12 do Código Criminal: "Os loucos que tiveram cometido crimes serão recolhidos às casas para êles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao Juiz parecer mais conveniente".

Art. 10: "Também não se julgarão criminosos:

1.º *omissis*

2.º Os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e nêles cometerem o crime".

porque não houve crime, nem acusação; declara o indivíduo louco; e o Juiz de Direito faz aplicação do art. 10 cit. (42)

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 1859

José Martiniano de Alencar

EXTRATO (43)

“3.^a Seção — De Negócios e Benefícios Eclesiásticos.

O Vigário da Freguesia de São José da Paraíba, em Minas, representou a êste Ministério contra o Juiz Municipal Substituto daquele Têrmo, por haver despronunciado a um indivíduo de nome José Antônio de Azevedo, prêso e processado por tentativa de bigamia; e pede que seja de novo recolhido à prisão aquêle indivíduo, e responsabilizado o referido substituto do Juiz Municipal de Vila Leopoldina.

(42) Atualmente, regula o nosso Código de Processo Penal a última matéria do Parecer, do seguinte modo:

“Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos têrmos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

“Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração, o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2.^o do art. 149.

§ 1.^o O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2.^o O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença”.

Código Penal: “Art. 22. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento.

Parágrafo único — A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento.

(43) Vol. 20, fls. 129, ano 1860.

Mandado ouvir o mesmo Juiz pelo intermédio do Presidente da Província, informa êle que, “em sua opinião, o casamento entre nós é inquestionavelmente o sacramento do matrimônio, o qual só começa a efetuar-se no momento em que, presentes os contraentes, Pároco, etc., principia o Sacerdote a Cerimônia Religiosa”.

Os pregões, por conseguinte, as dispensas, etc., etc., que precedem o casamento não são mais que meros preparatórios para êsse ato”. — Os problemas, pois, pelo recorrente apresentados, pôsto revelassem a intenção de contrair casamento (o que já é efetivamente um mal moral) não constituem, contudo, o comêço de execução, de que essencialmente depende a tentativa punível, e nem saem da esfera dos atos preparatórios, que como tais estão fora do alcance da Justiça Criminal, a qual não se deve confundir com a Justiça Absoluta”.

Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, em 5 de dezembro de 1859”.

PARECER (44)

“O crime de Poligamia — define o art. 249 do Cód. Penal (45) — consiste no fato de contrair matrimônio segunda ou mais vêzes, sem se ter dissolvido o primeiro.

(44) Vol. 20, fls. 125-8, ano 1860.

(45) Reza o art. 249 do cit. Código Criminal: “Contrair matrimônio segunda, ou mais vêzes, sem se ter dissolvido o primeiro. Penas — de prisão com trabalho por um a seis anos, e de multa correspondente à metade do tempo”.

O art. 2.º e seu § 2.º, invocado do mesmo Código, estavam assim redigidos:

“Art. 2.º — Julgar-se-á crime ou delito:

“2.º — A tentativa de crime, quando fôr manifestada por atos exteriores e princípio de execução, que não teve efeito por circunstâncias independentes da vontade do delinqüente.

“Não será punida a tentativa de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de dois meses de prisão simples ou destêrro para fora da comarca”.

Não se pode contrair matrimônio, no Brasil, entre católicos, senão pela celebração do sacramento, como se vê do Concílio Tridentino — Sessão 24 — *Decreto de Reform. Matrimonii*.

É claro, pois, que a *execução* do crime de poligamia está na celebração do sacramento, quando subsiste ainda o vínculo do anterior.

Isto pôsto, e sendo um característico essencial da tentativa, na forma do art. 2.º § 2.º do Código Criminal, o *princípio de execução*: — me parece fora de dúvidas que não se pode dar — pela nossa legislação — tentativa de Poligamia, senão quando tiver começado a celebração do sacramento, e não se terminar por motivo independente da vontade do delinquente.

Os proclamas, como quaisquer outras formalidades exigidas pela Igreja ou pela lei civil para que os cônjuges se habilitem, são apenas atos preparatórios, como os classificou o Exmo. Presidente de Minas, e o Dr. Juiz Municipal de Vila Leopoldina: e nunca poderão ser considerados *princípio de execução* — como pretendeu o Dr. Diretor da 3.ª Seção.

A prova evidente de que êsses atos não são *princípio de execução* do matrimônio, é que o sacramento celebra-se e fica perfeito sem êles.

Demonstra-se:

O Cód. Criminal, arts. 247 e 248, (46) pune o eclesiástico que celebra e o cônjuge que contrai matrimônio clandestino: porém a lei não declara, nem o podia, a nulidade do matrimônio assim celebrado ou contraído.

Ao contrário, a lei eclesiástica, competente neste ponto, estabelece a sua validade. — *Panaetri dubitandum non est, clandestina matrimonia, libera contrahensium consensu facta, rata e vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non*

(46) Código citado:

“Art. 247. Receber o eclesiástico, em matrimônio, a contraentes, que se não mostrarem habilitados na conformidade das leis.

“Penas — de prisão por dois meses a um ano e de multa correspondente à metade do tempo”.

“Art. 248. Contrair matrimônio clandestino. Penas — de prisão por dois meses a um ano”.

fecit; et providè jure damnandi sint illi, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant... — Concílio Tridentino — Sessão 24 — Decret. de Reform. Matrimoni.

Se, pois, pode haver matrimônios clandestinos, matrimônios não precedidos de proclamas, — bons e válidos, como o declarou o Santo Concílio, impondo a pena de excomunhão dos que o contrário afirmassem; — é claro que êsses proclamas não se podem considerar *princípio de execução* do sacramento.

A Ciência do D. Criminal e a boa razão ensinam que não se pode qualificar de princípio de execução um fato sem o qual a execução se consuma; importaria isto a inversão da ordem natural.

Quando, porém, essa opinião não seja a melhor; ainda assim, não me parece que tenha havido prevaricação na intelligência dada pelo Juiz Municipal ao art. 2.^o § 2.^o do Cód. Criminal em uma questão em que os mais ilustres criminalistas discordam: sobretudo quando o recurso ao Juiz de Direito na forma do art. 438 § 3.^o e 4.^o do Reg. de 31 de janeiro de 1842 (47) estabelece um corretivo para êsses casos.

Uma interpretação menos exata não é, no sentido jurídico, um êrro; e não constitui o crime que o Cód. pune no art. 129 § 1.^o e 2.^o do Cód. (48).

(47) Regulamento n.^o 120, de 31 de janeiro de 1842 (Regula a execução da parte policial e criminal da Lei n.^o 261, de 3 de dezembro de 1841):

“Art. 438 — Os recursos dão-se:

3.^o — Do despacho que pronuncia ou não pronuncia, quando fôr proferido pelos juizes municipais, chefes de policia ou pelos juizes de direito nos crimes de responsabilidade.

4.^o — Do que sustenta ou revoga a pronúncia”.

(48) O art. 129 e os §§ 1.^o e 2.^o estavam assim redigidos:

“Art. 129 — Serão julgados prevaricadores os empregados públicos, que por afeição, ódio ou contemplação ou para promover interesse pessoal seu:

1.^o — Julgarem ou procederem contra a literal disposição da lei.

2.^o — Infringirem qualquer lei ou regulamento”.

Quanto aos inconvenientes que se pretende enxergar nessa inteligência do Código para a paz doméstica; êles são de natureza que a lei não pode prevenir; e que só tem corretivo na moralidade pública e individual.

Acresce que essa ampliação da tentativa, até compreender os atos preparatórios, destruiria a base do nosso D. Criminal.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1860.

José Martiniano de Alencar

CONSULTA (49)

“1.^a Seção

Ministério dos Negócios da Justiça

Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M. o Imperador há por bem que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, sendo V. Ex.^a o relator, consulte com o seu parecer sôbre o que no ofício junto ao do Presidente da Província de São Paulo, n.º 52, de 25 de fevereiro do ano passado, lhe comunicou o Juiz de Direito da Comarca de Constituição, por ocasião de não dever tomar conhecimento do recurso de apelação de uma decisão, pela qual o Juiz Municipal Suplente do Têrmo de Capivari julgou improcedente uma petição, que lhe fôra dirigida, para obrigar a assinar têrmo de bom viver a pessoa de sua jurisdição.

Deus guarde a V. Ex.^a.

João Lustosa da C. Paranaguá”

Sr. Visconde do Uruguai

PARECER (50)

“A praxe seguida no Juízo Crime da 1.^a Vara, me parece mais conforme a lei, do que a decisão dada pelo Juiz de Direito da Comarca de Constituição em São Paulo.

O art. 69 § 1.^o da lei de 3 de dezembro de 1841 e art. 438 § 1.^o do seu Regulamento é expresso, e não concede recurso senão *da decisão que obriga a termo de bem viver*. (51)

A lei não podia ser mais clara.

Acresce, porém, que nos §§ seguintes ela ainda melhor revela a intenção do legislador, mostrando que a restrição do § 1.^o não resultou de uma falta ou omissão, mas de regras adotadas para a brevidade do processo e garantia da sociedade.

Assim, o § 2.^o é restritivo como o § 1.^o; os §§ 3.^o e 4.^o são extensivos a ambas as decisões; o 5.^o, o 6.^o e o 7.^o são restritivos a uma só decisão.

(50) Vol. 20. fls. 631-4, ano 1860.

(51) *Termo de bem viver* — O art. 12 e § 2.^o do “Código do Processo Criminal do Império do Brasil”, executado com as instruções de 13 de dezembro de 1832, conferia aos juizes de paz competência para “Obrigar a assinar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbedos por hábito, prostitutas, que perturbam o sossego público; aos turbulentos, que por palavras ou ações ofendem os bons costumes, a tranqüilidade pública, e a paz das famílias”, e o art. 121 do aludido Código determinava o seguinte: O juiz de paz a quem constar que existe no respectivo distrito algum individuo em circunstâncias das que se acharão indicadas nos §§ 2.^o e 3.^o do art. 12, o mandará vir a sua presença com as testemunhas que souberem do fato; se a parte requerer prazo para dar defesa, conceder-se-lhe-á um improrrogável; e, provado, mandará ao mesmo indivíduo que assine termo de bem viver, em o qual se fará menção, na presença do réu, das provas apresentadas pró ou contra, do modo de bem viver prescrito pelo juiz e da pena cominada quando o não observe”.

“Quebrado o termo — dizia o art. 122 — “o juiz de paz, por um processo conforme ao que fica disposto no artigo antecedente, imporrá ao réu pena cominada, que será tantas vezes repetidas, quantas forem as reincidências”.

Se o legislador, pois, no § 1.º do art. 69 (52) tivesse em mente referir-se a qualquer decisão contrária ou favorável dada pelo Juiz em termo de bem viver, não diria no § 3.º — *da que pronuncia ou não pronuncia, sustenta ou revoga a pronúncia*; e nem diria no § 4.º — *da concessão ou denegação de fiança e seu arbitramento*.

Para que ser tão explícito nestes últimos §§, quando nêles devia dominar a mesma inteligência do § 1.º?

Para mim é incontestável que a letra combinada do § 1.º com a do § 3.º e 4.º obriga a interpretação restrita daqueles.

Demais, é princípio de direito que a lei é sempre restritiva em matéria de recurso. Tal princípio foi há pouco firmado pelo Govêrno, na decisão de uma dúvida proposta pelo Juiz de Direito da Comarca do Crato, Província do Ceará, a respeito de *Habeas-Corpus*.

No parecer que dei então, achava-se a resposta ao argumento da reciprocidade apresentado em favor de sua opinião

(52) O “art. 69, § 1.º, da Lei de 3 de dezembro de 1841 e art. 438 § 1.º do seu Regulamento” (Regulamento n.º 120, de 31 de janeiro de 1842), a que alude o Parecer tinham esta redação:

“Art. 69 — Dar-se-á recurso: § 1.º. Da decisão que obriga a termo de bem viver”...

“Art. 438. Os recursos dão-se: § 1.º. Da decisão que obriga a termo de bem viver”...

Para acompanhar-se, porém, com mais precisão, o raciocínio de Alencar, aliás muito seguro, parece conveniente transcrever, aqui, os §§ 2.º a 7.º do invocado art. 438, do cit. Regulamento:

“Art. 438. Os recursos dão-se:

§ 2.º — Da decisão que declara improcedente o corpo de delito.

§ 3.º — Do despacho que pronuncia, ou não pronuncia, quando fôr proferido pelos Juizes Municipais, Chefes de Polícia, ou pelos Juizes de direito nos crimes de responsabilidade.

§ 4.º — Do que sustenta ou revoga a pronúncia.

§ 5.º — Da concessão ou denegação da fiança e do seu arbitramento.

§ 6.º — Da decisão que julga perdida a quantia afiançada.

§ 7.º — Da decisão contra a prescrição alegada.

pelo Juiz de Direito Consultante e reproduzido pelo Juiz de Direito da 2.^a Vara desta Côrte.

A reciprocidade é regra na concessão dos recursos, quando as condições são perfeitamente iguais. Mas há casos em que isto não se dá, como sejam o *habeas-corpuz* e o têrmo de bem viver.

No *habeas-corpuz*, quando se concede a soltura, há, como explica o Sr. Pimenta Bueno nos seus Ap. sôbre o Pr. Criminal, 2.^a Parte, Cap. 17, uma contradição entre o ato do juiz que prende e a decisão do juiz que reconhece ilegal a prisão. Quando, porém, se nega a soltura, há, ao contrário, uniformidade entre os dois juizes; e, por conseguinte, presunção bem fundada da legalidade da prisão.

Daí, pois, exceção ao princípio da reciprocidade: — Recurso, e recurso “*ex-officio*”, da decisão que concede soltura, e nenhum recurso da decisão que denega.

O mesmo se dá no têrmo de bem viver. A decisão que obriga, coage a liberdade individual, e, por conseguinte, exige um remédio pronto, qual é o recurso do art. 69, § 1.^o, da lei. A decisão que julga improcedente não está no mesmo caso: não há coação da liberdade individual, e os direitos que podem ser ofendidos ficam sob a salvaguarda da autoridade, enquanto o Tribunal Superior não julga. A apelação, portanto, foi considerada suficiente para êsse caso.

Não há, pois, na diversidade de recursos de uma decisão conforme ela é contrária ou favorável, o absurdo que enxergou o Dr. Juiz de Direito da 2.^a Vara. Exemplos dessa diversidade se encontram em nossa legislação civil e criminal e nas legislações estrangeiras.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro 1860.

José Martiniano de Alencar

CONSULTA (53)

“Ministério dos Negócios da Justiça
Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M., o Imperador, há por bem que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, sendo V. Ex.^a o relator, consulte com o seu parecer sobre a inclusa petição de graça, em que o réu Januário Pereira dos Anjos pede perdão da pena de morte, a que foi condenado, e a comutação na de prisão simples por vinte anos, pelos motivos que alega.

Deus guarde a V. Ex.^a.

João Lustosa da C. Paranaguá

Sr. Visconde do Uruguai”

PARECER (54)

“Petição de Januário Pereira dos Anjos

Recurso de Graça (55)

Não tenho, pelo que respeita ao resumo das provas dos autos, nada a dizer em vista do luminoso relatório apresentado pelo Sr. Desembargador Manuel de Jesus Valdetaro.

Quanto à falta de formalidades substanciais do processo, argüida pelo ilustrado Relator, farei algumas considerações.

(53) Vol. 20, fls. 362, ano 1860.

(54) Vol. 20, fls. 467-471, ano 1860.

(55) Atualmente, no direito vigente brasileiro, a *graça* é considerada como uma das causas de extinção da punibilidade (Código Penal, art. 108, II). É ato de clemência da atribuição do Presidente da República, que pode ser expedido por iniciativa dêste ou a pedido, mediante petição, do condenado, do Conselho Penitenciário, do Minis-

Notou, em primeiro lugar, o digno Relator, a falta da entrega da cópia do libelo e rol das testemunhas, como determina o art. 255 do Código do Processo e art. 341 do Regulamento de 31 de janeiro de 1842.

tério Público ou de qualquer pessoa do povo (Código de Processo Penal, art. 734).

