

Alberto Roselli
QUESTÃO Rio
11 Dezembro 1946

DE

HABEAS-CORPUS.

(José de Alencar)



V
341.4327
A368
QUE

RIO DE JANEIRO

Typographia—PERSEVERANÇA—rua do Hospício n. 6
1868.



BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume encontra-se registrado

sob número 2659

do ano de 1974



SENTENÇA PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AOS 28 DE MARÇO DE 1868.

N. 19. — Relatados estes autos: concedem ordem de *habeas-corporis*, para que o paciente possa livremente comparecer no dia 25 do mez seguinte, ás 10 horas da manhã: e passe-se ordem ao juiz municipal da 2.^a vara da Côrte e ao juiz deprecante do termo de Guaratinguetá, afim de que dêem informações sobre a petição de *habeas-corporis*, requerida pelo paciente Dr. Thomaz Cochrane, de modo que cheguem ao conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça as exigidas informações até o dia 24 do referido mez de abril seguinte: mandando-se copias não só desta sentença, mas tambem da presente petição aos ditos juizes.

Rio de Janeiro, 28 de março de 1868.—*Brito,*

presidente. — *Barão de Monte-serrate*. — *França*. — *Mascarenhas*. — *Barão de Pirapama*. — Votei na preliminar que se não conhecesse da petição, por não estar preso o paciente. *Pinto Chichorro*. — *Simões da Silva*. — *Silva*. — *Valdetaro*, vencido. — *Braga*, vencido. — *Cerqueira*, vencido. — *Machado Nunes*. — *Marianni*. — *Leão*, vencido.

Jurou suspeição o Exm. Sr. Conselheiro Manoel Rodrigues Villares e por isso não votou.

Rio de Janeiro, 28 de março de 1868. — O secretario, *João Pedreira de Couto Ferraz*.

(Averbado a fl. 101 do livro respectivo).

PETIÇÃO DE HABEAS-CORPUS.

*Hic pœnæ scelerum ultrices posuere tribunal
Sontibus undè tremor, civibus undè salus.*

A este Supremo Tribunal, pela Constituição do Imperio collocado na cupola do poder judicial, como a primeira garantia da segurança individual, recorre o abaixo assignado, cidadão brasileiro, para o fim de obter uma ordem de *habeas-corpus* em favor do Dr. Thomaz Cochrane, cidadão inglez, illegalmente constrangido em sua liberdade.

Rara vez um facto desta ordem abalou a moralidade e sizudez reconhecida do fôro brasileiro.

I.

É notorio nesta Côrte que pelo juizo munici-

pal da 2.^a vara se expedio contra o Dr. Thomaz Cochrane um mandado de prisão, cuja certidão foi negada, como prova o documento junto (n.º 1).

Embora ainda não tivesse execução o mandado, o receio de uma prisão decretada e imminente importa manifesto constrangimento da liberdade do Dr. Thomaz Cochrane. É o constrangimento que os jurisconsultos chamam *per minas*.

Já este Augusto Tribunal por um sabio aresto consagrou a doutrina racional, que não restringe o *habeas-corporis* ao caso unico da detenção, estabelecendo sua competencia para toda especie de coacção material da liberdade.

No dia em que o Conselho Supremo da magistratura brasileira tornou em realidade, um principio tão claro da lei, o Brasil obteve uma victoria ainda mais gloriosa do que os triumphos esplendidos alcançados pelo heroismo de seus soldados; porque esta foi victoria da paz e da liberdade.

A lei não podia ser mais explicita a respeito da amplitude da competencia do *habeas-corporis*.

O art. 340 do Codigo do Processo diz: *uma prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade*. Se estivesse na mente do legislador referir-se unicamente ao carcere privado, empregaria o termo proprio *detenção*. A palavra *constrangimento* revela um pensamento mais largo e liberal.

A lei ingleza, de que a nossa foi copiada quasi litteralmente menciona tres grãos, a prisão, a detenção e o constrangimento: *imprisoned, detained, restrained*. Actos 3 e 16 de Carlos I. Entendeu o legislador brasileiro muito judiciosamente que bastava usar do termo mais generico.

O art. 352 do Codigo do Processo é igualmente muito explicito; manda conhecer do caso do *habeas-corpus*, quer sendo o paciente apresentado por carcereiro ou detentor, quer *vindo por qualquer outra maneira perante o juiz ou tribunal*. Por força dessa disposição, ao individuo solto ou mesmo evadido, não se póde recusar o remedio contra a violencia de que fôr victima.

Se o processo de *habeas-corpus* descripto no Tit. 6.º do Codigo se refere ao caso de prisão ou detenção, é porque sendo o mais grave, as regras para elle estabelecidas comprehendem todo e qualquer facto de constrangimento. O mais fôra prolixidade condemnavel do legislador.

Pela Constituição brasileira ninguem póde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 179 § 1). Qualquer pessoa coacta por uma ordem illegal de prisão, não está pois na plenitude de sua liberdade.

Qual é o meio efficaz de fazer cessar immediatamente a violencia a não ser o *habeas-corpus*?

A letra, expressão material da lei, corresponde

perfeitamente ao espirito do legislador. A alma de liberdade que animou os venerandos cidadãos de 1831, não podia abrigar um pensamento de protecção ao arbitrio, justamente quando dotava o Brasil com um excellente Codigo de Processo Criminal, e nacionalisava entre nós a importante instituição do *habeas-corporis*, magna carta da segurança individual.

Uma prisão é illegalmente decretada, com preterição de todas as fórmãs e manifesto escandalo de justiça. As provas dessa arbitrariedade são levadas ao juiz ou tribunal competente para concessão de *habeas-corporis*. Não resta a menor duvida a respeito da violencia que soffre o cidadão.

Entretanto, ha de o tribunal conservar-se impassivel e dizer a essa victima da prevaricação: — « Não vos dou o remedio da lei contra a violencia, porque apenas soffrestes uma parte della, ainda falta a consummação. »

A prisão illegal é um crime. Os tribunaes, ministros da justiça, têm por dever, sempre que possam, evitar que um crime qualquer, embora iniciado, chegue a consummar-se. Que mais poderoso instrumento para taes casos do que o *habeas-corporis*? A lei por isso attribuiu a iniciativa tambem ao proprio magistrado. (Codigo art. 344).

O supplicante acata como deve o parecer muito illustrado, que diverge desta interpretação liberal;

e o esforço que emprega em sustentar sua opinião dá a prova cabal de um profundo respeito.

Tamanha latitude tem o *habeas-corpus* em Inglaterra que o poder judiciario o applicou até ás restricções domesticas, ainda quando impostas por pai ou marido. BLAKSTONE—*Comm.*—Not. ao L. 3.º C. 8.º § 2.º Esse mesmo jurisconsulto, declara que a conservação de um homem em casa particular e até o facto de o reter na rua, é considerado uma prisão, *inprisonement*. — *Comm.* cit. L. 1.º C. 1.º

É claro portanto que as palavras, *restricção de liberdade*, não se referem áquellas especies de coacção, designadas pelo nome de prisão; e sim a outros quaesquer constrangimentos.

Em Inglaterra o processo de *habeas-corpus* é expedito, a ponto de qualquer juiz concedel-o independente de conferencia do tribunal. Os casos de prisão preventiva foram tão claramente definidos, que a reparação da violencia torna-se infallivel. No Brasil onde a segurança individual não tem essas garantias, deve o poder judiciario se empenhar ainda mais por evitar e prevenir os agravos da authoridade contra a liberdade privada.

Não ha lei que prohiba alguém de resguardar-se de uma arbitrariedade. Portanto, essa circumstancia, nem contraria a direito, nem con-

traria á moral, não deve privar o cidadão do recurso que lhe deu a lei para defeza de sua liberdade.

Pelo Codigo do Processo art. 179, o individuo a quem o official de justiça apresentou o mandado de prisão, intimando-o para acompanhal-o, está preso. Entretanto, pôde evadir-se, pois não se acha materialmente impossibilitado; o que o contém é o receio de maior mal, e talvez que unicamente o respeito á authoridade.

Acaso estará menos constrangido do que esse, o individuo contra quem existe mandado de prisão? Não se acha elle igualmente sob uma ameaça que o coage?

Espera pois o supplicante vêr consagrado ainda uma vez o principio altamente liberal e justo da competencia do *habeas-corporis* para qualquer especie de constrangimento illegal.