A matéria está assim regulada pelo citado Código do Processo Penal.

“Art. 735 — A petição de graça, acompanhada dos documentos com que o impetrante a instruir, será remetida ao Ministro da Justiça por intermédio do Conselho Penitenciário.

“Art. 736 — O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido.

“Art. 737 — Processada no Ministério da Justiça, com os documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição subirá a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se êle o determinar.

“Art. 738 — Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena”.

O “recurso de graça”, a que se refere o Parecer, foi assegurado pela “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824 (Art. 101, § 8.º). Segundo o dispositivo constitucional:

“O Imperador exerce o Poder Moderador:

VIII — Perdoando e moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença”.

Estava o assunto regulamentado pela lei de 11 de outubro de 1826, e complementado por diversos avisos.

À época do parecer, esgotados os recursos normais e intimado o réu da sentença, tinha êle o prazo de oito dias para encaminhar a sua *petição de graça* à Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, por intermédio do Presidente da Relação, quando o caso tivesse sido objeto de apelação para aquêlê Tribunal, ou, não havendo tal recurso, por intermédio do juiz de direito que tivesse presidido o júri, na Côrte, diretamente, ou por intermédio dos presidentes, nas províncias.

Quer quando o pedido fôsse remetido pelo relator do processo, quer pelo juiz de direito, devia ser acompanhado de um relatório discrimi-

De feito, essa formalidade é substancial do processo criminal, porque constitui uma das garantias do direito de defesa. As leis inglesas — (Blackst. liv. 4.^o, cap. 27), o Código Francês — arts. 241 e 305 e a Nova Reforma Judiciária de Portugal, arts. 1.106 § 1.^o e 2.^o, 1.007 § 2.^o e 1.114 são, como observa o Sr. Pimenta Bueno, conformes à nossa legislação.

As leis inglesas levam o rigor a êste ponto: que antes dos debates o Escrivão pergunta ao réu se lhe foi entregue a lista dos jurados e cópia do auto de acusação; e se êle responde negativamente, suspende-se o processo e examina-se se com efeito houve tal omissão. (*P. Bueno — Ap. do Pr. Criminal — Parte 3.^a — cap. 12.*)

É claro, porém, que cessando a razão da lei, que tendo o seu pleno conhecimento do processo, do libelo, do depoimento das testemunhas e de tôdas as peças da acusação, aquela formalidade exigida pelo artigo 255 do Cód. do Processo e 341 do Reg. de 1842 deixa de ser substancial, e não produz a sua falta a nulidade da decisão do Júri e da Sentença. (56)

É o êrro que se dá no processo junto.

nativo do caso, feito por um ou outro e da informação ou parecer do presidente da Relação ou de província.

Esgotado o prazo, sem a *petição de graça* seria isso certificado e a cópia da sentença, igualmente, com relatório, encaminhada nos termos acima para a consideração do Poder Moderador.

Eis por que o Parecer supra se refere ao “relatório apresentado pelo Sr. Desembargador Manuel de Jesus Valdetaro”.

(56) É notável o senso jurídico de Alencar no trato da questão de nulidade, aventada pelo Relator. Seu parecer constitui um passo avançado no sistema das nulidades, e em progresso para a mentalidade formalística daquela época.

É atualíssimo e se enquadra perfeitamente ao sistema da prejudicialidade e da finalidade da lei, aceito pelo vigente Código do Processo Penal brasileiro, (art. 563. “Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Art. 572. As nulidades previstas no Art. 564, III, letras *d* e *e* segunda parte, *g* e *h* e no IV, considerar-se-ão sanadas: I — se não forem arguidas, em tempo oportuno; II — se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III — se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos”).

O réu, depois de condenado no primeiro Júri, a cujos debates assistiu com o seu defensor, protestou por novo julgamento, e foi ainda condenado, confirmando a Relação a Sentença proferida.

Se, pois, houve omissão da formalidade substancial da entrega da cópia do libelo e rol das testemunhas no primeiro julgamento, essa omissão ficou sanada com o segundo julgamento, para o qual a entrega da cópia do libelo e rol de testemunhas ao réu, seria uma superfluidade.

Em segundo lugar, notou o digno Relator que o primeiro quesito não foi conforme ao libelo, segundo dispõe o art. 59 da lei de 3 de dezembro, e que o Juiz errou na aplicação da pena.

Concordo com o Relatório que houve má redação no primeiro quesito, mas afasto-me da sua opinião quanto ao êrro na aplicação da pena.

A confusão que se poderia originar da redação do primeiro quesito desaparece pela combinação dêsse com os outros. Com efeito, se pela palavra *ajudar a matar* parece que o Júri decidiu haver apenas cumplicidade, pela resposta aos outros quesitos se conhece que o Tribunal declarou o réu autor.

O Juiz perguntou e o Júri respondeu aos 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e 9.º quesitos — *o réu cometeu o crime*.

Ora, o crime de que se trata não é, por certo, o de *ajudar a matar* que não está classificado em artigo algum do Código, mas sim o crime de morte em que o réu tomou parte ativa e direta.

Prescindindo, pois, de longas questões sobre a teoria criminal da cumplicidade, me parece que a dúvida se resolve mesmo pela disposição da lei.

O Júri reconheceu pelas suas respostas que o réu cometera o crime de morte, e o Cód. Criminal, art. 4.º, considera como autor — *os que cometerem, constrangerem ou mandarem alguém cometer crimes*.

Reconheço com o ilustrado Relator, como já disse, que a redação dos quesitos foi má; porém, desde que a intenção do

Tribunal se revela claramente, me parece que não se deve ser demasiado severo naquilo que não importa ofensa às garantias concedidas por lei, sob pena de inutilizar todos os julgamentos do Júri no interior do país, onde a civilização não está adiantada. A relação que confirmou a Sentença foi neste ponto da minha opinião.

Por tôdas estas razões, sou de parecer que a pena última imposta ao réu deve ser comutada na de galés perpétuas (57) porque ainda admitida a opinião do digno Relator a respeito da cumplicidade, seria essa a pena que, à vista dos arts. 34 e 35 do Cód. e circunstâncias agravantes reconhecidas pelo Júri, devia o Juiz aplicar.

O Supremo Poder Moderador decidirá em sua alta sabedoria.

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 1860.

José Martiniano de Alencar**

CONSULTA DA PRESIDÊNCIA DA PROVINCIA DE MINAS GERAIS (58)

- 1.^a Pergunta: — Quem deve proceder a liquidação da multa e comutação da pena, a que está sujeito o escravo?
- 2.^a Pergunta: — Como deve fazer-se a liquidação e comutação?
- 3.^a Pergunta: — Quem é obrigado ao sustento e vestuário do escravo?

(57) Opinando, finalmente, pela comutação da pena de morte na de galés perpétuas, revela Alencar o seu espírito humanitário, que se deixa descobrir em todos os pareceres que deu em pedidos dessa espécie.

(58) Vol. 20, fls. 153, ano 1860.

PARECER (59)

"Offício da Presidência do Rio de Janeiro
Comutação em açoites

A Seção de Justiça do Conselho de Estado consultou ultimamente sôbre uma questão idêntica.

O Juiz de Direito de uma comarca em Minas deixou de comutar na sentença a pena de multa imposta a um escravo, na forma do artigo 60 do Cód. Criminal.

A Sentença passou em julgado, e suscitou-se a dúvida na ocasião de dá-la à execução nessa parte da multa.

Opinou a Seção, se não me engano, que o Juiz da execução, depois de liquidada a multa e reduzida à prisão, firme a comutação em açoites.

Não sei se essa Consulta já foi resolvida, mas, em todo o caso, com a Imperial Resolução que fôr tomada sôbre ela, deve decidir-se a presente dúvida. (60)

Rio de Janeiro, 26 de março de 1860.

José Martiniano de Alencar

CONSULTA (61)

"Juízo de Direito de Campo-Maior — Barras, 17 de janeiro de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

O artigo 10, no § 1.º do Código Penal, diz que não se julgarão criminosos os menores de 14 anos. Estará neste

(59) Vol. 20, fls. 161, ano 1860.

(60) Ver o parecer de 20 de setembro de 1859 e as notas 23 a 28.

(61) Vol. 21, fls. 169, ano 1860.

caso o menor de 17 anos? E sendo êste maior de 14 anos, e menor de 17, e provando-se que, em verdade, cometeu aquêlê crime; e não se seguindo o casamento, e nem se efetuando o dote, qual a pena que lhe deve ser imposta, à vista do artigo 18, § 10, *in-fine*, do dito Código Penal? Peço a V. Ex.^a que se digne levar ao conhecimento do Govêrno de S. M. o Imperador, estas dúvidas, para que, resolvidas elas, fique estabelecida uma prática regular em ordem que não se favoreça o crime, e nem se puna o inocente.

Deus guarde a V. Ex.^a

Ilmo. e Exmo. Sr. Doutor Diogo Velho Cavalcanti d'Albuquerque, Digno Presidente desta Província — Filipe Alves de Carvalho”

RESOLUÇÃO DO PRESIDENTE DA PROVÍNCIA DO PIAUÍ (62)

“Em resposta, cabe-me dizer-lhe que são tão claras e positivas as disposições do Código acêrca dêsses dois pontos, que basta a sua estrita observância para resolvê-las. Entretanto, declaro o seguinte:

Quanto ao 1.^o: — Sendo o § 1.^o do art. 10 concebido em têrmos genêricos, não há fundamento jurídico para uma exceção repugnante com a razão filosófica de sua disposição — que é a falta de discernimento, e consequentemente de má fé, elemento essencial de todo o crime (Código, art. 3.^o) presumida no menor de 14 anos — e portanto nenhuma limitação pode sofrer o referido § 1.^o, além da que já se acha consignada no artigo 13.

Quanto ao 2.^o: — Há confusão ou equívoco na exposição da dúvida, e para facilitar a resposta, cumpre prêviamente estabelecer que em face do art. 219 do Código, o pagamento

do dote não exime o delinqüente de sofrer a pena de destêrro: só o casamento produz semelhante efeito. Isto pôsto, basta uma simples combinação das Disposições applicáveis do Código para resolver a consulta. Se o Juiz entender de justiça atenuar a pena de conformidade com o art. 18, § 10, última parte, deve primeiramente calcular o grau respectivo, em vista das agravantes ou atenuantes reconhecidas, e depois fazer a redução prescrita pelos arts. 34 e 35, quanto ao tempo de destêrro: quanto ao dote, estabelecido por favor à ofendida, em substituição da multa com que, em outros casos, o Código aumenta as penas corporais, nenhuma modificação em relação ao grau delas manda o mesmo fazer; e assim deve, em tempo, ser integralmente liquidado, segundo o processo marcado no Regulamento n.º 595, de 18 de março de 1849.”

PARECER (63)

“Bem resolveu o Presidente da Província do Piauí as dúvidas propostas pelo Juiz de Direito de Campo-Maior.

À vista do art. 10, § 1.º, do Código Criminal, (64) o menor de 14 anos não é considerado delinqüente; e só pode ser-lhe aplicada uma pena correccional no caso do art. 13. (65)

O maior de 14 anos e menor de 17 sofre as penas do crime que cometer, feita a redução do art. 18, § 10. (66)

(63) Vol. 21, fls. 165-6, ano 1860.

(64) Código Criminal:

“Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1.º Os menores de quatorze anos.”

(65) “Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos”.

(66) Código citado:

“Art. 18. São circunstâncias atenuantes dos crimes:

1.º a 9.º. *Omissis*.

10.º Ser o delinqüente menor de vinte e um anos. Quando o réu fôr menor de dezessete anos e maior de quatorze, poderá o juiz, parecendo-lhe justo, impor-lhe as penas da cumplicidade”.

Parece-me, porém, que a dúvida do Juiz de Direito versa sobre o seguinte ponto:

— Se as disposições do art. 10, § 1.º, e art. 18, § 10, são applicáveis ao dote?

Os arts. 219, 220, 221, 222, 226 e 227 incluem na pena imposta aos delitos de que tratam, — a obrigação de dotar a ofendida. Logo, essa parte da penalidade fica sem efeito em relação ao menor de 14 anos, e deve ser reduzida no maior dessa idade e menor de 17 anos.

Tal foi naturalmente o raciocínio que provocou as dúvidas propostas: dúvidas que desaparecem com a verdadeira interpretação da lei.

A obrigação de dotar, no crime de estupro e rapto, não é uma pena, nem elemento de pena: é uma satisfação especial exigida pela natureza do delicto, satisfação que regula como qualquer outra pelos princípios gerais do nosso Código Criminal a respeito dessa reparação do mal causado pelo delinquente.

Ora, a respeito do menor de 14 anos o art. 11 do Cód. é expresso:

“Pôsto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens, contudo, serão sujeitos à satisfação do mal causado.”

Quanto ao maior de 14 anos e menor de 17, está claro que não sendo obrigado de dotar uma pena, a redução que possa fazer o Juiz de conformidade com o art. 18, § 10, não afeta a satisfação, que deve ser completa.

Rio de Janeiro, 9 de maio de 1860.

José Martiniano de Alencar.”

CONSULTA (67)

1.^a Seção

Ministério dos Negócios da Justiça
Rio de Janeiro, 30 de agosto de 1860.

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M., o Imperador, há por bem que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, sendo V. Ex.^a relator, consulte com o seu parecer sôbre o incluso requerimento, em que o réu João dos Anjos pede perdão, ou commutação da pena de morte, a que foi condenado pelo Júri da Vila do Curvelo, na Provincia de Minas Gerais.

Deus guarde a V. Ex.^a

João Lustosa da C. Paranaguá”

EXTRATO (68)

“João dos Anjos, condenado à pena última pelo Júri da Vila do Curvelo, tendo sido a sentença confirmada por Acórdão da Relação de 14 de fevereiro do corrente ano, pede a S. M. o Imperador a graça de perdoar-lhe ou minorar semelhante pena. Alega que é a primeira vez que a adversidade o colocou no número dos réus, e que sendo menor de vinte e um anos, não pode, contudo, por se achar recluso e sem meios, apresentar a sua certidão de batismo.

O Desembargador Relator do processo expõe que o réu foi processado no mês de março do ano passado por ter assassinado com um tiro de pistola a Francisco Freitas Chaves, morador no Curvelo; que se inquiriram oito testemunhas, tendo sido pronunciado e sustentada a pronúncia no artigo 192, do Código Penal.

(67) Vol. 22, fls. 134, ano 1860.

(68) Vol. 22, fls. 137, ano 1860.

O réu confessou o seu crime e declarou que há muito tinha rixa com o assassinado.

As testemunhas não presenciaram o fato, porém tôdas são concordes e afirmam ser o réu o autor do delicto, sendo prêso com a pistola descarregada.

Apesar das provas existentes, o Juiz Relator propôs que o réu fôsse submetido a novo julgamento pelos seguintes motivos:

Sendo o réu menor de 21 anos e tendo sido representado por seu Curador, êste não assinou o interrogatório, e sim duas testemunhas. Sôbre o quesito da premeditação, não se fêz a pergunta: — se entre o desígnio e a ação decorreram mais de vinte e quatro horas. A circunstância do § 14 do artigo 16 do Código — entrada em casa alheia — é só confirmada pela cúmplice Raimunda, absolvida pelo mesmo delicto. A do § 17 foi negada, houve só a do § 14, que sendo suficiente para levar a pena ao artigo 192 não estava suficientemente provada.”

PARECER (69)

“Entendo que o réu é merecedor da comutação da pena de morte na de galês perpétuas (70); não porque a circunstância da menoridade parece exata, como porque a prova,

(69) Vol. 22, fls. 136, ano 1860.

(70) Eram penas previstas no Código Criminal do Império: a morte na fôrça, galês perpétuas e temporárias, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degrêdo, destêrro, multa e açoite.

O condenado à morte era conduzido “pelas ruas mais públicas, até a fôrça”, acompanhado do juiz, do escrivão e da fôrça militar requisitada, precedendo ao acompanhamento o porteiro que ia lendo a sentença em voz alta.