II.

O facto que deu origem ao procedimento judicial é narrado pelo Dr. Cochrane desta maneira :

Em 1837, uma tarde, partindo de Guaratinguetá, caminho de Lorena, foi assaltado por tres individuos. O camarada do Dr. Cochrane, por

nome Manoel, matou em defeza a um dos assaltantes, chamado Leite.

As circumstancias especiaes do facto não importam neste momento. Por bem de sua reputação, que sempre zelou como homem probo, o Dr. Thomaz Cochrane ha de colligir todas as provas para mostrar a falsidade da imputação.

Mas esse julgamento, pertence ao fôro moral; porque no fôro do crime o facto está prescripto.

São decorridos mais de trinta annos; e nesse longo espaço teve o Dr. Thomaz Cochrane seu domicilio e effectiva residencia na Côrte com a maior notoriedade. Apenas fez do Brasil duas ausencias temporarias; da primeira, em 1851, partio para Inglaterra em 14 de outubro e voltou a 6 de abril do anno seguinte; da segunda, em 1853, partio a 17 de março e voltou a 4 de setembro.

Todas estas circumstancias estão provadas com os dous documentos juntos. O primeiro (n. 2) é a certidão da Santa Casa de Misericordia mostrando que o Dr. Thomaz Cochrane occupa o predio da rua da Ajuda n. 61, desde abril de 1846 até o presente e sem interrupção; 22 annos. O segundo (n. 3) é a justificação dada com audiencia da promotoria e depoimento de 6 testemunhas maiores de toda a excepção.

A prescripção portanto é manifesta, por força

do art. 273 do Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842. Ainda quando houvesse pronuncia, deve ella estar caduca na fórma do art. 275 do citado regulamento.

A lei não subordinou a ausencia dentro do imperio em lugar sabido á clausula *sem interrupção* especial e restricta ao prazo decennial da presença dentro do termo. Ausentando-se temporariamente, mas conservando seu domicilio e até residencia no Brasil, o Dr. Cochrane está nas condições do citado art. 273.

As leis penaes são interpretadas em sentido favoravel. *Benignius leges interpretanda sunt, quo voluntas eorum conservetur.* D. 19 de leg. A legislação brasileira a respeito de prescrição é a mais rigorosa que existe. Em França os crimes prescrevem em dez annos sem clausula. (*Cod. de Instrucção* art. 637.) O mesmo principio vigora em Portugal. (*Cod. Penal* art. 123).

Seria pois além de repugnante a disposição expressa da lei, barbaro, o pensamento de restringir a ausencia dentro do Imperio a uma estada material sem interrupção de um dia.

Felizmente, por honra do paiz, ainda não houve quem aventasse a idéa dessa interpretação draconiana.

Os esclarecimentos que este Augusto Tribunal requisitar do juizo municipal de 2.^a vara, hão

de patentear sem duvida a prescripção; assim como revelar o estado em que se acha o procedimento judicial contra o Dr. Thomaz Cochrane.

Tal procedimento, qualquer que elle seja, ou simples formação de culpa, ou já pronuncia, está virtualmente aniquilado por força da prescripção.

O art. 147 do Codigo do Processo dispoz: « *A formação da culpa terá lugar emquanto não prescrever o delicto.* » Tão importante considerou o legislador essa garantia, que repetio o principio salutar no art. 149 e 329 do mesmo Codigo, no art. 270 do Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842, e art. 31 § 4.º do Reg. de 2 de outubro de 1851.

A prescripção é lei de ordem publica. A sociedade seria perturbada com a escavação de factos remotos cuja defeza se torna difficil, quando não impossivel, ao accusado. Por essa razão de alta conveniencia prohibio a lei terminantemente que se formasse culpa de crimes caducos.

A jurisprudencia fixou já uma praxe em tudo conforme á nossa legislação. Um tribunal, como este respeitavel, o tribunal de Cassação de Pariz decidiu em 1 de fevereiro de 1833: « E' constante que em materia criminal, correccional e

policial a prescripção deve ser supprida *ex-officio* pelos juizes, como preceito absoluto e de ordem publica »—DALLOZ—*Presc. ROGRON—comm, ao art. 637 do Cod. da Instrucção*. Esta é tambem a doutrina do art. 1207 da Reforma Judiciaria de Portugal.

No caso vertente, havia senão prova da prescripção pelo menos uma presumpção por tal modo vehemente, que o juiz devia hesitar em promover o andamento do processo, quanto mais ordenar a medida extrema da prisão antes de resolver a excepção prejudicial.

Com effeito a data do facto, a estada do indiciado no paiz então e actualmente, sua residencia notoria na Côrte por longos annos, estabeleciam aquella presumpção, que se tornaria em prova plena logo que o juiz mesmo em segredo ouvisse duas ou tres testemunhas.

Qualquer que seja o estado do processo, ou se trate de simples formação de culpa ou de uma pronuncia caduca; a prisão é manifestamente illegal pelos dous motivos mencionados no art. 353 § 3.º e 5.º; porque está evidentemente nullo o processo que se innovou; e por que cessou a justa causa que porventura houvesse antes da prescripção.

Parece ao supplicante que semelhante pronuncia não póde legalmente existir á vista da dis-

posição muito terminante do art. 233 do Código do Processo: « Não será accusado o deliquente estando ausente fóra do Imperio ou em lugar não sabido nos crimes que não admittem fiança.»

Se as justiças de Guaratinguetá sabiam onde estava n'aquelle tempo o Dr. Thomaz Cochrane, achando materia para a accusação, o fariam prender. Do contrario estavam inhibidas de proseguir no processo.

Mas ainda que exista semelhante pronuncia ella não impede o *habeas-corporis*.

E' convicção do supplicante que da prisão proveniente de pronuncia não cabe o recurso extraordinario do art. 340 do Código: porque essa prisão tem em seu favor a presumpção da legalidade e não póde ser considerada evidentemente nulla na fórmula do art. 353 § 3.º

Mas a prescripção elimina a pronuncia; a sentença deixa de existir em direito; uma lei de ordem publica não consente que possa reviver. A prohibição dos arts. 147, 149 e 329 do Código e 270 do Regulamento de proceder a respeito de crimes prescriptos, annulla implicitamente quaesquer actos que se pratiquem para reviver um julgado morto.

A prisão em tal caso não é effeito legal da sentença de pronuncia, porque esta não tem, não póde ter mais effeito; deixou de ser. A

prisão é então simples resultado de uma ordem do juiz, de uma arbitrariedade.

Em idênticas circumstancias estaria a prisão de um réo que já houvesse cumprido a sentença condemnatoria e não obstante a pretexto da mesma fosse retido na cadêa. O *habeas-corporis* ahi não obraria sobre a sentença, facto consummado, porém unicamente sobre uma violencia acobertada por ella.

É tambem convicção do supplicante que não cabe o *habeas-corporis* onde ha um recurso ordinario. Mas quando se trata de leis de ordem publica, como a prescripção e a fiança, o cidadão brasileiro tem o direito de reclamar sua prompta execução perante os tribunaes superiores, desde que as souber infringidas pelos juizes de 1.^a instancia para constringer a liberdade de alguem.

O *habeas-corporis* neste caso não funciona como recurso da parte, mas como o direito imprescriptivel do cidadão brasileiro, embora não offendido individualmente, de defender a justiça e a lei. Póde a parte renunciar a prescripção ou desistir della; os tribunaes são obrigados a impedir que se infrinja uma lei de ordem publica, uma garantia social.

Em França, onde a legislação criminal em tempo algum foi liberal como é a nossa, o tribunal de Cassação declarou por aresto de 5 de

junho de 1830 que apesar do silencio ou renuncia da parte o juiz estava obrigado a pronunciar a prescripção criminal. (ROGRON cit.)

A fiança tambem é recurso da parte, que a póde requerer ao juiz do processo. Entretanto, preso um indiciado em crime affiançavel, tem o cidadão brasileiro o direito de levar o facto immediatamente pelo meio energico do *habeas-corpus* ao conhecimento do tribunal superior; e este o dever de corrigir o abuso. Codigo art. 352.

A competencia e a justiça do *habeas-corpus* para fazer cessar o constrangimento do Dr. Thomaz Cochrane, não podem ser mais evidentes.

A luz se fará muito breve sobre todo esse misterioso processo e patenteará uma triste verdade.

Não foi um crime que prescreveu, mas uma simples imputação, uma suspeita. Eis o que torna ainda mais grave e iniquo o vexame de que é victima o Dr. Thomaz Cochrane.

Se a justiça de sua causa não achasse apoio neste Augusto Tribunal, além da prisão illegal que o ameaça teria de passar por outro vexame, qual, e de ser arrancado á seu fôro natural para ir defender-se em um fôro estranho, que

abandonou a trinta e um annos, em um fôro, cuja competencia está manifestamente perempta ainda quando não estivesse prescripto o facto.

Seria duro que um homem depois de patentear sua innocencia perante o primeiro tribunal do paiz, onde assistem jurisconsultos dos mais respeitaveis, tivesse de soffrer uma prisão illegal; uma prisão condemnada por uma lei de ordem publica, qual é a prescripção.

Ainda quando este Augusto Tribunal denegasse toda justiça, recusando o *habeas-corpus*, elle não se podia eximir a vista da petição de tomar conhecimento da prescripção e decretal-a.

« A prescripção póde ser opposta perante o juiz do recurso, ainda mesmo quando este fosse apenas provocado por um incidente, e houvesse unicamente de prover sobre algum vicio de fórma. » DALLOZ, cit. n. 177.

Esta jurisprudencia é como declara um aresto, a jurisprudencia monumentaria do tribunal de Cassação.

Se o Dr. Thomaz Cochrane subtrahio-se até agora á violencia, elle virá confiado na justiça de sua causa pôr-se ao abrigo deste Augusto Tribunal, onde só impera a lei.

Espera pois o supplicante que este Supremo Tribunal usando de uma das mais nobres e elevadas attribuições do poder judiciario, de con-

formidade com o art. 342 do Código do Processo, mande expedir no prazo mais breve uma ordem de *habeas-corpus* em favor do Dr. Thomaz Cochrane. E comparecendo elle, depois de examinado o caso, o mande este Augusto Tribunal, livre, solto e desembaraçado de qualquer constrangimento.

O supplicante jura a verdade do allegado, e confia que jámais a liberdade se acolherá debalde ao templo da justiça: *civibus undè salus*.

E. R. M.

José Martiniano de Alencar.

QUESTÃO JUDICIARIA.

Uma questão de summa gravidade está agora na tela judiciaria.

A especie é uma prescrição criminal. O facto já pertence ao dominio publico.

Em 1837 foi morto um homem em Guaratinguetá. Decorridos 31 annos renova-se o sumario; e a justiça local do fôro do delicto manda arrancar violentamente o supposto réo ao fôro natural de domicilio.

Tão precipitado foi o pensamento dessa requisição arbitraria, como docil o instrumento que se prestou a realizal-a.

Fallemos primeiro ao bom senso.

Ninguem contesta a prescrição do facto: ella é de notoriedade publica: as provas já foram colligidas em documento; e apresentadas ao juizo deprecado, que mandou effectuar a prisão.

Entretanto, mesmo em face dessa excepção pre-remptoria e manifesta, pretendem alguns juristas que a prescripção só póde ser julgada pelo juizo municipal de Guaratinguetá.

De modo que por virtude desta opinião, um homem deve ser preso; arrancado á seu domicilio, onde tem sua familia e seus meios de defeza; transportado á lugar remoto e estranho.

E tudo isto para que? Para provar o que está provado; para mostrar o que se acha patente; para pedir lá o cumprimento da lei, que tambem é lei aqui e em todo o paiz.

Assim como o facto aconteceu em Guaratingueta, podia succeder em Tabatinga no Amazonas.

Demos o indiciado preso e remettido para o lugar, de onde o requisitaram; a 100, 200 ou 500 leguas de seu domicilio. Lá chegado tem de allegar a prescripção na fôrma do art. 280 do Reg., por meio de petição articulada, instruida com provas.

Mas como ha de elle fazer esta allegação?

As provas de sua residencia no Imperio, em lugar sabido, durante 20 annos, são testemunhas e documentos. Estes acham-se no lugar de seu domicilio, de onde o arrebataram de surpresa.

De duas uma:

Ou o juiz, se fôr da escola do deprecado, rejeita preliminarmente a allegação, porque não a acha concludente na fôrma do art. 281 do Reg., ou manda proceder a inquirição de testemunhas.

Lá vem, portanto, de Guaratinguetá ou de Tabatinga novo precatório para inquirir aqui na Côrte as testemunhas mencionadas no rol dô accusado. Durante esse tempo é possível que falleçam ou se ausentem algumas dellas, o que exigirá novas dilações.

Afinal julga-se a prescripção.

Depois de mezes ou annos de prisão, consegue emfim essa victima da protelação judiciaria recobrar sua liberdade, tendo soffrido o vexame da detenção, a ausencia de sua familia, o desamparo de seus negocios, os gastos de um processo dispendioso.

Mas, tudo isso foi legal, muito legal, dizem os juristas, porque não havia outro meio de julgar a prescripção; além d'aquelle. E como tudo isso foi legal nem ao menos tem a victima direito a uma reparação tardia.

Fallamos ao bom senso; e o bom senso, que é o alto criterio da razão, superior á toda a sciencia, nos responde:

Se isto é lei, se esse engenhoso enredo, de proposito urdido para colher o cidadão, se chama justiça, triste cousa fica sendo a sociedade.

Realmente o sagrado ministerio da justiça perderia aquelle character augusto que deve ter como o protector da segurança individual e o primeiro defensor da lei.

Interroguemos agora a jurisprudencia.

Ella não desmente a voz do bom senso; porque a jurisprudencia não é outra cousa senão a razão da lei, desenvolvida pela experiencia e a pratica.

A prescripção é lei de ordem publica, que o juiz pronuncia *ex-officio*; diz-nos a jurisprudencia constante do fôro francez que é jurisprudencia quasi universal em direito moderno: e diz-nos a jurisprudencia portugueza firmada em lei expressa (N. R. J. art. 1207).

Em nosso paiz a materia é nova; nosso Codigo do Processo apenas conta trinta e seis annos. Mas, se não temos uma jurisprudencia legendaria como a França, existe em nossa legislação disposição clara e explicita.

Só a não verão os que fecharem os olhos á evidencia.

Os juizes devem proceder á formação da culpa em quanto o crime não prescrever.

Este preceito salutar o legislador não se contentou em consagral-o uma só vez: derramou-o por toda a legislação. Os arts. 147, 149 e 329 do Codigo do Processo, 49 da Reforma, 270 do Reg. n. 120 e

31 § 4.º do Reg. n. 834, reproduzem a mesma disposição.

E' necessario deduzir os corollarios desse principio, tão profundamente imbuido em nossa legislação?

Proceder á formação de culpa de crime prescripto é infringir a lei brasileira. Para evitar essa infracção, que só a boa fé releva, está o juiz na obrigação de julgar *ex officio e preliminarmente* a prescripção, logo que ella chegue a seu conhecimento por qualquer maneira.

Se ha logica, e se a logica é a razão da palavra, eis o que ordena a lei Brasileira.

Suppondo que existisse algum procedimento caduco pela prescripção, é claro tambem que o juiz não pôde renova-lo, sem préviamente julgar a prescripção, de que tenha sciencia, sob pena de infringir o preceito tão repetido da lei.

Desde que a prescripção por força do art. 275 ataca a pronuncia, assim como o crime, a prohibição de proceder á formação da culpa envolve necessariamente a prohibição de continuar no sumario, ou mesmo de passar ao plenario.

Que a prescripção em materia criminal deve ser pronunciada *ex-officio* pelo juiz já ensinava PEREIRA SOUZA *Linhas criminaes* not. 576. Em falta de praxe moderna, podiamos recorrer, se fosse necessario, á praxe anterior, que nossa legislação não revogou.

Mas, póde isto ser ponto de duvida? Não é admiravel que estejamos á discutir agora um principio da jurisprudencia criminal, consagrado por um respeito secular?

A prescripção, disse MATHŒUS, *De crim, ad notam*, é uma das excepções que ainda não oppostas aproveitam, ás quaes o juiz é obrigado de officio a attender necessariamente: *exceptiones, quæ non opposita prosunt, quasque judex officii sui necessitate attendere cogitur*.