Os corpos dos enforcados podiam ser entregues aos interessados, com a condição de não serem enterrados com pompas, sob pena de prisão por um mês a um ano.

A “mulher prenhe” não podia ser julgada, nem executada, senão, quarenta dias depois do parto.

Os condenados a galês estavam sujeitos a andar com calcêta na pé e corrente de ferrc e a trabalhos públicos, onde tivessem cometido

tanto do fato como das circunstâncias agravantes do art. 192, não é suficiente para justificar uma condenação à pena última. (71)

O Supremo Poder Moderador resolverá.

Rio, 29 de agosto 1860.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (72)

“Conquanto o réu Policarpo José Inácio não usasse do recurso de revista, nem da petição de graça, como lhe é permitido pela legislação vigente; em virtude do art. 1.º do Decreto n.º 1.458, de 14 de outubro de 1854, vou depositar nas Augustas Mãos de Vossa Majestade Imperial o relatório feito pelo Desembargador Juiz do processo, e o traslado com que é instruído, a fim de que Vossa Majestade Imperial possa, com conhecimento de causa, fazer uso da Alta Prerrogativa de Perdoar ou Minorar as penas aos réus, que se acham em tais circunstâncias.

Vê-se da Sentença do Júri que tendo o crime sido revestido de circunstâncias agravantes, que collocaram o réu sob as penas do artigo 192 do Cód. Crim., foi êle, à vista das provas,

o delicto. A prisão com trabalho obrigava a êste, no recinto das prisões.

O condenado à pena de banimento perdia “os direitos de cidadão brasileiro” e ficava privado perpétuamente de habitar o território do Império. Se regressasse ao Brasil seria condenado à prisão perpétua.

Pela pena de degrêdo, obrigava-se o réu a residir no lugar destinado pela sentença durante o tempo nesta fixado, não podendo êsse lugar estar situado na comarca em que residisse o ofendido.

O destêrro importava na expulsão do réu “dos têrmos dos lugares do delicto, da sua principal residência e da principal residência do ofendido” pelo tempo marcado na sentença.

(71) No caso objeto do Parecer, o réu havia sido condenado à morte, opinando Alencar pela substituição da pena imposta pela de galês perpétuas.

(72) Vol. 22, fls. 47-8, ano 1860.

condenado à pena última, grau máximo do mencionado artigo, e esta Sentença confirmada pelo Tribunal da Relação, que não julgou faltas para anular o processo as constantes do Officio do Desembargador Promotor da Justiça à fôlha 48.

Que o crime se acha plenamente provado não há dúvida, à vista do sumário, e da própria confissão do réu, cuja coartada de não ter a intenção de matar a paciente não se manifesta senão do seu próprio dito; e as faltas apontadas pelo Desembargador Promotor da Justiça parece que não deviam trazer a nulidade do processo, por se ter observado tudo quanto era essencial, quer na formação da culpa, quer no procedimento do Júri.

Vossa Majestade Imperial, porém, tomando em consideração todo o expendido, resolverá com a costumada Sabedoria e Justiça.

Deus guarde a Pessoa de Vossa Majestade como havemos mister.

Maranhão, 22 de março de 1860.

O Conselheiro Joaquim Vieira da Silva e Sousa
Pres. da Prov. do Maranhão”

PARECER (73)

“Entendo que houve demasiada severidade na condenação.

Das circunstâncias agravantes, mencionadas no art. 192, deu-se unicamente a do art. 16, § 14. Essa circunstância, porém, depende do *intento de cometer o crime*, ou na premeditação.

Ora, nos autos não está provada cabalmente a premeditação; ao contrário do depoimento das testemunhas se induz que o réu tencionava matar o sobrinho da assassinada, e não ela.

Por estas razões, e pelas irregularidades apontadas à fl. 48 pelo Desembargador Promotor, com quem concordou o

(73) Vol. 22, fls. 45, ano 1860.

Relator do Feito, me parece de equidade a comutação na pena imediata — de galés perpétuas. (74)

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 1860.

J. M. de Alencar”

(74) Sobre a “petição de graça” referida na consulta, ver as observações 1.^a, 2.^a e 4.^a do Parecer 37.

Na consulta presente, porém, registra-se um caso em que a parte interessada deixou fluir o prazo, sem solicitar a clemência do Poder Moderador. Ainda assim, como se explicou ali, o caso devia ser afeto a esse Poder e a pena de morte foi comutada na de galés perpétuas.

O *recurso de revista*, também mencionado na consulta, foi assegurado na Constituição Imperial: “Art. 164. A este tribunal compete: § 1.^o. Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar”. A lei de 18 de setembro de 1828 (“cria o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições”), estabelecia, no art. 5.^o: “Ao Tribunal compete:

§ 1.^o Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que esta lei determina”, e, no art. 6.^o: “As revistas somente serão concedidas nas causas cíveis, e crimes, quando se verificar um dos dois casos: manifesta nulidade, ou injustiça notória nas sentenças proferidas em todos os juízos em última instância”. No crime, a revista tinha efeito suspensivo, quando a pena fôsse de morte, degrêdo ou galés.

O Código de Processo Criminal do Império aludia ao recurso de revista, nos arts. 295 e 306. A Lei n.^o 261, de 3 de dezembro de 1841, restringiu a sua interposição ao caso do art. 89. O Reg. n.^o 120, de 31/1/1842, no art. 464 limita-se a dizer que o recurso “é só permitido nos casos restritos especificados no art. 89 da lei de 3 de dezembro de 1841; e a respeito de sua interposição e expediente se observarão as disposições da lei de 18 de setembro de 1828, decreto de 20 de dezembro de 1830 e mais legislação em vigor”.

Como se observou a *petição de graça* só era interposta depois de esgotados todos os recursos.

Tal recurso, todavia, não corresponde ao atual “recurso de revista” previsto no art. 853 do Código de Processo Civil: “Conceder-se-á recurso de revista às Câmaras Cíveis Reunidas nos casos em que divergirem em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado também final, das Câmaras Reunidas”.

CONSULTA (75)

“Dúvidas a respeito da marcha de alguns processos criminaes.

O Juiz de Direito da 1.^a Vara Crime, remetendo os mapas dos trabalhos da 5.^a Sessão do Júri desta Côrte, apresenta as seguintes dúvidas:

1.^a — Qual a intelligência que se deve dar ao art. 38, § 2.^o, da lei de 3 de dezembro ou art. 301, § 3.^o, do regulamento de 31 de janeiro confrontados com as disposições do art. 74, § 1.^o, do Cód. do Processo e art. 222 do citado regulamento. O pronunciado em crimes meramente particulares, em que não foi prêso em flagrante e cujas penas consideradas conjuntamente excedem as indicadas no dito art. 301, § 1.^o, por exemplo — o furto e o dano com circunstâncias agravantes, não tem fiança; mas se o queixoso desistir ou fôr lançado da acusação, ficará perempta a ação ou passará esta à Justiça?

2.^a — Os processos anteriores ao Decreto n.^o 1.090, de 1.^o de setembro do corrente ano, e que se acham em têrmos de serem apresentados ao Júri e por êste julgados, devem ficar peremptos, não tendo sido os réus presos em flagrante, e não havendo autores?”

PARECER (76)

“Quanto à primeira dúvida, que não resolve o aviso de 27 de abril de 1853 (77) e antes deixa suspensa, entendo que

(75) Vol. 25, fls. 387, ano 1862.

(76) Vol. 25, fls. 382-3, ano 1862.

(77) O aviso de 27 de abril de 1853 foi dirigido — “Ao Presidente da Província de S. Paulo, solvendo seguintes dúvidas propostas pelo Subdelegado de Polícia de Morretes: 1.^a qual o modo de proceder relativamente à condenação de custas, no caso de ser apresentada pelo Promotor Público denúncia, por crime de ferimento leve, com a qualificação do art. 201 do Código Criminal; 2.^a se deve ser considerado miserável para êstes casos o escravo cujo senhor não quer perse-

a exceção do art. 38, § 2.º, da lei de 3 de dezembro (78) art. 301, § 3.º, do seu Reg., desaparece e caduca desde que um ou ambos os crimes conjuntos se extinguem pela desistência da parte.

Já não há possibilidade da pena que supõem os artigos citados; desapareceu a ficção jurídica do crime inafiançável formado de dois crimes conjuntos, embora separadamente afiançáveis: a razão, e a base da exceção, cessaram.

Nem uma aplicação mais pode ter desde êsse momento a disposição do art. 74, § 1.º, do Cód. do Processo Criminal (79) e art. 222 do regulamento de 31 de janeiro 1842, ao caso vertente. Já não existe, já caducou pela desistência o crime inafiançável que *ex-vi* daquelas disposições devia ter procedimento oficial.

guir o agressor; 3.ª o que cumpre fazer, se depois de apresentada a queixa, pelo ofendido, pelos crimes mencionados, houver desistência ou perdão”.

Diz o Aviso, “quanto ao 3.º, que cumpre julgar a desistência ou perdão por sentença” e mandar dar vista dos autos ao Promotor Público para prosseguir nos termos do processo, se para isso houver fundamento legal”.

(78) Art. 38 da Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841: “Além dos crimes declarados no artigo 101 do Código do Processo, não se concederá fiança:

§ 2.º Aos que forem pronunciados por dois ou mais crimes, cujas penas, pôsto que a respeito de cada um dêles sejam menores, que as indicadas no mencionado artigo 101 do Código de Processo, as igua-lem, ou excedam, consideradas conjuntamente.

O § 3.º do art. 301 do Regulamento n.º 120, de 31 de dezembro de 1842, reproduziu o § 2.º do art. 38 da citada Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841.

(79) Art. 74, § 1.º, do Código de Processo Criminal:

“Art. 74. A denúncia compete ao Promotor Público e a qualquer do povo:

§ 1.º Nos crimes que não admitem fiança”.

O Reg. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, declarava: “Nos casos em que o Promotor incumbe denunciar incumbe igualmente promover a acusação e todos os termos do processo, nos quais, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido”.

Esse só pode intervir ainda se dos crimes conjuntos, um fôr daqueles, que por sua natureza pública a lei incumbem à ação da justiça, sem iniciativa da parte; e que embora se torne afiançável pela disjunção não deixa contudo de ser um crime público.

Quanto à segunda questão me parece ponto já resolvido em nossa legislação — Reg. de 2 de fev. 1842 (80) — e já declarado por este Ministério sobre a hipótese agora vertente; — que as leis de processo desde o momento da sua execução apreendem as causas pendentes, sem que por isso se tornem retroativas. É essa, além disso, a doutrina sã da melhor jurisprudência, nem somente seguida pelos escritores franceses, mas geralmente pelos comentadores do direito.

Rio, 20 de setembro de 1861.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (81)

“1.^a Seção

Ministério dos Negócios da Justiça
Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 1862.

Ilmo. e Exmo. Sr.

S. M., o Imperador, há por bem que a Seção de Justiça do Conselho de Estado, sendo V. Ex.^a relator, consulte com seu parecer sobre a matéria, de que trata o Juiz Municipal da Capital da Província do Ceará no officio de 15 de junho de 1859, junto ao do Presidente da mesma Província, de 17 de fevereiro de 1860, 1.^o — se as expressões “ofensas físicas leves”, de que trata o artigo 5.^o da lei de 26 de outubro de 1831, comprehendem o crime previsto no art. 206 do Cód. Crim.;

(80) O Reg. de 2 de fevereiro de 1842, a que se refere Alencar, é o Decreto n.^o 122, que “Contém disposições provisórias para a execução da Lei n.^o 261, de 3 de dezembro de 1841”.

(81) Vol. 25, fls. 358, ano 1862.

2.º — qual o sistema a seguir-se na imposição, e redução da pena de dote, de que tratam os arts. 219 e seguintes do mesmo Código, caso seja o ofensor pobre, e portanto impossibilitado de satisfazê-lo.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Francisco de Paula de N. Saião Lobato”

PARECER (82)

“A primeira dúvida me parece resolvida pelo aviso de 30 de julho de 1844 (83) e pelo decreto de 1.º de setembro de 1860. (84)

A segunda foi perfeitamente esclarecida pelo parecer do Dr. Juiz de Direito da Capital.

(82) Vol. 251 fls. 359, ano 1862.

(83) O aviso de 30 de julho de 1844 — “Ao Presidente da Província do Rio de Janeiro, resolvendo várias dúvidas, cuja solução êle solicitara “houve por bem declarar que se faça constar ao referido juiz, o seguinte: 1.º que a lei de 26 de outubro de 1831, sendo um verdadeiro aditamento ao Código Criminal, ainda não foi revogada nas suas disposições penais, para que deixe de ser observada, havendo somente sofrido a alteração relativa ao modo de proceder, alteração a que darão lugar as disposições do Código de Processo Criminal e a lei de 3 de dezembro de 1841, com a nova organização judicial, que estabelecerão; 2.º que as ofensas físicas leves, de que trata o art. 5.º da referida lei de 26 de outubro de 1831, se poderão bem classificar, quando fôr preciso para a imposição das penas, sob as disposições do art. 201 na segunda parte e do art. 206 do Código Criminal; 3.º que as disposições do art. 78 da lei de 3 de dezembro de 1841 e do art. 450, § 1.º do regulamento de 31 de dezembro de 1842, são especialmente relativas às sentenças definitivas dos juizes municipais, delegados e subdelegados, nos casos em que lhes compete o julgamento final, isto é, às sentenças de condenação ou absolvição dos crimes de contrabando e daqueles de que anteriormente conheciam e julgavam definitivamente os Juizes de Paz, na conformidade do art. 12, § 7.º, do Código de Processo Criminal e por conseguinte não deixam lugar a alguma dúvida, não podendo em quaisquer outros casos occorrentes fazer-se uso de recurso que não seja decretado pela lei”.

(84) O decreto de 1.º de setembro de 1860, a que o Parecer se refere, é o de n.º 1.090 que “Providencia sobre o processo por crimes de furto de gado vacum, cavalari e outros”.

Sendo o dote uma verdadeira satisfação do mal especial causado pelos delitos de que tratam os artigos 219 e outros do Código Criminal; o meio de torná-lo efetivo é o do art. 68 da lei de 3 de dezembro de 1841, (85) explicado pelo aviso de 18 de outubro de 1854 (86) recorrendo-se, no caso de deficiência do réu para pagamento do dote, ao remédio do art. 32 do cit. Código. (87)

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 1861.

J. M. de Alencar”

Seu art. 2.º estabelecia: “Também terá lugar o procedimento oficial da justiça nos crimes seguintes:

§ 3.º Injúrias e calúnias não impressas, ameaças, *ferimentos*, ofensas ou violências qualificadas criminosas por lei, contra empregados públicos, sòmente em atos de exercício de suas funções, quer o delinqüente seja prêso em flagrante, quer não”.

O art. 5.º da lei de 26 de outubro de 1831, mencionado na consulta, tinha a seguinte redação: “*As ofensas físicas leves*, as injúrias e calúnias não impressas e as ameaças, reputar-se-ão crimes policiais e como tais serão processados”.

(85) Art. 68 da lei de 3 de dezembro de 1841: “A indenização em todos os casos será pedida por ação civil, ficando revogado o artigo 31 do Código Criminal e o § 5.º do artigo 269 do Código de Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sòbre a existência do fato e sòbre quem seja o seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime”.

(86) O aviso de 18 de outubro de 1854 tem o número 183 e compreende uma “circular” — “Aos Presidentes das Províncias, declarando que a jurisdição civil é competente para a execução da sua sentença, sòbre a indenização do dano proveniente de delito, se o réu tem bens para serem executados; e, no caso de verificar-se que êle não possui bens ou que êstes são insuficientes para a execução, compete ao juiz das Execuções Criminais reduzir a satisfação do dano à prisão.

(87) Código Criminal do Império:

“Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinqüente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assinados, será condemnado à prisão com trabalho pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação.

“Esta condenação, porém, ficará sem efeito, logo que o delinqüente ou alguém por êle satisfazer ou prestar fiança idônea ao pagamento em tempo razoável, ou o ofendido se der por satisfeito”.