Estabelecido, ou antes patenteado o character publico e absoluto da prescripção, a consequencia é facil.

O juiz municipal de Guaratinguetá, escavando nos cartorios um processo anterior á lei de 3 de Dezembro de 1841, devia pela simples data presumir a prescripção.

Esta presumpção tornava-se vehemente desde que a pessoa a quem se imputava o factu estava então e actualmente no Brasil; e não appareciam provas de que houvesse interrompido a prescripção.

Ha um erro, e erro grave em suppôr que ao delinquente compete a prova de sua presença dentro do termo ou fóra do Imperio.

O domicilio se continúa, é regra de direito. A obrigação da prova de ausencia pesa sobre quem a allega em juizo.

Como era possivel no prazo decennial provar

o réo a presença no termo sem interrupção? Devia acaso dar conta de sua vida dia por dia, e exhibir documento de estada?

A tanto leva o erro que denunciámos.

Presumindo a prescrição, era obrigação d'aquelle juiz conhecer della preliminarmente, para não infringir a lei; e para esse fim devia proceder ás diligencias necessarias. Em vez de precatorio para a prisão devia expedir precatorio para inquirição de testemunhas sobre a residencia do indiciado.

Assim pensamos nós, e se erramos, preferimos errar com OS TREILLARD, MERLIN, DALLOZ, e tantas gerações de juriconsultos, do que acertar com o juiz municipal de Guaratinguetá.

Recebendo a precatoria, e constando della que se tratava de uma prisão em virtude de pronuncia anterior a 1841; não devia tambem o juiz deprecado cumprir a requisição illegal, na fórma do art. 142 e 143 do Codigo Penal; porque illegal é a prisão por crime que se presume prescripto, antes de julgada a prescrição.

A promotoria publica não podia se eximir de em seu officio pedir a execução de uma lei de ordem publica, tão absoluta e imperiosa, que aniquilla o processo em qualquer termo ou acto que o apprehenda. Ainda depois de sentença, a prescrição arrebatá o delinquente a pena, e supplanta a cousa julgada.

Como assim? *Res judicata pro veritate habetur.*
A cousa julgada é a verdade patente; mas a
cousa julgada em crime prescripto, é a verdade
caduca; a verdade morta. Aos tribunaes corre o
dever de a declarar prejudicada.

Porque meio?

Só ha um.

A lei creou para estes casos especiaes, que ás
vezes sorprendem o fôro e exigem um recurso
extraordinario, prompto e efficaz, um meio de
preservar, não só o direito individual de uma
violencia, mas sobretudo a lei de um descredito.

E' o *habeas-corporis*.

Nosso primeiro tribunal, onde a illustração e
a imparcialidade se realçam, dirá ao cidadão
brasileiro se a lei é uma realidade digna deste
nobre paiz.

(Do *C. Mercantil.*)

PRESCRIÇÃO CRIMINAL.

I.

A coherencia é mais que um dever, pois é a guarda de todos os deveres.

Quem pensa e obra á sabôr das vicissitudes da vida, só conhece uma norma de acção; o interesse.

E' necessario que o homem soffra o jugo das proprias convicções, para ter o direito de impô-las a outros como expressão da verdade.

A coherencia honra e distingue melhor do que os applausos tantas vezes alcançados com o sacrificio della. Estes lisongeam a vaidade, emquanto a outra satisfaz a consciencia.

Pensando por este modo, não posso ficar indifferente ao reparo que em pessoas de muito respeito suscitou a petição de *habeas-corpus*, por mim recentemente dirigida ao Supremo Tribunal de Justiça.

Melhor fôra que tal reparo sahisse ao lume da imprensa, e se mostrasse qual é para ser julgado. Nunca a censura publica me incutio receio; temo sim a censura latente, que subtrahese á contestação, e mercê do silencio vai subtilmente se insinuando nos animos desprevenidos.

Por isso venho eu mesmo trazer ao dominio da publicidade, para ter o direito de a discutir, aquella supposta incoherencia. Longe de a attenuar, lhe carregarei as côres, á vontade de quem porventura a observou.

Em principio deste anno, escrevi no *Correio Mercantil* algumas considerações ácerca na doutrina do *habeas-corpus*. Foram dirigidas em fórma de cartas e a um dos abalisados jurisconsultos brasileiros, talento robusto que sempre me desvaneci de respeitar. Me notam de incoherente: se o espirito é, o coração, espero, nunca será.

Dos pontos que mais trabalhei, foi a manifesta incompetencia do *habeas-corpus* como recurso contra a prisão resultante de pronuncia, embora esteja ella viciada por nullidades insanaveis.

Copio um trecho que resume a opinião por mim enunciada n'aquelles artigos:

« Desde que termina o summario e o despacho de pronuncia abre a instancia propriamente judiciaria, o cidadão acha-se para com o poder

publico em posição de igual a igual. São partes ambos; tem os mesmos direitos; recursos e garantias tornam-se reciprocos O *habeas-corporis* neste caso viria a ser uma excecencia, uma superfetacão; e mais do que isso, uma iniquidade. »

Adiante ainda assim me exprimi:

« Nenhum tribunal tem o direito do annullar uma sentença obtida *litis contestatione*, senão por meios analogos, pelos recursos proprios do processo; de fórmula alguma por via summarissima, de plano, sobre a verdade sabida sem audiencia do juiz officiante, nem defeza da parte interessada. »

A petição de *habeas-corporis*, que dirigi ao Supremo Tribunal de Justiça, suppõe a existencia de uma pronuncia, caduca por effeito da prescripção.

Eis a contradicção e incoherencia de que uns me accusam e defendem outros.

Aceito a accusação para a destruir completamente, como pretendo e espero. Declino porém da excusa. Nem a situação difficil em que me collocava o facto; nem o mister do advogado, que se consagra á defeza do innocente, me absolveriam da versatilidade, se eu nella houvera incorrido.

Requeri ao Supremo Tribunal de Justiça o *habeas-corporis* em favor do Dr. Thomaz Cochrane;

não como advogado, mas como cidadão brasileiro, possuido da mais robusta convicção de meu direito e confiado na disposição da lei, ainda hoje a mesma lei clara e positiva, que era hontem para mim, simples escriptor.

Por mais caro que fosse o interesse da defeza, não teria elle forças para arrebatarm-me á tão profunda convicção; sobretudo quando era facil entregal-o aos cuidados de alguma intelligencia propecta, de tantas que illustram o fôro brasileiro.

Nada me obrigava a pedir agora o que anteriormente neguei; portanto, se houve incoherencia, não tem ella excusa e deve ser julgada com severidade.

Mas, existe em verdade semelhante incoherencia?

Minha razão protesta e com vehemencia. O *habeas-corpus* que eu requeri no dia 28 de março passado longe de ser uma aberração, ou sequer excepção, da sã doutrina expendida em janeiro nas minhas cartas, é ao contrario a deducção logica d'aquelles principios.

Nem fôra jámais possivel que eu, na integridade da consciencia, requeresse a qualquer juizo, quanto mais ao primeiro tribunal do paiz, uma illegalidade por mim publicamente confessa e provada.

« De prisão por virtude de pronuncia não cabe o recurso do *habeas-corpus* »; disse eu, e repito hoje sem a minima restricção, com a mesma plenitude de espirito, que me levou então a escrever sobre esta importante materia.

O que é pronuncia ?

A legislação brasileira a define com a maior clareza. E' um julgado crime que sujeita o réo á prisão, accusação, julgamento e suspensão do exercicio dos direitos politicos. (Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842, art. 293.)

A pronuncia prescripta não produz nenhum dos mencionados effeitos; carece de força coercitiva para obrigar o cidadão; por conseguinte, na legitima accepção juridica, em face da lei, não é mais pronuncia, da mesma fórma que um direito extincto já não é direito.

Um individuo qualquer, sem autoridade nem fórma de processo, escreve um esboço de sentença obrigando alguem a prisão e livramento. Outro imita a assignatura do juiz, e alterando os autos lavra um falso despacho.

Terão acaso semelhantes simulações o caracter de pronuncia, porque assim criminosamente se denominem? As violencias praticadas á sombra de taes escandalos judiciarios escaparão á competencia do *habeas-corpus*?

De modo algum.