CONSULTA (88)

“O Juiz Municipal substituto do Têrmo da Barbalha consultou ao Presidente da Província, se havendo o Promotor Público, ou qualquer do povo, nos casos do art. 73 do Cód. do Processo intentado queixa, por ser o ofendido pessoa miserável, é admissível ou não a desistência dêste para o fim de se não prosseguir nos têrmos interiores do processo.”

PARECER (89)

“Se pelo art. 67 do Código Criminal (90), como muito bem ponderou o Exmo. Sr. Conselheiro Diretor-Geral, o per-

(88) Vol. 24, fl. 596, ano 1862.

(89) Vol. 24, fls. 599, ano 1862.

(90) Interessante é a questão resolvida por Alencar. O art. 67 do Código Criminal do Império está assim redigido: “O Perdão do ofendido antes, ou depois da sentença, não eximirá das penas em que tiverem, ou possam ter incorrido, aos réus de crimes públicos, *ou dos particulares, em que tiver lugar a acusação por parte da justiça*”.

O Código de Processo Criminal, no capítulo que tratava “da queixa e da denúncia”, attribuía o direito de queixa “ao ofendido, seu pai ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, senhor ou cônjuge” e declarava que a “denúncia compete ao promotor público, e a qualquer do povo (art. 74):

“§ 1.º Nos crimes que não admitem fiança.

§ 2.º Nos crimes de peculato, peita, concussão, subôrno ou qualquer outro de responsabilidade.

§ 3.º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos príncipes ou princesas da imperial família, regente ou regências.

§ 4.º Em todos os crimes públicos.

§ 5.º Nos crimes de resistência às autoridades e seus officiaes no exercício de suas funções.

§ 6.º Nos crimes em que o delinqüente fôr prêso em flagrante, não havendo parte que o acuse”.

A hipótese tratada no Parecer estava no art. 73:

“Sendo o ofendido pessoa miserável, que, pelas circunstâncias em que se achar, não possa perseguir o ofensor, o promotor público deve, ou qualquer do povo *pode intentar a queixa* e prosseguir nos têrmos ultteriores do processo”.

Entendeu Alencar que a “*acusação por parte da Justiça*” se dava nos casos especificados no art. 74, acima transcrito, dentre os quais

dão do *ofendido* (91) exime da pena aos réus de crimes em que não tem lugar o procedimento por parte da justiça:

não se encontrava o previsto no art. 73 e que o fato de o promotor público promover a acusação na hipótese dêsse último dispositivo, não significava tratar-se de "acusação por parte da Justiça" e sim "acusação por parte do ofendido miserável".

Se se ler com atenção o invocado art. 73 verificar-se-á que o raciocínio de Alencar era perfeitamente defensável. Na verdade, o cit. art. 73 não conferia ao Promotor público atribuição para oferecer denúncia, no caso aludido, mas "*queixa*" — diz... "o promotor público *deve intentar a queixa*"... — isto é, pela situação de miserabilidade do réu, o Código não transmudava a ação particular em ação pública.

Poder-se-ia dizer que êsse entendimento estava ao arrepio do art. 67 do Código Criminal, que alude a "crimes públicos ou dos *particulares*, em que tiver lugar a acusação por parte da justiça", e que a hipótese da consulta só poderia estar incluída na parte final do mencionado dispositivo.

Refutar-se-ia, esclarecendo que o próprio Código Criminal do Império indicava os "crimes particulares" em que tinha lugar a "acusação por parte da justiça". Estava a matéria prevista no art. 312. "A acusação por *parte da justiça* continuadã em todos os crimes, em que até agora tinha lugar; e nos de abuso da liberdade de comunicar os pensamentos, acusará o Promotor nos casos declarados nos artigos noventa, noventa e nove, cento e dezenove, *duzentos e quarenta e dois*, *duzentos e quarenta e quatro* e *duzentos e setenta e sete*, duzentos e setenta e oito e duzentos e setenta e nove".

Os arts. 242 e 244 tratavam de crimes que estavam enfeixados sobre a rubrica "dos crimes particulares" na Parte Terceira do Código.

Tais observações são feitas para mostrar a exatidão do raciocínio de Alencar no seu Parecer.

O assunto, pelo Código Penal em vigor, está hoje resolvido da seguinte maneira. Nos crimes de ação privada, quando há comprovada pobreza da parte interessada, o juiz, a requerimento desta, nomeará advogado, para promover a ação penal privada (art. 32), através da *queixa*.

Quando, porém, se trata de crimes contra os costumes que, em regra, são de ação privada, e "a vítima ou seus pais não pode prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família", então a ação passa a ser pública, embora dependa de representação (Cód. cit. art. 235, § 1.º I e § 2.º), e é promovida pelo promotor mediante denúncia.

(91) O perdão, no direito positivo atual, é um dos meios da extinção da punibilidade (Cód. Penal, art. 108, V; Cód. Proc. Penal, art.

Se nos casos do art. 73 do Código do Processo não há acusação por parte da justiça, mas sim por parte do ofendido miserável; tanto que a lei não compreendeu essa espécie no art. 74 em que trata dos crimes de procedimento official, e antes separou-os;

É claro que ainda depois de interposta a acusação *ex-vi* do art. 73 do Cód. do Processo, ou pelo Promotor ou por qualquer do povo, o perdão do ofendido eximindo o réu da pena, põe termo à acusação, que já não tem matéria.

A consulta feita parece ressentir-se de um equívoco, qual é o de supor que é o perdão da parte, e não o perdão do ofendido, que exime o réu da pena. Entendida assim a lei, não há transação por parte do acusador: — há apenas cessação do exercício de uma atribuição legal.

Considero essa intelligência da lei não só muito jurídica, como muito conforme o espirito da nossa legislação criminal. O pensamento salutar de não impor invito beneficio ao ofendido, e não obrigá-lo a vingar injúria só a êle feita; pensamento que inspirou aquella intelligência, há pouco tempo teve uma manifestação bem positiva na Lei n.º 1.090, de 1.º de setembro de 1860.

As conseqüências de uma doutrina contrária podem ser graves. Muita vez o beneficio do art. 73 do Cód. do Processo, se tornará imposição, e meio de pública e judicialmente, a coberto da lei, promover o escândalo, devassar o segrêdo da vida particular, e assassinar impunemente honestas reputações.

Rio de Janeiro, 30 de setembro 1861.

J. M. de Alencar”

58), embora privativo dos crimes de ação privada (Cód. Penal, art. 107), e não admissível depois que passa em julgado a sentença condenatória (Art. cit. § 3.º).

CONSULTA (92)

“N.º 1.571

Ilmo. e Exmo. Sr.

Tenho a honra de passar às mãos de V. Ex.^a o relatório do Desembargador Manuel José de Freitas Travassos e o traslado que o acompanha, relativo à pena de morte de Domiciano Carlos Pedroso.

Considerando a questão como julgamento está nos termos de executar-se. Houve duas condenações unânimes do Júri, e a Relação não achou nulidades, portanto resta a execução, se ao Poder Moderador não parecer conveniente usar de sua Alta Clemência em atenção a firmar-se a prova essencialmente nas declarações de um menor de 7 anos, que se por um lado deve inspirar confiança, por outro poderiam ser o resultado de alguma insinuação.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Rio de Janeiro, 6 de novembro de 1861.

Ilmo. e Exmo. Sr. Francisco de Paula de Negreiros Saião Lobato, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça”

Eusébio de Queirós,
Coutinho Matos Câmara”

DESPACHO IMPERIAL (93)

“3.^a Seção

Província de S. Paulo
Condenação à morte

Traslado do processo do réu Domiciano Carlos Pedroso, condenado à pena última por sentença do

(92) Vol. 25, fls. 264, ano 1862.

(93) Vol. 25, fls. 266-8, ano 1862.

Júri da vila da Limeira, confirmada por Acórdão da Relação da Côrte em 31 de maio do corrente ano.

O fato criminoso praticado pelo réu passou-se pela maneira seguinte: Na madrugada do dia 1.^o de setembro de 1858 penetrou êle, armado de um machado, em casa de Ana Maria da Luz que ainda dormia na sua cama com uma filhinha de sete anos, e cujo marido Francisco Alves de Moraes estava ausente. Chegando ao leito da sua vítima, assassinou-a a golpes de machado, e satisfez no cadáver a sua brutal e execranda paixão.

As provas da criminalidade do réu consistem na declaração da menina Maria que, acordando, (parece que a Divina Providência, para que não ficasse impune o crime, permitiu que a menina despertasse a tempo de reconhecer o algoz de sua mãe, ainda sôbre o inanimado objeto de sua brutal sensualidade!) o viu ainda colocado sôbre a sua mãe, e logo que êle se retirou foi correndo dar parte a um vizinho de nome Apolinário; no depoimento dêste, o qual indo imediatamente à casa da infeliz Ana Maria da Luz, viu a cama onde ela jazia, tôda ensangüentada; — e no depoimento da nova testemunha, Ana Maria Custódia que jurou ter ouvido dizer ao mesmo réu que êle havia morto Ana Maria da Luz, porque querendo ter com ela relações ilícitas, ela recusara e havia dado parte a seu marido. As outras testemunhas inquiridas, em número de sete, fazem carga ao réu, referindo-se ao que ouviram da bôca da menina Maria, e da de várias pessoas.

Tanto no interrogatório da formação da culpa, como nos que lhe foram feitos em ambos os Júris, negou o réu ter sido êle o autor do delicto.

O Desembargador relator do fato informa que não obstante a falta de testemunhas presenciais, e a denegação do réu, o crime está provado, se se atender à ingênua declaração da menina, combinada com a inimizade que havia, a ausência do marido da assassinada, e a facilidade de poder penetrar no interior da casa onde teve lugar tão horroroso atentado; que foi, sem dúvida, por estas considerações que o Júri do domicílio condenou o réu no grau máximo das penas do artigo

192 do Código Criminal; que desta decisão protestou o réu por novo julgamento, no qual tornou a ser condenado na mesma pena em sessão de 11 de julho do ano passado.

Acrescenta que assim no processo da formação da culpa, como nos dois de julgamento, foram observadas tôdas as formalidades substanciais.

O Sr. Conselheiro de Estado, Presidente da Relação, transmitindo o relatório e traslado do processo dêste réu, diz que a sentença da pena de morte, considerando-se a questão como julgamento, está nos termos de executar-se, pois que houve duas condenações unânimes do Júri, e a Relação não achou nulidades. Salvo se ao Poder Moderador não parecer conveniente, em atenção a basear-se a prova essencialmente nas declarações de uma menina de 7 anos, as quais, se por um lado devem inspirar confiança, por outro poderiam ser o resultado de alguma insinuação.

Se a declaração da menina de 7 anos fôsse feita algum tempo depois de praticado o crime, poderia merecer menos confiança, como filha de insinuações, mas ela teve lugar pela manhã cedo, imediatamente depois da retirada do bárbaro assassino de sua mãe; e adquire maior fôrça de veracidade, combinada com o depoimento da testemunha a quem Domiciano Carlos Pedroso confessou ter sido êle o autor da morte de Ana Maria da Luz, por motivo de não ter ela anuído a seus libidinosos desejos.

Parecendo-me pois provada a criminalidade do réu de um delito de tão atroz e inaudita natureza, não o julgo merecedor da Imperial Clemência. O Supremo Poder Moderador, porém, resolverá em sua Sabedoria e Justiça.

Em 16 de novembro de 1861.

O 1.º Oficial R. Galvão”

PARECER (94)

“O sumário foi tão mal instruído que julgou difícil formar um juízo seguro sôbre a criminalidade do réu.

As testemunhas depõem vagamente; e da leitura de seus depoimentos se conhece que o Juiz inquiridor não se esforçou, como era do seu dever, para obter declarações precisas sôbre certas circunstâncias secundárias e mesmo accidentais, que podiam esclarecer à justiça.

Assim é que a natureza das relações entre o réu e a vítima não se acha averiguada; parecendo-me impossível que não houvesse no lugar onde elles habitavam, pessoas que tivessem pleno cónhecimento destas relações. A testemunha da fl. 16, Ana Maria Custódia diz ter ouvido do réu, que matara a assassinada por haver ela *recusado entreter relações ilícitas com elle*. A testemunha de fl. 13 explica a inimizade entre o réu e sua vítima *por ciúmes desta*, e por causa de uns bezerros; dêsse último depoimento parece induzir-se que as relações ilícitas já existiam entre o réu e a assassinada.

Quanto à prova do fato capital, além do depoimento da testemunha citada de fl. 16, há o depoimento da menor Maria, confirmado pela declaração de Apolinário.

É tão horrível o crime como elle foi relatado pela menor; é tão repugnante essa concupiscência nefanda que ceva-se, não já num corpo morto, mas num corpo coberto de sangue, e com a cabeça aberta por uma profunda ferida; que naturalmente semelhante monstruosidade, não provada à evidência, gera dúvida no espirito. Como sàbiamente pondera o Exmo. Conselheiro Presidente da Relação e o digno Juiz do Feito, se a ingenuidade de uma menina inocente é de natureza a dar grande valor às suas declarações; essa mesma ingenuidade e inocência favoreceriam qualquer insinuação de mal intencionados contra o réu.

Demais, parece haver no depoimento da menor uma lacuna, que falta ao espirito. Acordando de repente e depa-

rando com sua mãe defunta e ensangüentada, que fêz ela? O que era natural que fizesse uma criança diante de tal espetáculo? O que se passou entre ela e o réu? Como se retirou êste? O machado gotejante de sangue não deixou vestígios pelo caminho seguido?

São reflexões que acodem espontâneamente; que talvez pudessem levar ao pleno conhecimento da verdade, se tivessem sido tomadas em consideração na formação da culpa.

Em conclusão, entendo que na dúvida que deixam os autos sôbre a criminalidade do réu, apesar dos respeitáveis Acórdãos da Relação, o Supremo Poder Moderador exerce a Sua Missão quase providencial, não consentindo na execução de uma pena irreparável; e comutando a de morte na de galés perpétuas. (95)

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 1861.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (96)

“N.º 74

Província do Piauí — Palácio da Presidência, em 26 de setembro de 1861.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Sendo duvidosa a competência, se das autoridades civis, se das administrativas, para os processos e imposições de penas aos crimes, de que trata o artigo 14 das instruções de 6 de abril de 1841, a entendendo eu que o aviso de 15 de junho

(95) O fato examinado é tão execrando e impressionante que poucos vacilariam em opinar pela execução do apontado criminoso. No entanto, Alencar mostra-se o humanitário de sempre e tão moderado que encontra argumentos convincentes, para dar Parecer favorável à comutação da pena, num caso em que houvera duas condenações unânimes do júri, confirmadas pelo Tribunal.

(96) Vol. 25, fls. 24, ano 1862.

último ainda não a estatuiu, rogo a V. Ex.^a se sirva de esclarecer-me a êsse respeito.

Deus guarde a V. Ex.^a

O Presidente

Antônio de Brito Sousa Gaion”

PARECER (97)

“O aviso de 15 de junho de 1861 (98) decidiu quais das penas, se do Código Criminal, se das instruções de 6 de abril de 1841 (99) cabiam aos condutores de recrutas que facilitam a fuga dêstes; mas nada resolveu quanto à natureza das penas cominadas naquelas instruções, e quanto à jurisdição competente para a sua aplicação.

(97) Vol. 25, fls. 24, ano 1862.

(98) O aviso de 15 de junho de 1861 a que se refere o Parecer tem o n.º 373 e foi expedido “Ao Presidente da Província da Paraíba. Declara que os condutores de recrutas, que facilitam a fuga dêstes, devem ser pronunciados como incurso no art. 125 do Código Criminal”.

(99) As “Instruções” a que também alude o Parecer foram aprovadas pelo Decreto n.º 73, de 6 de abril de 1841. O art. 14, citado, estava assim redigido: “Todos os que ocultarem algum individuo sujeito ao recrutamento, ou protegerem a sua fuga, ou impedirem por alguma forma que sejam recrutados ou forem causa de que depois de recrutados sejam tirados do poder dos condutores, serão punidos com prisão de um a três meses e multa de cem a duzentos mil réis, além de outras penas criminaes a que possam estar sujeitos”.