Em jurisprudencia, como em toda a sciencia, os termos têm uma significação technica, a qual não se deve abstrahir. Quando empreguei a palavra *pronuncia*, referi-me ao acto judicial definido na lei do processo criminal e não a todo o papel que alguém se lembre de designar como tal.

Constando que um cidadão soffre constrangimento em sua liberdade á pretexto de informe ou falsa pronuncia, não hesitarei um momento em interpôr dessa violencia o meio prompto e incisivo do *habeas-corpus*: porque nesse caso não existe pronuncia, mas sim um arremedo ou simulação della.

E haverá quem taxe de incoherente esse meu teor de proceder? Haverá quem entenda que minha doutrina da incompetencia do *habeas-corpus* para o caso de pronuncia comprehende implicitamente semelhantes attentados?

Dessa fórma impossivel se tornára escrever em assumpto de direito. Quando se estabelecesse um principio, não bastava firmal-o pela excepção geral, cumpria indicar uma a uma todas as hypotheses contrarias. Que lei resistiria a este systema de interpretação?

Um exemplo.

A Constituição decreta que o juiz applique a lei. O verdadeiro sentido dessa disposição do art.

152 é intuitivo. A attribuição de applicar a lei pertence exclusivamente á legitima entidade *juiz*, e não a qualquer individuo que se arroge esse titulo.

Mas, apparece um juiz, falso, louco ou estrangeiro, que, fundando-se no preceito constitucional, pretende exercer as funcções da magistratura.

Na opinião d'aquelles que me acoimam de incoherente. a lei está obrigada a reconhecer a competencia dos pretensos juizes; porque não os exceptuou expressamente quando estabeleceu o principio geral. Diga embora o legislador que o juiz falso, louco ou estrangeiro não é juiz; e portanto se acha implicitamente excluido da regra; não procede a explicação.

Para evitar a anomalia futura, cumpria que o legislador constitucional usasse desta formula prolixa: « O juiz applica a lei. Entenda-se por juiz o que realmente o é de conformidade com a legislação do paiz. Fica, portanto, exceptuado o juiz falso, louco, e estrangeiro, que não deve applicar a lei. »

Por esse padrão devêra eu tambem enunciar-me a respeito da incompetencia do *habeas-corporis* em caso de pronuncia, para prevenir a pécha de contradictorio. Fôra mister declarar o que de si mesmo estava claro; que por pronuncia sómente

se entende o acto judicial definido na lei. (Art. 293 do Reg).

Este jogo sobre uma palavra não me parece na altura das discussões juridicas; e, pois, não me darei ao trabalho de apagar qualquer impressão que porventura deixasse no espirito dos menos competentes.

A questão de direito, questão importante pelo caso vertente, como por sua novidade no fôro brasileiro, é a da natureza da prescripção criminal em materia de processo, segundo nossa lei.

A prescripção mata o julgado e intercepta a acção em qualquer tempo e instancia, apesar do silencio e renuncia da parte?

Esta virtude da prescripção se produz *ex vi* do facto, ou sómente depois da decisão proferida pelo juiz?

Uma pronuncia prescripta, embora ainda não julgada como tal, surte os effeitos legaes da pronuncia e sujeita áquelle que foi réo á prisão e livramento?

A simples data de uma pronuncia não é bastante para induzir a prescripção e obstar o proseguimento da acção judicialia até se provar que prescripção não existe?

Prender alguém a pretexto de pronuncia prescripta não é o mesmo que prender antes de pronuncia e por mera suspeita?

A solução destes quesitos reclama um estudo largo sobre a these do direito criminal, a que se prendem. A causa da jurisprudencia brasileira prescrevia á outros, titulados pelo saber, essa missão. Ao mais incompetente porém obrigam a causa da innocencia, e aquillo que presa todo homem, o timbre da coherencia.

Ainda bem que a primeira, a causa da innocencia, está sob a guarda do mais elevado tribunal do paiz, dos ministros supremos da justiça brasileira.

A outra causa, o julgamento da minha arguida contradicção é da alçada da opinião, mas da opinião professional e douta.

Se me fosse dado, constituir um jury de sabedoria e illustração para esse julgamento, eu escolhêra sem hesitar na primasia dos jurisconsultos brasileiros, alguns dos mais respeitados.

A esse tribunal, tambem, supremo, de razão, depois de deduzida a defeza, me submetterá sem appello.

II.

A acção penal que nasce de um delicto extingue-se por dous modos :

a consummação,

a supressão.

Quando se desenvolve na conformidade do processo estabelecido até sentença final que absolve ou condemna, a acção penal está *consummada*.

Quando uma lei maxima, eliminando o crime ou seu agente, cassa á sociedade o direito de punir, a acção penal fica *supprimida*.

São tres as causas suppressivas da acção penal :

a morte do delinquente,

a amnistia,

a prescripção.

Trata-se, aqui da ultima destas causas : de sua razão e fundamento no direito criminal, assim como de sua função em materia de processo.

A prescripção, na lei penal, resulta do mesmo principio que na lei civil ; em um e outro caso é a perda de um direito pelo facto do abandono do titular. Como o individuo abandona o bem, a sociedade abandona a punição.

Todo direito envolve para seu depositario a obrigação de o exercer. A absoluta inercia do direito durante um prazo longo importa necessariamente sua devolução ou renuncia tacita. É este o fundamento legitimo da prescripção.

Geralmente os escriptores a attribuiram em materia criminal a duas razões ; á punição moral obtida pelo remorso, e á impossibilidade de col-

ligir uma prova exacta do facto. Mas, como perfeitamente demonstra ORTOLAN, a razão capital é que o poder social de punir cessa com o lapso de tempo estabelecido na lei. (*Droit penal* — Liv. 1.º, tit. 6.º, cap. 2.º, § 2.º),

≡ Esta origem dá á excepção o character absoluto que ella mantem na jurisprudencia desde tempos remotos: *exceptiones quæ non oppositæ prosunt quæque iudex officii sui necessitate attendere cogitur.* — MATHŒUS — *De crim. ad notam.*

Em França a doutrina está firmada por antigos e repetidos arestos, na phrase eloquente de uma sentença, « os monumentos da jurisprudencia do tribunal de Cassação. » Convém especialmente consultar os arestos de 12 de agosto de 1808, 5 de junho de 1830, 1 de fevereiro de 1833 e 1 de julho de 1837. Foram transcriptos no conhecido repertorio de DALLOZ.

Em Portugal a praxe antiga e constante, como refere PEREIRA SOUZA (*Linh. criminaes*—not. 576), estabelecêra a mesma jurisprudencia. A Ordenação no liv. 5.º tit. 2.º § 4.º já consagrava o principio, que mais tarde foi desenvolvido na Reforma judiciaria art. 344 e N. Reforma, art. 1207.

No Brasil vigora, emquanto se não oppõe a lei expressa, a antiga praxe do fôro portuguez, que tambem foi nosso. Demais, já possuímos uma jurisprudencia a esse respeito. Se ella não se

funda em arestos dos tribunaes superiores, tem não obstante uma grande autoridade moral.

O Governo no aviso n. 269 de 21 de junho de 1865 declarou que a prescripção deve ser julgada *ex-officio* para evitar a applicação de uma pena illegitima : e, portanto, o mesmo promotor é competente para allegal-a, não como defeza da parte, mas como obstaculo á acção.

Esta decisão tem o cunho da proficiencia : é do Sr. Conselheiro Nabuco, então ministro da justiça. A consulta da Secção do Conselho de Estado está assignada por juriconsultos muito reputados, entre os quaes ainda tinha o paiz a fortuna de contar o illustre Visconde do Uruguay.

Quem escreve estas considerações tambem correu em parte minima para aquella decisão. Cerca de tres annos depois achou-se inopinadamente sustentando a mesma doutrina que então expendeu a respeito do character absoluto e official da prescripção. E' um symptoma pelo menos de constancia e firmeza na convicção.

Outro eminente juriconsulto brasileiro, o Sr. Visconde de S. Vicente, em uma obra sempre consultada com proveito, escrevia, em relação ao nosso processo criminal, que a prescripção ainda não allegada deve ser julgada *ex-officio*. « E' um principio de ordem, justiça e conveniencia social

que não póde pender do silencio ou ignorancia do réo. » (*Ap. do Processo Criminal*, n. 372, 2.ª edição).