O aludido Dec. n.º 73, de 6/4/1841 “Encarregando do recrutamento a officiaes do Exército e aos Comandantes da Guarda Nacional, debaixo da direção dos Juizes de Direito, Chefes de Polícia, e aprovando as Instruções da mesma data”, foi expedido “a fim de pôr termo à deplorável guerra da Província do Rio Grande do Sul”, “sendo urgente elevar ao seu estado completo e conservar efetivas as forças dos corpos do Exército de Operações” daquela Província.

Neste ponto, pois, discordo do parecer do Dr. Diretor da Seção.

Adoto a sua conclusão — (de que as penas impostas nas instruções cit. são de sua natureza administrativa) — mas por diverso fundamento.

Em primeiro lugar é princípio constitucional que só ao poder legislativo compete classificar um fato como crime, e impor-lhe penas criminais; visto que essa atribuição entende com os direitos do cidadão, os quais só por lei podem ser ampliados ou restringidos nos limites constitucionais.

Acresce que as citadas instruções tratam única e simplesmente de um objeto administrativo, qual é a regularidade do recrutamento; e portanto não era possível nem lógico que na parte penal, — sanção da parte taxativa ou regulamentar — o Poder Executivo exorbitasse entrando no domínio do Direito Criminal, de exclusiva competência do Poder Legislativo.

Tanto basta para mostrar a evidência que as penas das instruções citadas são de natureza administrativa; e como tais devem ser impostas.

Encontra-se nos papéis juntos um parecer do Dr. Consultor Interino que opinou por modo diverso; mas sem precedentes razões, no meu fraco modo de pensar.

Diz êle que a prisão administrativa é uma exceção e deve como tal ser expressamente declarada. Parece-me que tôda a prisão, tôda a pena é uma exceção, tanto no direito criminal, como no direito administrativo; e ela se acha declarada desde que a lei a consigna. É o que se dá no caso vertente. As instruções incumbiram certas atribuições administrativas às autoridades designadas, e armaram-nas da sanção penal. Declarar depois disso que a essas mesmas autoridades compete administrativamente a imposição das penas; seria uma redundância inútil.

Entendo que se deve responder à consulta que as penas das instruções citadas devem ser impostas administrativamente.

Rio, 12 de março de 1862.

J. M. de Alencar”

EXTRATO E CONSULTA (100)

“Havendo o Comandante do Vapor Visconde de Ipanema — João Luís Borralho, dado uma bofetada e injuriado verbalmente Alexandre Tomás de Aquino Coelho, não se julgou o Chefe de Polícia de Mato Grosso autorizado para tomar conhecimento do fato, por não ser aquêlê Comandante residente na Província, pelo que foi êste negócio trazido à consideração do Govêrno Imperial”.

-
- 1.^a Pergunta: — Qual é a autoridade competente para tomar conhecimento de um delicto praticado a bordo de um navio brasileiro por um súdito brasileiro contra outro?
 - 2.^a Pergunta: — Se o fato de que se queixa Coelho fôsse praticado no alto mar, a bordo do Vapor brasileiro Visconde de Ipanema vindo de Lisboa para o Rio de Janeiro, quem seria a autoridade competente para dêle tomar conhecimento?
 - 3.^a Pergunta: — Poderia o Chefe de Polícia desta Côrte, perante quem fôsse levada essa queixa, recusar a tomar de'la conhecimento? (101)

(100) Vol. 27, fls. 61, ano 1864.

(101) Vol. 27, fls. 77, ano 1864.

PARECER (102)

“QUESTÃO DE COMPETÊNCIA INTERNACIONAL
EM MATÉRIA CRIME (103)

O direito de punir é um dos modos por que se exercita a soberania nacional. A soberania nacional impera no território do país; e fora dêle, no lugar onde pela ausência de qualquer soberania ou pela concessão de uma soberania estrangeira, ela se continua e mantém: é o que em têrmo técnico chamam os publicistas — *exterritorialidade*.

Convém, pois, definir o que seja território e mostrar como se opera a *exterritorialidade*, a fim de com tóda a exatidão traçar os limites à ação da lei penal de cada estado.

Territorium — diz a lei romana — *est universitas agrorum intra fines cujus que civitatis*. D. de verb. signif. L. 239 § 7.º. Segundo o moderno direito público, melhor diríamos que o território é o espaço do globo sôbre o qual tem o estado o direito de propriedade internacional. Ortolan — D. Criminal, § 920.

A linha divisória dentro da qual está compreendido o território chama-se fronteira, e essa é terrestre, fluvial ou marítima, conforme a baliza a terra, um rio ou o mar.

A fronteira terrestre por isso que assenta em base fixa, estável e apreensível, se sua demarcação tem suscitado por vêzes graves questões de fato, não oferece em direito a mínima dificuldade. Ela pode ser traçada por limites visíveis e duradouros. Cada Estado, por meio de fortalezas e da ação constante da sua polícia interna, a mantém inalterável.

Não assim a fronteira fluvial ou marítima, mais difícil de guardar. Por muito tempo prevaleceu o axioma de direito

(102) Vol. 27, fls. 66-76, ano 1864.

(103) Note-se com que estilo, segurança, clareza e método trata Alencar de uma questão sôbre a qual, modestamente, diz-se “tão incompetente”...

romano: — *Naturalli jure communia sunt hoc; aer, aqua profluens et mare, et per hoc littora maris.* Inst. liv. 2.^o, tít. 1.^o de rev. divis § 1.^o. No estado atual do direito internacional, porém, outro princípio rege a matéria. Todo o Estado limitado por água tem pela necessidade da polícia de suas costas ou praias e da segurança interna, propriedade e soberania sôbre uma certa orla dêsse elemento; é o que em linguagem jurídica se chama águas territoriais, — *aqua profluens*. O limite dessas águas territoriais foi outrora a viagem a velas de dois dias; atualmente é o maior alcance da projeção do tiro de canhão, como o símbolo da ação coercitiva da soberania: — *vène ac potestatem*.

Ao princípio das águas territoriais se prende a importante questão de saber, se a propriedade internacional dos Estados é sôbre elas perfeita e exclusiva, ou se ao contrário está gravada por uma servidão também internacional, — o direito de passagem e navegação que têm todos os outros Estados. Além de não interessar tal questão à competência criminal que ora investigamos, nos reconhecemos tão incompetentes em direito das gentes, que só por dever de obediência arriscamos algumas observações, como premissas indispensáveis ao estudo dos quesitos postos à consulta.

Definido o que seja território, resta-nos mostrar como se opera a *extraterritorialidade* da soberania. Ela se efetua, dissemos nós, no lugar onde há ausência de soberania, ou onde o permite a soberania territorial de outro Estado.

O lugar onde há ausência de soberania, é aquêlê espaço do globo que não faz parte do território das várias nações do mundo, e não é ocupado, ou por impossibilidade física, ou por qualquer circunstância. Neste caso está em primeiro lugar o *mar alto*, a respeito do qual prevalece ainda o axioma do direito romano, apesar da célebre controvérsia, que encheu a última parte do século 16, entre os sectários do *mare liberum* e do *mare clausum*. Por *mar alto*, se entende o que não está engravado dentro do território, e excede o limite das águas territoriais. Compreende-se também nas coisas comuns e não sujeitas à soberania, os desertos e regiões inabitadas, que limi-

tam o território de algumas nações, quais existiram outrora na América do Norte.

A soberania de uma nação reside essencialmente na comunhão política; o território é condição material do exercício dela, mas não base e princípio seu. É isso tão verdade, que eminentes publicistas, e entre êles o já citado Ortolan, afirmam que um povo expulso do seu país é nação tão soberana em direito como outra qualquer, embora não possa de fato exercitar a sua soberania.

Embora, pois, uma fração da comunhão política, por mínima que seja, se destaque materialmente da sede natural, politicamente continua unida pela nacionalidade, ou pelo domicílio, que em certas relações jurídicas, é o modificador da nacionalidade. A soberania do respectivo Estado se prolonga então além do território e sujeita o cidadão ainda fora de pátria ou de domicílio.

Se a fração de súditos de um Estado acha-se nos lugares onde a propriedade é *nullius*, a soberania que os acompanha se exerce sem embaraço e sem contestação. Nesse campo, o território não pertencendo exclusivamente a nenhuma nação, pertence momentâneamente àquela que o ocupa e durante que o ocupa (*sic*). A soberania do ocupante tem, por conseguinte, sede própria para se exercer.

Se, porém, a fração destacada de um Estado entra em território estrangeiro, o caso muda completamente. Então a soberania exterritorial, embora mantenha-se em princípio, carece de nação. A nação, exclusiva senhora daquele território, assim como pode negar a entrada nêle ao estrangeiro, pode só conceder essa entrada com as condições que lhe aprouver. No rigor, pois, do direito a soberania *exterritorial*, penetrando o território onde imperasse outra soberania, devia perder tal caráter, pois era forçada a sujeitar-se à vontade estranha.

Entretanto no interêsse da civilização, que em tão alto grau promove a comunicação dos povos, o direito das gentes moderno tem modificado o primitivo rigor da exclusiva propriedade territorial. Por uso que é lei, acordaram as nações no seguinte: que uma soberania estrangeira, revestida do cará-

ter oficial, se mantenha plena e absoluta dentro mesmo do território alheio. *Où est le drapeau, c'est la France* — dizia Napoleão I no Conselho de Estado. Substitua-se a palavra pátria, e ficará essa frase ilustre, como a regra que atualmente preside às relações internacionais no ponto da *exterioridade* da soberania.

O pavilhão — na frase, na polêmica — ou a soberania revestida de caráter oficial está nas missões diplomáticas, nos navios de guerra, nos corpos da força armada, que um govêrno permite entrar ou passar pelos seus Estados. Por virtude e força de tal consentimento o espaço ocupado por essa delegação de uma soberania estrangeira, se entende ficar momentaneamente seu território, mas só em relação aos respectivos súditos.

Exceção feita dessas delegações de uma soberania sob a guarda do pavilhão, tôdas as outras frações de uma comunhão política que se destacam da sede natural e penetram no território alheio, ficam em regra sujeitas à soberania que ali impera, salvo as exceções estabelecidas pelo direito consuetudinário ou convencional.

A principal dessas exceções concerne ao navio mercante. Vamos resumir a respeito dela o que melhor têm dito autores de notas.

O navio mercante não apresenta por certo uma delegação oficial da soberania de uma nação; o pavilhão que lhe flutua sôbre, não cobre a pátria, como no navio de guerra, cobre apenas a propriedade de um cidadão dessa pátria; o interêsse que tal objeto traz em si não é um interêsse nacional, mas um mero interêsse individual, que só pode tornar-se nacional no caso de espoliação, pelo dever de proteção dos governos aos seus súditos.

O navio mercante, portanto, não deve, dentro do território estrangeiro simbolizar, como o de guerra, a pátria; e conservar-se sujeito só às leis dela.

Por outro lado, sendo um navio, embora mercante, uma associação de homens, que se separa da pátria, mas para a ela

tornar em breve; que pelas condições especiais da vida marítima precisa de uma disciplina, protetora dos direitos e obrigações dos interessados; que finalmente, embora dentro do território estrangeiro, conserva, pela natureza do elemento em que se acha, uma certa autonomia; — entenderam as nações modernas justo reconhecer no navio mercante um caráter misto, semi-oficial e semiparticular.

A regra formada pelo direito consuetudinário e a opinião dos mais ilustres publicistas, é que em tudo quanto respeita à disciplina ou vida interna e doméstica do navio, regula a lei da sua nacionalidade; no mais, fica sujeito à jurisdição territorial, quanto aos regulamentos fiscais, as leis de polícia e as obrigações civis contraídas no país. “Em termos técnicos veremos, — conclui Ortolan cit. § 936, — que o navio de comércio goza para certos fatos do privilégio da *extraterritorialidade*, e para outros não”.

Com estas premissas, vamos tratar de responder aos quesitos propostos.

1.º — Qual é a autoridade competente para conhecer de um delito praticado a bordo de um navio brasileiro por um súdito brasileiro contra outro? (104)

(104) Atualmente, reza o art. 89 do Código Processo Penal brasileiro: “Os crimes cometidos em qualquer embarcação nas águas territoriais da República ou nos rios e lagos fronteiriços, bem como a bordo de embarcações nacionais, em alto mar, serão processados e julgados pela justiça do primeiro pôrto brasileiro em que tocar a embarcação, após o crime, ou, quando se afastar do país, pela do último em que houver tocado”.

Sobre o lugar do crime e a extraterritorialidade eis o que dispõe o Código Penal brasileiro vigente:

“Art. 4.º — Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado.

Art. 5.º — Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I — os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o crédito ou a fé pública da União, do Estado ou Município;

Se o navio é de guerra, a questão já foi resolvida; nêle não impera outra soberania senão a do seu pavilhão. Onde quer que se ache, está sob a exclusiva jurisdição da pátria.

Se o navio é mercante, convém distinguir o lugar onde se ache na ocasião da perpetração do delito.

Estando o navio brasileiro, quando o delito foi cometido, em território nacional ou em alto mar, é claro que, à vista dos princípios expendidos, às autoridades brasileiras compete conhecer dos fatos criminais ali praticados, qualquer que seja a nacionalidade do delinqüente e do ofendido. Assim foi julgado em França pelo Tribunal de Bordeaux, arresto de 31 de janeiro de 1838, que citam Dallor, Deslisle e a mor parte dos comentadores do Direito Francês. Diz o arresto: — “Visto que os fatos imputados ao Capitão-Marechal (americano) por Denechand (francês) se passaram em *pleno mar, e por conseguinte fora do território francês*; que Denechand embarcando-se no navio Americano Elisabeth se submeteu às medidas disciplinares que parecessem necessárias ao capitão

-
- c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal;
 - d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
 - II) os crimes:
 - a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
 - b) praticados por brasileiros;

§ 1.º Nos casos do n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2.º Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aquêles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3.º — A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

no interêsse do navio, equipagem e passageiros; que se o capitão abusou do seu poder e cometeu durante a travessia um crime contra Denechand; é perante os tribunais americanos que Marechal deve ser citado, porque o crime é *presumido ter sido cometido na América*. . . declaram os tribunais franceses incompetentes”.

Se o navio brasileiro, porém, se achasse, na ocasião do delito, em águas territoriais estrangeiras, a questão mudaria de figura, e para bem resolvê-la fôra mister atender, já à natureza do delito, já à qualidade das pessoas entre quem se desse êle.

Caso fôsse o delito disciplinar, e por conseguinte passado entre gente da equipagem, a competência ainda seria das autoridades brasileiras; porque segundo demonstramos, o navio mercante goza, no que respeita ao regime interno e econômico da associação que êle representa, do privilégio da *exterritorialidade*.

Caso o crime fôsse de direito comum, cumpria distinguir aquêles cometidos entre gente da equipagem sòmente, dos cometidos por ou contra uma pessoa estranha à equipagem.

Nos primeiros, por uma concessão mútua e recíproca, permitem as nações que subsista e vigore a jurisdição da nacionalidade do navio; porque embora seja o delito comum, se presume que o poder disciplinar do comandante e a intervenção dos agentes diplomáticos ou consulares bastam para coibi-los e assegurar a sua punição da volta ao país: porque também a ação das justiças territoriais estrangeiras, conhecendo daqueles delitos entre pessoas da equipagem, podia criar estorvos a navegação mercante. Contudo, fazendo essa concessão, a jurisdição que impera nas águas territoriais, se reserva o direito, — que é também obrigação, — de intervir quando tais delitos perturbem a tranqüilidade do pôrto e a segurança pública.

Nos segundos, isto é, nos delitos de direito comum praticados por ou contra pessoa estranha à equipagem, a competência da jurisdição territorial sôbre o navio mercante estrangeiro, não sofre a mínima contestação.

Este é o direito francês, apesar do que se pretende provar com algumas palavras destacadas de Dallor, sem expender a summa de sua doutrina.