Não se trata pois, de uma lacuna do direito brasileiro, que se busque supprir com a lição de outros paizes. Invoca-se a jurisprudencia franceza, não como subsidio, mas como exemplo para dar á nossa o vigor da sciencia pratica e a força da doutrina professada por tão illustre magistratura.

Em materia de prescripção, porém, o Brasil possui mais que uma jurisprudencia, pois tem lei clara e explicita.

« De crime prescripto não se fórma culpa. » Este preceito acha-se reproduzido em varios pontos de nossa legislação criminal, revelando quanto no pensamento de seus autores estava presente e viva essa excepção de ordem publica, essa innocencia obtida pelo esquecimento. Cod. arts. 147, 149 e 329. Ref. e art. 49 Reg. art. 260. Reg. n. 834, art. 31 § 4.º

Se o crime prescripto foi pelo legislador brasileiro considerado como um não-crime, pois coarctou-se aos tribunaes a jurisdicção de proceder a respeito delle, tenho por incontestavel que esse mesmo character absoluto e peremptorio subsiste em todo e qualquer tempo ou acto do processo.

Em verdade, quanto não seria absurdo que, antes de iniciada a acção, tivesse a prescripção a virtude de uma lei de ordem publica para impedir a abertura da instancia criminal; e todavia, apenas instruido o summario, mudasse completamente de natureza, tornando-se em meio de defeza, em mero interesse privado.

Os inventores dessa nova e singular jurisprudencia a lançam á culpa da lei. E' na disposição do art. 276 do Reg. que se acastellam os pretensos defensores do direito brasileiro contra as invasões das theorias francezas.

« Os réos poderão allegar a prescripção em seu favor em qualquer tempo e acto do processo, » diz a letra d'aquelle artigo. Mas bem longe estava quem a escreveu de prever a esdruxula consequencia que os commentadores haviam de mais tarde inserir nessa disposição. Das palavras do art. 276 concluíram que a prescripção não póde jámais figurar no processo criminal, senão pelo meio decretado da *allegação*.

Mais estranha do que essa conclusão é sem duvida a pretensão de que se ufanam seus autores. Dão-se como os fieis e restrictos observadores da lei. Os outros não passam de sophistas e ampliadores que desprezam a letra para divagarem pelo campo da theoria.

Nada realmente mais commodo. Enxertar na

legislação preceitos exóticos, e arrogar-se o título de severo e escrupuloso na litteral applicação da lei.

Supponha-se que o legislador brasileiro não tivesse escripto aquellas palavras — *os réos poderão allegar*. Haveria quem, dada essa omissão, entendesse que o réo ficava excluído de produzir em juízo, e como meio de defeza, aquella excepção peremptoria?

No pleno dominio do Código, antes da Reforma, não havia disposição equivalente á do art. 276 do Reg. Porventura estava então o accusado inhibido de allegar a prescripção, pelo futil motivo de lhe não ter a lei expressamente concedido a faculdade?

Portanto, empregando a phrase citada, o legislador não teve em mente definir uma garantia, ou estabelecer uma fórmula substancial. Fôra necessidade com effeito determinar o que já estava determinado pela natureza como pela sociedade, o exercicio do direito sagrado da defeza.

O art. 276 cogitou de outra idéa muito differente, e essa de grande alcance. Foi deixar a maior latitude no emprego da excepção, a qual pelo seu mesmo character de ordem publica não podia ficar dependente das formulas do processo e restringida a prazos fataes.

Eis o pensamento que resumbrá na disposição

citada: « allegar a prescripção em qualquer tempo e acto do processo da formação da culpa ou accusação, perante o juiz municipal ou de direito, conforme a natureza e estado dos processos e com interrupção delles, emquanto á causa principal. »

Todas as vezes que a razão do jurista abdica ante a letra cega da lei, ella é fatalmente arrasada ao absurdo.

Aqui temos um exemplo bem frisante.

Se pela força etymologica do art. 276 não ha no direito brasileiro senão a formula unica da allegação da parte, sob qual a prescripção possa introduzir-se no processo, torna-se legitima a accusação e condemnação do individuo positivamente declarado innocente por lei.

Mencionando aquelle artigo como juizes da prescripção, apenas o municipal e de direito, não poderá a parte, pela cegueira da letra, exceptuar na segunda instancia em gráo de appellação ou revista. Se, portanto, a relação, corrigindo a má classificação do delicto, reconhecer a existencia da prescripção, é todavia incompetente para julgal-a, mesmo a requerimento da parte.

Como já a competencia do juizo municipal e de direito cessou com a transferencia do processo á superior instancia, segue-se que ficará existindo uma prescripção, isto é uma innocencia,

reconhecida e confessada pelos tribunaes, mas impossivel de ser julgada.

E com essa interpretação, assim inçada pelo absurdo, querem aniquillar a clara e terminante disposição da lei (arts. 147, 149 e 329 do Cod.) e a jurisprudencia firmada pelo voto do governo, por opiniões respeitaveis, pela antiga praxe de nosso fôro, finalmente por uma lição universal entre os povos cultos!

Luminaria disputando á claridade do sol! Eis o effeito que em mim produz semelhante argumento. Cumpre, porém, fazer justiça ao fôro de nosso paiz; essa idéia enfesada apenas fluctuou em alguns espiritos, que na primeira surpresa da questão nova não tiveram tempo e oportunidade de concentrar-se. Taes opiniões subitas, como certas hervas ephemeras, brotam da superficie do pensamento; não tem raizes, o por isso logo se fanam.

Chegado ao termo da primeira demonstração, posso resumil-a no seguinte axioma juridico:

A prescripção é uma innocencia, innocencia adquirida pelo abandono da acção penal; tem, portanto, em direito o mesmo character e virtude da innocencia original. São leis de ordem publica, principios absolutos, que o juiz está implicitamente obrigado por seu proprio officio a julgar, independente do silencio e renuncia da parte.

Esta é a theoria, a substancia; cumpre vêr agora a fôrma pratica.

III.

Para estabelecer a prescripção no crime, como no civil, é indispensavel o concurso dos dous elementos:

- o lapso do tempo,
- o abandono do direito.

Na combinação destes dous elementos, variam as legislações dos diversos paizes; marcando maior ou menor prazo; subordinando a presumpção da renuncia a certas condições.

O Codigo Napoleão, que influio no direito penal um espirito de liberalismo, reduzira á metade o antigo prazo. Em França prescrevem os crimes ao fim de dez annos, os delictos de tres, e as contravenções de um, sendo a prescripção interrompida unicamente pelos actos de formação da culpa. (Arts. 637, 638 e 640).

Este systema liberal foi adoptado geralmente pelos paizes que receberam a salutar influencia reformista da revolução franceza. O Codigo Penal portuguez apenas se apartou em um ponto: no prazo dos crimes correccionaes, que ficou de cinco em vez de tres annos. (Art. 123 §§ 1, 2 e 3).

O Brasil, tendo acompanhado o grande movimento da civilisação que operou-se na Europa em fins do seculo passado e principio deste, hesitou a respeito da prescripção. Deve-se attribuir essa timidez ao estado de atrazo de nossa judicatura, e á consequente protelação ou deleixo na punição dos delictos.

O Codigo em geral estabeleceu prazos mais breves do que vigoram actualmente depois da reforma; porém a prescripção ficou dependente da presença dentro do termo, ou ausencia dentro do Imperio, em lugar sabido. Fóra destas condições, o crime era perpetuo, ainda que fosse uma simples infracção policial!

A lei de 3 de Dezembro e seu regulamento mantiveram em parte essa iniqua disposição, que transforma a justiça publica em uma vindicta rancorosa. Com que direito a sociedade se arroga o poder de castigar um facto esquecido, apagado por uma longa virtude, um facto cuja punição, em vez de exemplo, só produzira indignação ?

A exhumação do crime sepultado no esquecimento equivale á profanação de uma existencia honesta. Demais, não é decente para a sociedade expôr no presente sua negligencia de outr'ora, ou sua impotencia para a correção do delicto.

Além de conservar aquelle principio duro, a

reforma alongou os prazos. Em relação aos crimes graves, attingio o maximo da antiga prescripção de vinte annos, instituida pelo direito romano. *Quærcela falsi temporalibus præscriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione.* (Lei cornelia.)

Nossa lei criminal, portanto, é nesse capitulo mais austera que o direito romano, e a jurisprudencia portugueza, firmada pelos commentadores da Ord. do Liv. 5.º Tit. 117 § 23 (REPERTORIO—*Prescr.*) A excepção era absoluta no antigo direito; cobria todo réo, quer presente, quer mesmo evadido.

A regra vigente distingue tres grãos de prescripção.

Para os crimes policiaes: um anno de presença no termo sem interrupção; tres de ausencia em lugar sabido dentro do Imperio. Para os crimes affiançaveis: seis annos de presença no termo sem interrupção, dez de ausencia em lugar sabido dentro do Imperio; vinte de ausencia em lugar não sabido ou fóra do Imperio. Para os crimes inaffiançaveis: dez annos de presença no termo sem interrupção; vinte de ausencia dentro do Imperio em lugar sabido. (Reg. 120, arts. 271, 272 e 273).

O espirito dessas disposições se patentea á simples observação.

Entendeu o legislador brasileiro que a renun-

cia, por abandono da acção penal, depende do impedimento que por ventura obste á energia da authoridade na investigação do delicto. Considerou nesse impedimento duas especies :

I. O impedimento absoluto, que susta perpetuamente a prescripção ; *contumacia*, isto é a estada fóra do Imperio ou dentro, em lugar não sabido.

II. O impedimento relativo, que apenas alonga o prazo da prescripção ; *ausencia*, isto é, a estada fóra do termo, em lugar sabido, dentro do Imperio.

Com este criterio da lei, torna-se evidente o modo porque funciona a prescripção no Processo Criminal.

Adopto para exemplo o caso vertente, que levantou esta discussão : o caso de uma pronuncia prescripta em crime inaffiançavel, na conformidade da disposição combinada dos arts. 273 e 275 do regulamento. Decorridos 31 annos, surgiram os autos esquecidos, que algum juiz por ventura á cata de celebridade mandasse escavar no cartorio.

Qual procedimento cumpria a um magistrado que sabe a lei, e guarda, não as palavras, porém a força e poder—*vim et potestatem*?

Veamos :

A pronuncia é de 1837. Foi obtida tumultua-

riamente com infracção escandalosa dos arts. 233 e 314 do Código; não obstante, é uma pronuncia, presumida legal, porque as nullidades que a invalidam foram cobertas pelo julgado, e só podem ser descobertas na superior instancia provocada pelo recurso competente.

Mas essa pronuncia tem 31 annos, mais onze do que o maior prazo estabelecido no art. 273. Portanto em face da lei, e pela simples evidencia de sua data, está manifestamente prescripta; salvo o caso de superveniencia do justo impedimento, que obstasse a accusação.

Esse impedimento, se acaso existio, á justiça publica ou á parte accusadora compete proval-o. Emquanto essa prova não fôr ventilada em juizo com audiencia do interessado, e afinal reconhecida por sentença, é havida como não existente. Nenhum juiz tem direito de presupôr-a, para o effeito de reviver uma pronuncia morta, e á sombra della violentar a liberdade individual.

Se alguém houve tão arrebatado que o fizesse, praticou attentado igual ao de suppôr a existencia de um crime, do qual não houvesse ainda em juizo prova, nem indicio; e basear sobre essa mera supposição uma pronuncia. A analogia é perfeita; pois o crime prescripto está por nossa legislação, como pela jurisprudencia, considerado não-crime.

A obrigação que tem a justiça de provar o impedimento da prescripção não é só um principio racional, mas tambem uma regra firmada pela jurisprudencia de todos os paizes.

Em direito penal a maxima — *actori incumbit onus probandi* — recebe uma applicação rigorosa em relação ao ministerio publico. Sobre elle recahe a necessidade de mostrar a existencia do delicto e destruir a presumpção de innocencia que favorece todo o accusado. Lêr-se-ha com proveito sobre este ponto — BONNIER, *Tratado das Provas*, ou MITTERMAYER, da *Prova Criminal*.

No caso da prescripção de uma pronuncia, a justiça é de novamente autora. Foi autora da primeira vez, instaurando summario contra o indiciado; torna-se autora segunda vez, pretendendo reviver o processo morto e punir um crime que a lei já desvaneceu pelo lapso do tempo.

Portanto pesa sobre si o *onus probandi* á cerca da improcedencia da prescripção, evidente no processo pela data da pronuncia. Emquanto não manifestar em juizo a ausencia do réo, não póde reviver o julgado caduco e admittir a sobrevivencia do crime.

Pela praxe antiga de nosso fôro tambem o ministerio publico está sujeito á mesma obrigação.

« Justo impedimento excusa, e se ha de provar por aquelle que o allega para poder valer-se delle.»
REPERTORIO, *Imp.* — Esta regra, deduzida das orde-

nações pelos commentadores, é d'aquellas que se impõem ao espirito como verdadeiros axiomas. A quem realmente competiria provar um facto proprio, senão ao mesmo que o allega e tem nelle interesse ?

Ha outro brocardo de direito romano muito conhecido : *factum negantis probatio nulla est*. Se no fôro civil a applicação dessa regra admite excepção, no fôro criminal todos reconhecem seu character absoluto. O réo está isento de provar que não commetteu o delicto ; assim como de provar que não sahio do termo ou do Imperio.

« Negativa se não pôde provar, nem articular, salvo sendo coartada a certo tempo e lugar. » (REPERTORIO E ORD. liv. 3.º, tit. 53, 10 §). Não está sem duvida nesta condição uma negativa que abrange dez ou vinte annos, e pôde referirse a muitos lugares, como seja a da ausencia do termo.

Em verdade seria irrisorio obrigar um individuo a exhibir em juizo auto de sua presença continua no termo durante o espaço de tantos annos, afim de tornar certa sua negativa de ausencia, ainda mesmo momentanea. Um dia, que não fosse mencionado, bastava para inutilisar a defeza.

Pela jurisprudencia ingleza o onus da prova pesa sobre aquella parte que ficaria prejudicada

pela ausencia della. (GREENLEAF pag. 99, tom. 1.º, BONNIER, n. 45.) No caso presente de uma pronuncia datada de 1837 contra uma pessoa residente no Brasil, em falta absoluta da prova de ausencia ou presença, quem decahia ?

Sem duvida que a justiça, pois nesse caso o réo seria considerado residente no Imperio. Então, pelo criterio racional da jurisprudencia ingleza, a justiça compete antes de reviver uma pronuncia prescripta, fazel-a julgar como subsistente e em vigor.

Ainda por uma face, apresenta-se a questão sob o mesmo aspecto.

A presumpção constitue em nossa legislação uma prova ; e a presumpção de direito, *tantum juris*, uma prova tão robusta, que só *com provas muito plenas e liquidissimas póde elidir-se*. Leis de 4 de agosto de 1773 e de 6 de junho de 1755, Alv. de 11 de maio de 1770 § 5.º Ord. liv. 3.º tit. 53 § 3.º Donde conclue PEREIRA SOUZA com os commentadores, que não depende do arbitrio do juiz, o qual está obrigado a decidir por ella em falta d'aquellas provas plenas e liquidissimas. Not. 530. *Linh. civ.*

Entre as presumpções de direito consagradas por nossa jurisprudencia figuram as duas seguintes : 1.ª, que o factó não se presume ; 2.ª, que a mudança não se presume. PEREIRA SOUZA,

cit. § 250. Portanto o individuo que se achava presente com domicilio dentro do Imperio em 1837; e ainda se acha actualmente nas mesmas circumstancias, é de direito presumido presente e não mudado durante todo esse intervallo.

Está, pois, o individuo em favor de quem milita essa forte presumpção de direito relevado do onus da prova de sua presença. PEREIRA SOUZA cit. § 252. A justiça só o póde considerar ausente depois de produzir provas plenas e liquidissimas de sua mudança, ou mesmo sahida do lugar da residencia.

É tempo de concluir.

Se a prescripção, como principio é uma lei de ordem publica, e como facto uma presumpção de direito ou uma evidencia dos autos, a pronuncia, cuja simples data manifestar sua existencia, está virtualmente anniquilada.

O juiz que, antes de julgar não prescripto o processo, o considera vigente e attenta contra a segurança individual do indiciado, não infringe lei expressa e não commette um grave erro de officio?

Em um artigo final desenvolverei os principios que deixo estabelecidos.

IV.

Dos principios estabelecidos decorre naturalmente a solução das questões propostas.