É o direito francês estabelecido pelo art. 3.º do Código Civil, e explicado da maneira mais positiva pelo Conselho de Estado, no aviso de 20 de novembro, que assim se exprime: — “O navio neutro admitido em um pôrto do estado é de pleno direito submetido às leis de policia que regem o lugar onde é recebido: a gente de sua equipagem é igualmente justificável pelos tribunais do país por delitos que cometeram mesmo a bordo contra pessoas estranhas à equipagem, assim como pelas convenções civis que podiam fazer com elas”.

Deslisle: — Leis de interpretação, — comentando êste aviso, diz: — “Se assim não fôra, a autoridade francesa não poderia manter no reino a tranqüilidade pública, e conceder aos estrangeiros a plena seguridade a que êles têm direito”, § 92, Cap. 5.º.

Concluirei com as palavras do ilustre Criminalista Ortolan, já cit. — “O uso dominante, e que há de, afinal, prevalecer unânimemente no costume do direito das gentes, é o que nós seguimos em França estando um navio de comércio estrangeiro ancorado em nossos portos ou águas territoriais, deixamos ao poder penal e à jurisdição do Estado a que pertence, não sòmente os delitos de serviço e disciplina puramente interiores, a respeito dos quais nenhum interêsse temos, mas também os crimes ou delitos de direito comum cometidos a bordo, sòmente entre gente da equipagem, desde que a tranqüilidade do pôrto não fôr comprometida. No momento, porém, em que o crime ou delito cometido a bordo o seja por ou contra uma pessoa estranha à equipagem, ou mesmo sendo entre pessoas da equipagem sòmente, comprometa a tranqüilidade do pôrto, nosso poder e jurisdição penal se applicam a êles. Pela reciprocidade reclamamos o mesmo tratamento e a observação do mesmo direito a respeito dos fatos cometidos a bordo de nossos navios de comércio nos países estrangeiros. É neste sentido que são concebidas as instruções públicas para os nossos agentes diplomáticos ou consulares, e que são regulados os poderes de policia ou disciplina atribuídos aos nossos ofi-

ciais de marinha, quanto a êsses navios: é neste sentido que nossos tribunais deverão julgar a questão de saber se os fatos de que se trata serão julgados como delitos cometidos fora ou dentro do território". — Ortolan — D. Criminal, § 436.

2.º — Se o delito fôsse cometido a bordo do Vapor brasileiro Visconde de Ipanema, em alto mar, vindo de Lisboa para o Rio de Janeiro, qual seria a autoridade competente para tomar dêle conhecimento? Poderia o Chefe de Polícia da Côrte, perante quem fôsse levada a queixa recusar-se a tomar dela conhecimento?

Havendo, em resposta ao quesito anterior, discriminado a competência internacional, julgo referir-se êste segundo quesito à competência internacional, julgo referir-se êste segundo quesito à competência interna ou local brasileira; e nesse sentido a resposta é clara. Sendo o navio — em alto mar — (*lugar comum*) — uma fração do território do seu país, logo que fundeia em um pôrto nacional, fica essa fração aderente à circunscrição local respectiva; e portanto a competência das autoridades daquela província, comarca, ou município, vigora como se ao tempo da perpetração do delito, já o navio estivera ali fundeado. Na hipótese figurada, o Chefe de Polícia da Côrte não podia recusar a queixa, à vista do Cód. do Processo e Reg. de 31 de janeiro de 1842.

Mas essa hipótese do *alto mar* diverge profundamente da hipótese de achar-se o navio nas águas territoriais estrangeiras.

Se o vapor Visconde de Ipanema, vindo de Lisboa, navegasse as águas territoriais portugêsas, quando fôsse o delito cometido, a competência internacional não caberia à jurisdição brasileira; porque não fôra então o crime perpetrado em território brasileiro, mas em território português. Citado aviso de 20 de nov. 1808.

É certo que se podia a êste respeito aventar uma outra questão controvertida de direito penal; qual é, se os atos cometidos fora do território, podem ser julgados e punidos nêle. Mas neste ponto quaisquer sejam as razões apresentadas

contra a doutrina natural, elas não valem como lei, mas só e unicamente, como motivos de legislar.

O princípio inconcusso é, que um Estado só tem jurisdição dentro do seu território, ou daquele espaço que momentaneamente fica constituído tal. Este princípio é consagrado pela ciência e pela *Common law* na Inglaterra e Estados Unidos. Tôdas as nações, com a França em frente, que entenderam dever fazer uma exceção à regra, a escreveram mui terminantemente nos seus Códigos Penais. Cód. de Inst. Criminal da França, artigos 5.º, 6.º e 7.º. Cit. ant. § 917.

Não tendo o Brasil legislado em tal matéria, senão o que por indução se conclui do Cód. Criminal, Parte 2.ª, Tít. 1.º, em relação aos crimes políticos; devemos pensar que não têm as autoridades brasileiras pelas nossas leis competência para julgar um crime de injúria, cometido fora do território brasileiro, embora entre súditos nacionais. Competência não se presume.

Aplicando agora quanto fica expendido ao caso de que trata o aviso do Ministério da Agricultura, insisto na opinião que anteriormente expus, quando sôbre o assunto consultei.

Se o crime de injúria, crime de direito comum, cometido por João Lício Borralho, comandante do Vapor Ipanema contra Alexandre Romão de Aquino Coelho, súdito brasileiro, mas passageiro e portanto pessoa estranha à equipagem, teve lugar a bordo do navio, achando-se êle em águas territoriais do Império, — a competência do Chefe de Polícia de Mato Grosso é indubitável. Se teve lugar, estando o navio em pôrto ou mesmo em águas territoriais do Paraguai, o Chefe de Polícia de Mato Grosso é incompetente para dêle julgar, do mesmo modo que qualquer outra autoridade brasileira; porque é um crime particular e foi cometido em território estrangeiro.

Não obsta a qualidade de paquete do Vapor Visconde de Ipanema, nem as honras e privilégios de navio de guerra concedidas com aquêlê título. Semelhantes concessões vigoram dentro do Império tão-sòmente, e não podem conferir a êsses navios de natureza mercante, a qualidade de navios de guerra para os países estrangeiros. O contrário acarretaria as maio-

res anomalias. O navio de guerra não está sujeito em coisa alguma, como o demonstramos, à jurisdição estrangeira; não é objeto de fiscalização aduaneira, não pode a autoridade civil exercer sobre o seu casco e velame os atos executivos correspondentes a obrigações mercantis. Como, pois, conciliar isto com paquêtes que levam e trazem carga, que podem em arribadas ou outros casos pedir dinheiro a risco marítimo, que pelo seguro estão sujeitos a outras obrigações mercantis?

Não há muito tempo o Governo Brasileiro, pelo órgão do Presidente do Pará, julgou-se habilitado a negar aos Vapores Peruanos a qualidade de vaso de guerra por haverem tomado carga no Pôrto de Belém; e com tôda a razão foi êsse procedimento aprovado pelo Governo Geral, e os documentos dêle se acham nos anexos do Relatório de Estrangeiros.

Agora que apesar da nossa incompetência na matéria internacional, temos elucidado, como o permitiram os escassos recursos, a questão posta a Consulta, seja-nos permitido dizer que, se da primeira vez não abrangemos a tese no seu mais largo ponto de vista, não foi porque não lhe medíssemos o alcance; mas sim porque, carecendo o fato de mais ampla informação para bem se precisar a sua sede, entendi que na forma do Reg. n.º 2.350, de 5 de fevereiro de 1859, art. 43, § 3.º, devia ser prèviamente ouvido o Chefe de Polícia contra o qual se representava.

Resultando da informação ter sido o delito cometido no território brasileiro, tudo quanto podia dizer a respeito da grave questão da competência internacional em matéria crime, podia ser mal cabido, sobretudo tendo em a consciência de que nada havia de dizer de luminoso, que desse ocasião a ser tal matéria estudada, como pede a sua transcendência e a lacuna que dela se nota na legislação do país. (105)

Rio de Janeiro, 11 de julho 1863.

J. M. de Alencar”

(105) Êsse trabalho de Alencar é digno de ser visto pelos doutos. Enaltecido e festejado como romancista de invejáveis qualidades, talvez mesmo por isso, Alencar não é conhecido como jurista. Seus trabalhos de Direito, no entanto, revelam-no como tal e merecem ser di-

CONSULTA (106)

“2.^a Seção. N.º 152

Palácio do Govêrno de São Paulo, 17 de abril de 1862.

Ilmo. e Exmo. Sr.

Tenho a honra de apresentar a V. Ex.^a, a fim de resolver, como entender em sua sabedoria, a inclusa cópia do officio, que em data de 10 do corrente dirigiu-me o Juiz Municipal Suplente em exercício do Têrmo de Taubaté, consultando sôbre o procedimento que deve ter a respeito duma escrava que tendo sido condenada a açoites, obteve posteriormente a sua Carta de Liberdade.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lins Vieira Cansansão de Sinimbu, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça”.

O Presidente
Vicente Pires da Mota

PARECER (107)

“O Senhor não conserva direitos dominicais sôbre o escravo sujeito à justiça pública. Seu direito de propriedade suspende-se até o momento em que, satisfeita a vindita da lei, o escravo lhe é restituído, quanto o pode ser.

vulgados, para que se possa ver mais um aspecto da personalidade polimorfa do grande cearense. Não é, porém, através de notas improvisadas, elaboradas às pressas e pareceres esparsos que se há de fazer o estudo dos trabalhos jurídicos de Alencar.

É preciso que alguém tome a si êsse empreendimento e resolva oferecer ao Brasil o descobrimento da nova face alencariana.

(106) Vol. 26, fls. 323, ano 1863.

(107) Vol. 26, fls. 323, ano 1863.

O contrário seria uma anomalia incompreensível. Como admitir o domínio individual, quando o fato da pena é a negação formal dêsse mesmo domínio?

Por direito romano, como se pode ver nas Pandectas, liv. 48, tít. 19, n.º 41, os servos sofriam duas espécies de penas, uma que não mudava a sua condição, e outra que comutava-as em *servidão de pena*. Depois que foi por Justiniano reprovada a servidão da pena, o domínio dos servos não foi destruído mais pela condenação; porém suspendia-se durante a execução.

Sobre a pena de açoites propriamente, eis o que diz a Lei n.º 28, § 4.º: “Quarta pena especies qua in servos ca dit est castigatia coporis nimirum pena flegellorum, neque enim fustibus coditur servus ut liberis homines, sed flagellis. Ita autem servi casi, *reddi domino debent*”.

Que o domínio fôra suspenso até a execução da pena o provam as palavras *reddi domino debent*; res itui-se ao Senhor porque estava fora do domínio.

Isto pôsto, não pode o Senhor libertar seu escravo, nem mesmo depois dêle indiciado em crime, quanto mais sob a ação de uma sentença condenatória passada em julgado. Sua carta de liberdade, em tais circunstâncias, concedida, vale, mas condicionalmente, para ter execução depois de cumprida a pena.

Acresce que no estrito direito brasileiro, quem na qualidade de escravo cometeu crime, como escravo tem de ser julgado, por isso que a lei estabeleceu para êsse crime uma classificação especial. A pena emana diretamente do crime e corresponde a êle. Se a qualidade de escravo é agravante do crime, e a lei de 10 de junho de 1835 o prova; é também e necessariamente da pena. A mudança de condição entre o fato e o julgamento não altera a correlação jurídica.

Doutrina contrária aluiria pela base o pensamento da cit. lei da qual tantas vêzes se tem dito, *dura lex sed lex*. (108)

(108) Pela primeira vez vemos Alencar, nos Pareceres sob nosso exame, invocar o *dura lex sed lex*. Suas considerações estão certas. Seus argumentos têm fundamento jurídico. A carta de alforria da

Desde que um indivíduo, movido por qualquer sentimento pudesse anular o sistema de penalidade ali estabelecido, a lei se tornaria burla.

De resto considerem-se os atentados a que pode induzir as promessas dessa liberdade posterior ao delicto, concedida por herdeiros ou mesmo por terceiros esperançados na cupidéz daqueles.

Em minha opinião, pois, a sentença deve ser executada, porque o será em escrava ainda, tão escrava como no tempo de delicto, apesar da carta de liberdade. Depois de executada a pena (109) a ré é liberta, e como tal deve ser sôlta.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 1863.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (110)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

“Tenho a honra de apresentar a V. Ex.^a cópia do officio que me dirigiu o Juiz de Órfãos do Têrmo de S. Sebastião sôbre o abuso, que constantemente se repete, de mandarem as Autoridades Eclesiásticas receber em matrimônio órfãos e filhos-famílias independentemente da autorização dos respectivos Juízes, ou dos pais, sob cujo poder estão os filhos.

escrava com o objetivo de furtá-la aos açoites constituía uma burla à lei. Mas sua conclusão representa uma exceção ao espirito de liberalidade que mostra nas diversas comutações que sugeriu para condenados à fôrca.

(109) A pena em espécie estava prevista no art. 60 do Código Criminal: “Se o réu fôr escravo e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar.

“O número de açoites será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cinqüenta”.

(110) Vol. 27, fls. 168, ano 1864.

E como não cessem de aparecer queixas a semelhante respeito, e como êsses abusos, que são contrários à tranqüillidade e ordem das famílias se renovem, peço a V. Ex.^a se digne dar as providências que julgar convenientes a êsse respeito.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lins Vieira Cansansão de Sinimbu, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça”

Vicente Pires da Mota”

PARECER (111)

“O abuso contra o qual reclama o Juiz de Órfãos de São Sebastião em São Paulo é de muito geralmente sentido e urge por um remédio pronto e eficaz.

Êste Ministério, como bem ponderou o Sr. 1.^o Oficial que informou na questão, já por duas vêzes se occupou de matéria tão importante em 1857 e 1860. Da primeira vez foi ouvida a Seção de Justiça do Conselho de Estado, cuja Consulta resolvida em 25 de novembro, demonstrou a necessidade de promover o Govêrno a adoção de uma lei que declare público o crime da celebração de matrimônio contra as leis do Império, ficando nêle comprehendidos os eclesiásticos que receberem menores sem o consentimento escrito de seus pais, tutores e curadores, e do Juiz de Órfãos. Da segunda vez, o Govêrno aproveitando o trabalho feito chamou no Relatório desta Repartição a atenção do Poder Legislativo para o assunto.

Eu entendo ainda, como entendi em 1860 quando ouvido nesta questão, que a lei é necessária, porém mais completa; nessa ocasião formulei um trabalho a respeito das formalidades civis anteriores à celebração eclesiástica do matrimônio, a exemplo do que se pratica em tantos países católicos, especialmente do que se praticava em Nápoles, que nesse tempo não podia ser suspeito em ponto de ortodoxia.

Enquanto, porém, a lei não é obtida, embora reconheça quais valiosas foram as razões emitidas pela Seção do Conselho de Estado na Consulta referida, me parece que o art. 247 do Código Criminal se refere não só às leis eclesiásticas, como também às civis. Fundo-me para assim pensar em diversas razões: primeira, em que é regra de hermenêutica não distinguir, onde não distingue a lei, e por conseguinte por *leis* devemos entender o corpo inteiro da legislação do país, com todos os seus diferentes ramos; segunda, que tanto foi essa a intenção do legislador que no seguinte artigo 248 (112) pune o matrimônio clandestino tolerado pelo Concílio de Trento, derogando, portanto, nesse ponto, a legislação eclesiástica; terceira, que punindo a lei o eclesiástico por celebrar matrimônio contra as disposições do Concílio Tridentino, não havia razão para que o não punisse pela celebração contrária às Ordenações.

É certo que a disposição do art. 247, ainda interpretada por êsse modo, não seria suficiente garantia, porque, conforme disse a Seção, classificado o crime da celebração do matrimônio ilegal de crime particular, êle escapa as mais das vezes à ação da justiça, por serem os tutores, a quem competiria a queixa em nome dos menores, interessados de ordinário no crime; mas deve-se advertir que a queixa segundo o art. 72, do Cód. do Processo (113) também compete à mãe.

(112) Os arts. 247 e 248 estavam assim redigidos: "Art. 247: Receber o Eclesiástico, em matrimônio, a contraentes, que se não mostrarem habilitados na conformidade das leis.

Penas — de prisão por dois meses a um ano e de multa correspondente à metade do tempo".

"Art. 248. Contrair matrimônio clandestino.

Penas — de prisão por dois meses a um ano."

O Código Criminal do Império estava dividido em quatro partes.

A "Parte Primeira" tratava "dos Crimes e das Penas", a "Parte Segunda" "Dos Crimes Públicos", a "Parte Terceira", "Dos Crimes Particulares" e a "Parte Quarta", "Dos Crimes Policiais". Os invocados arts. 247 e 248 estavam incluídos na "Parte Terceira".

(113) Eis a redação do art. 72 do Código de Processo Criminal: A queixa compete ao ofendido, seu pai ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, senhor ou cônjuge".

De resto, o art. 247 seria sempre uma garantia para o pai de família, que pode de repente ver sua filha ou filho menor arrebatado ao pátrio poder por um casamento não consentido.

Em conclusão, eu penso:

1.º — Que se deve promover a adaptação de uma lei a respeito das finalidades civis do casamento com a competente sanção penal para o celebrante, as partes e testemunhas, não obstante o projeto de Código Civil, em que atualmente trabalho.

2.º — Que enquanto tal lei não é promulgada, deve o Govêrno declarar a verdadeira intelligência do art. 247 do Cód. Criminal, para que as partes interessadas recorrendo aos Tribunais do País, êstes dêem no citado artigo a interpretação doutrinal que só compete ao Poder Judiciário quando executa a lei.

Rio de Janeiro, 26 de agôsto de 1863.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (114)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

Tenho a honra de passar às mãos de V. Ex.^a, a fim de fazer subir à Augusta Presença de S. M. O Imperador, a Petição de Graça do réu condenado à pena de morte Manuel Domingues da Costa, acompanhando o traslado do processo, relatório do Desembargador Juiz Relator, e a informação desta Presidência.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Maranhão, 13 de junho de 1863.

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lins Vieira Cansansão de Sinimbu, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

Joaquim Vieira da Silva e Sousa”

PARECER (115)

“Me parece incontestável a opinião emitida pelo Sr. Diretor da Seção. As duas circunstâncias agravantes do art. 16, §§ 10 e 17 que o Júri reconheceu, não estão nem de leve provadas nos autos; por conseguinte, o crime não podia ser classificado no art. 192 do Código Criminal, e sim no grau máximo do art. 193, visto como as outras circunstâncias agravantes se deram sem a menor dúvida. (116)

Entendo, pois, que a pena deve ser comutada em galés perpétuas.

O Supremo Poder Moderador melhor e sàbiamente resolverá.

Rio, 5 de setembro de 1863.

J. M. de Alencar”

CONSULTA (117)

(Relatório do Juiz do Feito na Relação do Rio de Janeiro)

“Senhor:

Cumprindo com o determinado no decreto de 14 de outubro de 1854, tenho a honra de fazer subir ao alto conhecimento de Vossa Majestade Imperial o relatório concernente à petição de graça de Silvério de Oliveira Bueno, prêso na cadeia

(115) Vol. 27, fls. 235, ano 1864.

(116) As penas previstas no art. 192 eram de morte, no grau máximo; galés perpétuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte anos, no mínimo. As do art. 193 eram, de galés perpétuas, no máximo; de prisão com trabalho por doze anos, no médio; e por seis, no mínimo.

Aplicava-se o art. 192 quando o homicídio fôsse cometido com qualquer das circunstâncias agravantes que indicava, e o art. 193 se o homicídio não tivesse sido praticado com qualquer das referidas circunstâncias agravantes.

(117) Vol. 26, fls. 388-92, ano 1868.

de Pôrto Alegre, Província do Rio Grande do Sul e condenado em segundo julgamento pelo Júri da Vila da Encruzilhada à pena de morte, como assassino do infeliz José Marinho de Freitas, sendo uma tal decisão confirmada pelo Acórdão da Relação desta Côrte de 17 de setembro de 1862, lavrado como se vê a fls. 178, pelo Juiz Relator o finado Desembargador Francisco de Paula Monteiro de Barros, por cujo falecimento coube-me, como seu imediato, a tarefa de fazer o presente relatório. Na manhã do dia 11 de janeiro de 1861 appareceu na Vila da Encruzilhada, degolado em sua própria casa, o taverneiro José Marinho de Freitas; immediatamente procedeu o respectivo Subdelegado ao corpo de delicto, a fls. 2, e ali foi pelos peritos reconhecido ter sido a morte instantânea consequência do profundo golpe que de instrumento cortante recebeu o finado no pescoço quase decepando-lhe a cabeça; notando ainda os peritos a existência de uma forte contusão na orelha esquerda com estrangulamento de tôda a sua concha.

Mui regularmente correu o processo da formação da culpa, sendo inquiridas oito testemunhas além das referidas e informantes.

A 1.^a testemunha em seu depoimento emite simples suspeitas de ter sido o réu, o autor do delicto, visto como em conversa lhe havia dito o finado ser o réu o único inimigo que tinha na vila por causa de desavenças relativas a pagamento de dinheiros. A 2.^a refere ter ouvido à 1.^a as razões das suspeitas e declara ter notado do mesmo modo que ella os vestígios de cêrca derrubada, sinais de pegada de pessoa calçada, junto ao muro fronteiro à casa do finado, de onde bem podiam observá-la e espreitá-la. A 3.^a, além da existência dos referidos sinais, nada sabe acêrca de quem fôsse o criminoso, e attribui o crime a intento de roubar. A 4.^a nada sabe, e a 5.^a só observa os vestígios, porém nada diz quanto ao criminoso, ignorando até se o réu estivera nesse dia na Vila.

Inquiridas apenas estas seis testemunhas, que pouca ou nenhuma carga fizeram contra o réu, foi êste prêso, e logo no auto de perguntas a fls. 18 v. firmou a sua defesa no

seguinte *alibi*: Que não podia ter sido o autor do assassinato perpetrado a 10 de janeiro na Vila da Encruzilhada, quando desde o dia 8 de janeiro tinha partido com José Rodrigues Bernardes, acompanhados do prêto Adriano para o outro lado do Capivari, onde estivera em casa do Capitão Félix até 16 de janeiro; em prova de tal asserção juntou os certificados de fls. 20 a fls. 24, nos quais várias pessoas atestam a veracidade do *alibi* alegado.

A 7.^a testemunha referiu a fls. 26, ter visto a preta Vitalina lavando entre outra roupa uma camisa nodoadada de sangue nos braços e peito, declarando-lhe muito assustada pertencer ao réu.

As três informantes de fls. 28 a fls. 30 confirmam a existência da camisa ensangüentada, e o dito de Vitalina, e por último o próprio réu confessa no interrogatório a fls. 40 ser sua a camisa, sendo que as nódoas de sangue só pela lavadeira poderiam ser explicadas. Inquirida a fls. 43, a preta Vitalina procurou explicar as nódoas, como transmitidas por outra de uma mulher que estava indisposta. A 8.^a nada depôs. Sobre o *alibi* alegado, o prêto Adriano a fls. 31 confirma ter com efeito saído da Vila com o réu e seu companheiro, no dia 8 de janeiro, mas destrói logo a importância desse fato, dizendo que no mesmo dia o réu se perdera e fôra amanhecer em casa de Gaspar José Bernardes, onde se conservara até o dia 10 de janeiro (data do delito) e que saindo novamente todos nesse dia a uma visita à casa de Fortunato Luís Barreto, na volta pelas Ave-Marias afastaram-no de si mandando levar um recado.

Reinquirida, a 1.^a testemunha disse a fls. 38 que Joaquim da Costa Meneses lhe contara que, no dia do assassinato, passando por casa do réu, êste o argüira de não ter entrado, ao que retorquiria que por supô-lo ausente. Êste fato é confirmado por Costa Meneses, dizendo em seu depoimento a fls. 63 que isto acontecera no dia em que êle comprara certas fazendas de algodão mesclado ao negociante Cândido Pinto Braga. Êste negociante Cândido Pinto Braga, no atestado a fls. 65, declarou que essa transação tivera lugar no dia 10 de

janeiro; ora, a serem verdadeiras tôdas estas circunstâncias, destruído fica pela raiz o *alibi* alegado. Depois de mais algumas diligências foi o réu pronunciado a fls. 90 como autor do assassinato, e como cúmplices José Rodrigues, e o prêto Adriano, sendo pelo Juíz Municipal sustentada a fls. 102 a pronúncia com a pequena alteração de fazer extensiva a cumplicidade à preta Vitalina.

Nesse sentido, a fls. 106, foi oferecido o libelo e inda depois disso aparece nos autos a fls. 110 o depoimento de um alfaiate, que jura ter ouvido o co-réu José Rodrigues Bernardes, estando embriagado confessar que fôra êle quem com as bolas fraturara a cabeça do finado e o réu quem o degolara.

Submetidos a julgamento em sessões diferentes, foi o réu condenado à morte, a fls. 128, o co-réu José Rodrigues Bernardes no mínimo do artigo 192 como cúmplice a fls. 140, e absolvidos os libertos Adriano e Vitalina, a fls. 152. Protestando por novo julgamento foi o réu condenado pela segunda vez à pena de morte em vista das respostas a fls. 175.

Interposta a apelação *ex-officio*, atenta a gravidade da pena o Tribunal da Relação, a quem em tal caso não compete apreciar o merecimento das provas, julgou improcedente o recurso.

Desta simples exposição resultou que contra o réu os autos ministram provas, porém não tais e tão valentes, que levam inteira convicção aos Juízes de que o réu fôra, sem restar a menor dúvida, o autor do assassinato do infeliz José Marinho de Freitas; por quanto tudo se reduz: 1.^o — as suspeitas concebidas pela 1.^a testemunha contra o réu por ser êle o único inimigo do finado; 2.^a — ter sido encontrada uma camisa do réu suja de sangue; 3.^a — ter ficado muito abalada a defesa do *alibi* com o depoimento da testemunha referida a fls. 62 combinado com o atestado de fls. 65; 4.^a — finalmente ter o co-réu, segundo o depoimento singular de fls. 110, declarado em estado de embriaguez ter sido êle quem contundira a cabeça do finado, e o réu quem o degolara. Ora, o complexo destas circunstâncias estabelece a criminalidade do réu, e autoriza a sua condenação; mas tratando-se da pena de morte,

que por ser gravíssima, e irremediável exige a evidência, parece-me que seria conforme a Clemência Imperial, alguma comutação; tanto mais quanto sôbre o comportamento anterior do réu nada consta em desabono, e pelo contrário não deixa de recomendar tôda a contemplação o atestado do Pá-
roco anexo à petição de graça.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 1863.

O Juiz Relator

Francisco de Queirós Coutinho Matoso Câmara”

PARECER (118)

“Fundo o meu parecer sôbre o luminoso Relatório do Exmo. Desembargador Juiz do Feito, que resumiu com a precisa clareza e muito critério as provas do Sumário.

Juridicamente resulta dos autos uma prova circumstancial bastante para convencer da criminalidade do réu; e essa prova adquire mais valor pela alegação do falso *alibi* (119) apresentado pelo réu.

Digo falso *alibi*, porque da confrontação das testemunhas que depuseram sôbre êsse ponto resulta a certeza da falsidade da ausência do réu no lugar e dia da perpetração do delicto. Em favor do *alibi*, depuseram companheiros, talvez cúmplices do réu; contra, depuseram testemunhas destacadas, entre as quais é impossível supor, como nas outras, a mínima combinação.

(118) Vol. 26, fls. 393, ano 1863.

(119) Consiste o *alibi* na alegativa de se achar alguém em lugar diverso daquele em que foi praticada alguma ação que lhe é imputada. Em juízo, é um meio de defesa argüido pelo réu, para mostrar que não é o autor da infração penal de que á acusado, por se encontrar em outro local que não o da infração, no momento em que esta foi praticada.

Contudo, como se trata de uma pena irreparável, eu propondo também para a conveniência da comutação em galés perpétuas. (120)

O Supremo Poder Moderador resolverá melhor em sua consumada sabedoria.

Rio, 21 de setembro 1863.

J. M. de Alencar”

PARECER (121)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

Cumprindo o que me foi ordenado por aviso de 28 de setembro findo, (122) tenho a honra de apresentar a V. Ex.^a o incluso projeto de lei, que formulei sôbre as bases do parecer exarado no Ofício n.º 235 da Presidência de S. Paulo.

Como verá V. Ex.^a do projeto a disposição criminal é precedida de disposições civis necessárias para melhor e mais clara definição do delito. A lei criminal é a lei das contra-venções; estas não podem existir sem uma lei anterior que estabeleça a norma do proceder.

(120) Alencar não se serviu, aqui, de argumentos baseados em falhas de processo ou na defeituosa apreciação da causa, para opinar pela comutação da pena de morte em galés perpétuas.

“Como se trata de uma pena irreparável”, foi o motivo, agora, invocado, para continuar a atender aos seus impulsos liberais.

(121) Vol. 27, fls. 163-6, ano 1864.

(122) Ao Consultor dos Negócios da Justiça — Ministério do Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1863. Remeto a V. S.^a os inclusos papéis concernentes à representação do Juiz de Orfãos do Termo de S. Sebastião sobre o abuso que constantemente se repete na celebração de matrimônios de órfãos e filhos-famílias, a fim de que V. S.^a formule com urgência um projeto de lei no sentido do seu parecer. — Deus guarde a V. S.^a — João Lins Vieira Cansansão de Sinimbu — Sr. Consultor dos Negócios da Justiça.

Nessas disposições civis, limitei-me a colhêr do Código Civil das Sicílias, país cujas tradições religiosas e costumes católicos tem com o nosso a maior semelhança, o que podia ser applicável ao estado actual da legislação brasileira. V. Ex.^a conhecerá até que ponto me afastei daquelle Código cotejando êste trabalho com os seus artigos 68 a 80.

Suponho ter correspondido ao pensamento de V. Ex.^a com as disposições comprehendidas no projeto formulado. A apresentação de um documento, que comprove a habilitação civil do menor para contrair matrimônio, é a base da nova lei. O delicto, atentatório do pátrio poder, da paz e honra das famílias, e da segurança individual daqueles a quem a razão ainda não socorre contra a má fé; êsse delicto grave fica perfeitamente definido, e a essa prova simplíssima. A certidão da celebração do matrimônio, a certidão de idade dos menores, e a carência de licença escrita que deve estar arquivada na paróquia, eis em resumo os elementos da accusação e a base da condemnação.

Como bem ponderou a Seção de Justiça do Conselho de Estado, a tranqüillidade da família exigia que êsse crime fôsse público, evitando-se, porém, o abuso de uma discussão que pudesse devassar o santuário doméstico. Êsse pensamento foi realizado na 2.^a parte do art. 2.^o, onde V. Ex.^a verá que para maior cautela se estabeleceu a advertência prévia do juiz ao advogado do réu. A sanção dessa advertência, escuso mencioná-la; está em nossas leis do processo, e nas penas da desobediência.

Quanto à penalidade, devo confessar a V. Ex.^a que para a gravidade do delicto e o alcance do mal resultante, ella me parece pouco severa. Eu entendo que se lhe devia acrescentar ainda a perda do beneficio para o vigário colado e a inhabilitação para o exercício de pároco, se o eclesiástico fôr encomendado, ou simplesmente coadjutor, ou mero sacerdote delegado pelo vigário para o caso especial.

Não bastava, porém, garantir a família e o menor contra a negligência ou dolo do eclesiástico; era da maior conveniên-

cia garantir também o órfão contra a malversação de alguns tutores. Nesse intuito se prescreveu a audiência da mãe e a afixação de um edital por oito dias. Tal publicidade deve trazer a lume qualquer trama que porventura exista, a fim de empenhar o órfão num matrimônio desvantajoso. O juiz esclarecido pelas reclamações que apareçam, pelo voto materno e talvez pela opinião de outros parentes próximos, deliberará com pleno conhecimento de causa.

De propósito não se deu forma de processo às reclamações que possam aparecer por virtude do edital. O Juiz de órfãos exerce nestes casos uma espécie de sacerdócio legal; êle poderá ouvir, até confidencialmente, as pessoas que o desejam esclarecer, e de tudo quanto lhe chegar ao conhecimento publicar só o que lhe parecer conveniente e necessário, aduzindo as provas da sua decisão. Essa decisão tem recurso, e portanto as partes a quem ela agrave estão garantidas.

A informação assim extrajudicial do fato traz um grande benefício, e é de não pôr na tela judiciária uma discussão repugnante, como por exemplo, sôbre os sentimentos e costumes de uma donzela, cujo casamento se promova. A experiência tem mostrado quantas torpezas revelam tais discussões.

Duas disposições contém ainda o projeto: uma que exige o reconhecimento do tabelião à firma do pai; sua razão é óbvia; outra que anula a licença ou alvará, não usados dentro do mês de data; a razão desta é prevenir um abuso que se pode dar. Supus que depois de concedida a licença ou alvará se desfizesse o casamento; e que não inutilizado o documento êle viesse a servir para capa de um crime.

Nada mais tenho a acrescentar sôbre o projeto. Restame só pedir desculpas da deficiência do trabalho; quanto a sua estreiteza, é ela devida ao receio de ir além das intenções de V. Ex.^a tocando em outros pontos ligados e conexos à matéria; quanto, porém, aos defeitos da execução, êsses foram

involuntários e filhos da fraqueza de quem desejando fazer melhor, não o soube. (123)

Deus guarde a V. Ex.^a.

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lins Vieira Cansanção de Sinimbu, M. D. Ministro da Justiça

Rio de Janeiro, 7 de outubro 1863.

José Martiniano de Alencar”

CONSULTA (124)

“Ilmo. e Exmo. Sr.

Pelas disposições dos artigos 95, 96 e 97 da Lei n.º 602, de 19 de setembro de 1850, só são consideradas faltas, e como tal no caso de serem punidas com as penas estabelecidas nos mesmos artigos, as que forem cometidas pelos Officiaes, e mais praças da Guarda Nacional, quando em serviço ou em uniforme, parece portanto claro que fora êsses casos não se dá infração das citadas disposições, seja qual fôr o procedimento dos ditos Officiaes e praças, e é por isso que me julguei inhabilitado para providenciar sôbre a representação, que me dirigiu um subalterno do 1.º Batalhão dêste Município contra um inferior do mesmo, e por quem, segundo o mesmo Official, que se achava uniformizado, e não o inferior, fôra desacatado e injuriado, acêrca do que, em vista das disposições referidas, nenhuma providência me cumpria tomar, porquanto se o dito Official estava fardado, outro tanto não acontecia ao inferior que, além disso, se achava licenciado pelo respectivo Comandante, o que, não obstante, julguei conveniente nada resolver sôbre a indicada representação sem que por V. Ex.^a seja declarado qual o procedimento que devam ter os Chefes da

(123) A exposição de motivos supra sôbre o projeto de lei nela referido está intimamente ligada ao Parecer de 26 de agosto de 1863.

(124) Vol. 28, fls. 473 e 478, ano 1864.

Guarda Nacional em semelhantes casos, cuja solução rogo a V. Ex.^a se digne dar.

Deus guarde a V. Ex.^a.

Comando Superior da Guarda Nacional da Teresina, 27 de abril de 1863.

Ilmo. e Exmo. Sr. Conselheiro João Lins Vieira Cansação de Sinimbu, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça.

Tomás d'Aquino Osório
Comand. Superior

PARECER (125)

“Salvo o respeito devido às decisões do Govêrno Imperial, não me parece aceitável a doutrina do aviso (junto por cópia de 6 de setembro de 1854).

Semelhante doutrina tenderia a militarizar o país e a substituir ao julgamento comum o julgamento especial das faltas contra a disciplina. Isso num país onde a máxima parte da população ativa deve ser qualificada na Guarda Nacional, me parece de um imenso alcance.

A lei de 19 de setembro de 1850, arts. 95, 96 e 97 (126) sàbiamente preveniu tal excesso, punindo unicamente como faltas contra a disciplina, aquelas que são praticadas por guardas nacionais *contra as regras do serviço, ou estando em serviço e de uniforme*.

(125) Vol. 28, fls. 469, ano 1864.

(126) A lei de 19 de setembro de 1850 é a de n.º 602, e “dá nova organização à Guarda Nacional do Império”. Os dispositivos citados têm a seguinte redação:

“Art. 95. Será punido com repreensão simples o oficial, oficial inferior, o cabo ou guarda nacional que tiver cometido qualquer leve infração das regras do serviço.

“Art. 96. Será punido com repreensão mencionada na ordem do dia o oficial, oficial inferior, cabo ou guarda nacional que, estando de

A disposição da lei, pois, é tão clara e terminante, que não se pode racionalmente ampliá-la; antes cumpre restringi-la o mais possível, como pede o espírito liberal da nossa legislação, sempre que se trate de garantir ao cidadão os direitos individuais.

A instituição da Guarda Nacional, instituição que nasceu com as liberdades públicas, tem isto de especial: que chamada a serviço é uma milícia, sujeita a certa disciplina militar; fora do serviço são cidadãos perfeitamente independentes e garantidos, salvo a obrigação de voltar ao serviço, quando a autoridade o ordene na forma da lei. Essa alternativa é a essência da instituição.

Portanto, um guarda nacional, fora do serviço e à paisana, deixa momentaneamente de ser miliciano; não tem nenhuma sujeição à disciplina; não tem obrigação de conhecer os seus oficiais e chefes, senão quando êstes lhe transmitem pelos canais competentes as ordens para o serviço. Qualquer ato praticado por êsse guarda fora do serviço, é ato civil, sujeito ao fôro comum.

Estas considerações respondem igualmente ao argumento produzido pelo Sr. 1.º Oficial (que informou) a respeito das honras militares concedidas aos Officiais da Guarda Nacional. Exigir o rendimento de tais honras da parte de um guarda fora do serviço e à paisana, é equiparar o cidadão, porque foi qualificado, a um soldado de linha; e creio que ninguém admitirá o paralelo.

serviço ou em uniforme, tiver um procedimento que possa ser prejudicial à disciplina, ou à ordem pública,

"Art. 97. Será punido com prisão até oito dias, segundo a gravidade do caso, o oficial, oficial inferior, cabo ou guarda que, estando em serviço, se tornar culpado:

§ 1.º — De desobediência ou insubordinação;

§ 2.º — De falta de respeito, ou emprêgo de palavras ofensivas ou injuriosas aos seus superiores;

§ 3.º — De insultos ou injúrias aos seus subordinados ou de abuso de autoridade;

§ 4.º — De omissão de algum serviço determinado, ou infração das regras do serviço;

§ 5.º — De embriaguez,

Não se infere do expellido que a lei não possa impor aos guardas nacionais, mesmo fora do serviço, certas obrigações disciplinares; mas essas, por isso mesmo que são exceções, devem estar expressamente declaradas. Ora, nenhuma lei, que me conste, trata da civilidade e polidez que os guardas fora do serviço devam a seus superiores.

Rio de Janeiro, 6 de dezembro de 1863.

J. M. de Alencar”

EXTRATO (127)

Consulta: É lícito ao Ministério Público requerer a prescrição dos crimes?

“O Juiz de Direito da Comarca de Jaguarí, tendo encontrado na última correição, aberta em Pouso Alegre, processos antiquíssimos com pronúncia de mais de 30 anos, alguns de crimes inafiançáveis, ordenou que fôsem ao Promotor Público para dizer o que julgasse a bem da Justiça, e consultou ao Presidente da Justiça; e consultou ao Presidente da Província — “se é lícito ao Ministério Público requerer a prescrição dos crimes”.

O Presidente da Província respondeu que, embora alguns escritores de Direito Criminal entendam que da prescrição se pode tomar conhecimento *ex-officio*, semelhante opinião não pode ser aceita na nossa legislação. Recomendou ao Juiz que promova o andamento dos processos crimes que encontrou, e proceda contra os negligentes.”

PARECER (128)

“O officio do Presidente de Minas contém duas questões:

1.^a — Se o Ministério Público pode alegar a prescrição.

2.^a — Se a prescrição pode ser julgada *ex-officio*.

Quanto à 1.^a questão a opinião do Presidente me parece admissível. O Ministério Público, por sua natureza, não pode

(127) Vol. 28, fls. 550, ano 1864.

(128) Vol. 28, fls. 552 v., ano 1864.

em caso algum alegar matéria de defesa, ainda que esteja dêles inteiramente convencido o indivíduo que o exerce. Esse fala no tribunal em nome da justiça e da sociedade que se presume ofendidas; assim é necessário para a discussão judiciária, da qual deve sair a verdade. O promotor público não pode alegar a prescrição, como não pode alegar a justificabilidade do delito. Isso pertence à defesa, que a lei garante a todo o acusado. (129)

Quanto, porém, à 2.^a questão me parece que o Presidente de Minas não pensa curialmente. A prescrição dos crimes não é estabelecida só em benefício do indivíduo, mas em benefício da sociedade e da ordem pública, que não podia deixar de ser abalada pela instauração de processos de antigos delitos, cujas provas já se tivessem apagado, e cuja defesa seria quase impossível. Nenhum juiz, portanto, em minha humilde opinião pode julgar um crime, que êle conheça do processo achar-se prescrito, muito embora a prescrição não fôsse alegada. Para mim isso equivaleria ao mesmo que julgar como provado um crime não existente; porque de certo não existe mais juridicamente o crime prescrito. (130)

Contra o abuso que possa haver no julgamento *ex-officio* da prescrição tem o Ministério Público os recursos estabelecidos no regulamento de 31 de janeiro de 1842.

Rio de Janeiro, 5 de janeiro de 1864.

J. M. de Alencar”

(129) O Parecer, quanto à primeira questão, está desatualizado. O Ministério Público, na nossa sistemática processual penal, é também um órgão fiscalizador da lei (Código de Processo Penal, art. 257: O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”), e, como tal, tanto pode alegar a prescrição, como as justificativas que beneficiam o réu.

O parágrafo único do art. 61 do Código de Processo Penal autoriza o Ministério Público a denunciar, em “requerimento”, a extinção da punibilidade, que se pode dar, inclusive, pela prescrição (Código Penal, art. 108, IV).

(130) Quanto à segunda, o Parecer é atualíssimo. O art. 61 do Código de Processo Penal prescreve que: “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, *deverá* declará-la de ofício”.

EXTRATO (131)

“O Chefe de Polícia oficiou ao V. Presidente da Província, comunicando que existe na cadeia daquela capital Manuel Joaquim da Cunha cumprindo a pena de 12 anos de prisão com trabalho, o qual, não tendo podido efetuar o casamento que contratou, por não haver conseguido licença dos Chefes de Polícia, pretendia levar a efeito o casamento por procuração, e, entendendo o Chefe de Polícia que êsse casamento não pode fazer-se, e quando pudesse, deveria ser precedido de licença sua, pediu ao R. Arcipreste que embaraçasse e não consentisse no dito casamento.

Declarando o R. Arcipreste que sobrestava nesse casamento, enquanto consultava ao R. Vigário Capitular, pediu o Chefe de Polícia ao Presidente que o esclarecesse, se, no caso de decidir o Vigário Capitular que o prêso pode casar, deve consentir no dito casamento, e se êle se pode efetuar independente de licença da autoridade civil, atenta a condição de ser condenado o prêso.”

PARECER (132)

“Não se trata de pôr em dúvida, como pensou a Seção, o direito que tem o condenado de casar-se; em legislação alguma a condenação é impedimento canônico do matrimônio.

Trata-se unicamente da conveniência de exercer o condenado em certos casos êsse direito civil do casamento.

Posta a questão nestes têrmos, é claro e incontestável que a autoridade incumbida da guarda de presos condenados, pode, por qualquer razão de conveniência pública e administrativa, não consentir no casamento dos ditos condenados.

(131) Vol. 28, fls. 534, ano 1864.

(132) Vol. 28, fls. 535-7, ano 1864.

O casamento é sem dúvida um direito civil, de que não está privado o condenado. Mas o casamento é um direito civil muito especial, e de uma influência sensível sôbre a família e a sociedade. Não é possível, pois, que a sociedade o deixe ser exercido arbitrariamente pelo indivíduo, sem a mínima inspeção da Administração. Do que resultam o que os quesitos chamam *impedimentos civis*, reconhecidos em tôdas as legislações.

Entre nós, pelos alvarás de 29 de novembro de 1775 e 6 de outubro de 1784 se declara que as qualidades de família e conveniência do matrimônio pertenciam à jurisdição temporal; e por leis anteriores já se dava aos juizes de órfãos a atribuição de impedir o casamento dos menores.

Não é, pois, tendência de absorção, nem interferência no espiritual, e necessidade do consentimento da autoridade para o casamento do prêso; é um ato de legitima competência.

Argumenta-se que nenhuma disposição legislativa proíbe o casamento do condenado. Mas se não há necessidade de semelhante disposição, para que existiria ela? A lei entregando o condenado ao cumprimento da pena, exclui implicitamente tudo que se opuser à ação benéfica da correção moral do indivíduo. Embora êle não fique privado dos seus direitos civis, pode-se exercê-los na justa medida e do modo que comportar a sua condição de condenado e prêso.

Um exemplo. Tanto direito tem o indivíduo de casar, como tem depois de casado de cumprir os fins do matrimônio, um dos quais é o principal, e sem dúvida, a coabitação e procriação. Entretanto, a sociedade arranca o criminoso a essa coabitação, priva-o dos gozos matrimoniais; e se alguma vez sua mulher o visita na prisão é por benevolência da autoridade; mas não porque êle tenha direito a isso. Como, pois, contestar a autoridade o direito de impedir o casamento do condenado?

A estas considerações convém acrescentar que o casamento com o condenado à prisão por longo tempo é um casamento imoral, porque não podendo legalmente ser consumado, não tira o fim útil e social da instituição.

Concluo sustentando o direito da autoridade para impedir o casamento do condenado.

Quanto ao casamento celebrado por procuração, entendo que as mesmas razões militam; que o pároco não deve celebrar tal casamento, embora não haja sanção penal para o caso em que o celebre. Contudo, à autoridade eclesiástica superior cumpre evitar que se celebre um casamento, que não terá consumação senão dois anos depois; e que, portanto, durante êsse tempo será um vínculo inútil. (133)

Rio, 3 de junho de 1864.

J. M. de Alencar”

(133) Defensável é a opinião de Alencar, nesse problema palpitante e controvertido. Mas não vemos como conciliar seu admirável senso jurídico e espírito humanitário com o Parecer. Se sustenta que o condenado não está legalmente privado do casamento, como admitir que a autoridade possa impedi-lo de casar? Seria razoável deixar-se o ato de alguém ao arbítrio da autoridade, mormente administrativa, se nenhum dispositivo legal autoriza isso?

“Tout ce qui n'est pas defendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordene pas”.

Poder-se-ia conceber a proibição da saída do prêso para casar-se, mas impedi-lo de casar na capela da prisão ou por procuração seria uma iniquidade.

Não vemos por que considerar o casamento com o condenado à prisão por longo tempo “um casamento imoral”. Ao invés, poderá ter um cunho eminentemente moral, quando, por exemplo, o casamento se dá para possibilitar a legitimação de filhos naturais, ou assegurar à concubina a qualidade de espôsa, com os direitos que lhe são decorrentes.



ESTE LIVRO FOI COMPOSTO E IMPRESSO
NAS OFICINAS DA EMPRESA GRÁFICA DA
"REVISTA DOS TRIBUNAIS" S. A., A RUA
CONDE DE SARZEDAS, 38, SÃO PAULO.
EM 1960.





Impressão e acabamento na Coordenadoria de Apoio Operacional da Assessoria de Comunicação do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em Fortaleza/CE, julho de 2018.


ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



TJCE
EDITORA