Uma pronuncia proferida em 1837, exhibe de si mesma, pelo simples confronto da data com a lei, e sem o subsidio de qualquer prova extrinseca, a certeza da prescripção. Não ha necessidade de julgamento prévio para que a excepção absoluta produza seus effeitos; ella age pela força propria, que lhe é inherente; pela virtude da presumpção de direito—*juris tantum*.

A prescripção funciona pelo mesmo teor da amnistia, outra causa suppressiva da acção penal.

Figure-se com effeito uma pronuncia abolida pelo Poder Moderador. O juiz, que depois de promulgado o decreto proseguisse na acção levemente, abstando-se de considerar caduco o julgado, delinquiria sem duvida. O crime estava eliminado, a jurisdicção cassada; portanto qualquer acto posterior equivalia a manifesto abuso do poder.

Prescripção e amnistia são uma e a mesma cousa; com a unica differença de resultar aquella de uma lei permanente, ao passo que esta emana de uma lei transitoria, exigida por altas conveniencias politicas ou sociaes. Na substancia, porém, as duas excepções têm o mesmo character absoluto e o mesmo effeito prompto e energico.

Ha juristas que reconhecem na prescripção o character absoluto de uma lei de ordem publica; e comtudo, considerando-a uma facta, entendem

que só produz seus effeitos legaes depois de julgada. Mas a logica dos principios que anteriormente demonstrei os arrasta a uma consequencia sem duvida inesperada.

Longe de ser necessario o julgamento da prescripção afim de produzir ella seus effeitos legaes, ao contrario torna-se imprescindivel um julgamento de *não-prescripção* para que se possa curialmente innovar qualquer cousa no processo interceptado por aquella excepção.

Sem se exhibirem em juizo provas *plenas e liquidissimas* que ataquem a presumpção de direito inherente ao corpo da pronuncia ; sem que por sentença em lide contestada, art. 281 do Regulamento, se reconheça a improcedencia da prescripção ; nenhum tribunal deve considerar vigente o processo morto.

Quero apresentar um parallelo que destaca em toda a energia a virtude excipiente da prescripção.

Se um juiz, por uma simples suspeita, independente de denuncia mandar prender alguém como indiciado em crime inaffiançavel, de cuja existencia não haja certeza ; como se qualificará esse procedimento ? Haverá em nossa legislação penal disposição que excuse semelhante violencia contra a segurança individual ?

Pois no mesmo caso incorreria o juiz que

mandasse prender em consequencia de uma pronuncia prescripta. Estando o lapso de tempo evidente pela data do julgado; e este por consequente supprimido, assim como toda a acção penal, o que resta contra o ex-réo?

Mera suspeita de ausencia fóra do Imperio. E por esta supposição arbitraria do juiz, póde elle considerar-se revestido de authoridade bastante, para ordenar a prisão do individuo coberto pela prescripção, e portanto innocente em face da lei?

Não de certo.

A faculdade concedida pela Constituição art. 179 § 8.º e reproduzida no Codigo art. 175, é da maior gravidade, e exige no seu emprego toda a circumspecção. Fóra intoleravel para a sociedade que fizessem della uma vaidosa ostentação de força, ou um estygma para a reputação privada.

Um individuo, pronunciado a 31 annos em crime inaffiançavel, não tem ante a justiça publica, por mais severa que seja, o character de *indiciado*, a que allude o Codigo no art. 175. Não consta em juizo com vizo de probabilidade que elle fosse contumaz: não ha, portanto, *indicio* de que ainda subsista o delicto.

Como, pois, ordenar a prisão de pessoa nem se quer *indiciada* em crime, quanto mais em crime inaffiançavel?

Apparecessem, porém, os indícios ou as conjecturas bem fundadas da ausencia, ainda assim cumpria ao juiz prudente usar com a maior reserva e descripção da faculdade arriscada que lhe confiou a lei. Só em caso de se receiar a evasão do supposto delinquente, porque seu character e posição social não offeressem garantias, fôra justificavel o emprego do meio preventivo.

Agora julgo-me com direito de perguntar, não aos incompetentes atados ao trocadilho sobre a palavra pronuncia, porém aos jurisconsultos illustrados que me fizeram a gonra de acompanhar em toda esta discussão.

Onde está minha incoherencia ?

Pronuncia prescripta, pronuncia supprimida ou, na phrase tão expressiva da jurisprudencia franceza pronuncia anniquillada (*aneantie*) não é mais pronuncia na legitima acepção juridica. Sentença extincta, letra morta, já não é susceptivel de produzir, nem a sombra dos effeitos definidos no art. 293 do Reg. n. 120.

Uma prisão ordenada a pretexto desse julgado caduco, não é, não póde jámais ser o effeito legal de uma pronuncia, que não existe; tal prisão não passa de mero effeito do arbitrio do juiz, de seu erro considerando subsistente o que deixou de ser.

Desde que a data do despacho demonstra o

lapso de tempo exigido para a prescripção, a pronuncia extincta só tem um effeito legal; é o da propria e absoluta negação: é o de patentear seu completo anniquilamento, e fazer evidente a presumpção de direito em favor da innocencia do que foi réo.

Não derivando a prisão a pretexto de um despacho prescripto, desse mesmo despacho, mas sendo uma violenta superfetação, a competencia do *habeas-corporis* neste caso é manifesta. Ella resulta da doutrina que desenvolvi nas alludidas cartas.

« Essencialmente liberal, escrevi então, é a doutrina que entende o *habeas-corporis* de uma maneira mais racional; como o meio energico e efficaz de restituir o cidadão ás garantias do processo de que o erro ou o dolo por ventura o esbulhem. Esta não protege o réo contra a justiça que já o condemnou pelos meios legaes; mas preserva a liberdade individual de qualquer violencia e a sociedade de uma ameaça incessante. »

O esbulho deu-se. Arrancaram um membro da sociedade ás garantias do processo, preterindo o julgamento da prescripção e operando com uma sentença caduca. Só havia para subtrahir a victima á serie de tropelias que lhe preparavam, a efficacia do *habeas-corporis*.

Podia concluir aqui; a materia está exaurida. Resta-me, porém, uma observação.

Dei-me a este estudo sobre o assumpto da prescripção criminal, mais por devoção á jurisprudencia, do que por estricta necessidade de me defender da pecha de incoherente. Para este fim exclusivamente, bastara o argumento peremptorio, que vou produzir em breves palavras.

Quando firmei a regra da incompetencia do *habeas-corporis* para o caso de pronuncia, devia eu ter um criterio para assim pensar.

Qual era esse criterio?

Tão saliente se mostra, que dispensava indical-o. A sentença de pronuncia que fecha o summario, cobre todas as nullidades, mesmo substanciaes, que hajam occorrido no processo. Só o juiz especial, provocado pelo recurso ordinario, tem o direito de descobrir aquellas nullidades, reabrindo a instancia fechada e penetrando no ventre dos autos.

A prescripção porém, longe de ser coberta pela pronuncia, ao contrario a intercepta e abafa. O juiz competente, por via de recurso ordinario, não póde chegar á sentença, emquanto se interpozer a excepção absoluta e peremptoria. E' indispensavel afastar pelos meios legitimos este obstaculo legal, afim de que siga o processo seu curso natural.

Fica, pois, evidente, que o criterio racional de minha doutrina da incompetencia do *habeas-*

corpus em caso de pronuncia, implicitamente excluía o accidente da prescripção, assim como qualquer outro que não esteja coberto pela sentença, e por conseguinte revestido da presumpção legal do julgamento.

Occorre-me uma *hypothese*, da qual talvez não tenha cogitado ainda a jurisprudencia.

Profere um juiz municipal uma sentença de pronuncia. Outro qualquer juiz, absolutamente estranho ao processo, e com manifesta incompetencia, se arroga o direito de fazer effectivo o julgado; e expede contra o réo um mandado de prisão.

Estará acaso esta prisão fóra da orbita do *habeas-corpus*?

Positivamente não. A nullidade que ataca o mandado, não está coberta pela sentença, mas foi posterior a ella. Para conhecer de semelhante vicio o tribunal extraordinario não tem necessidade de restaurar a instancia que já foi encerrada; e invalidar o julgado proferido. Ao contrario extirpando essa tropelia, restitue á sentença todo seu primitivo vigor.

Portanto, em face do art. 353 § 4.º o *habeas-corpus* é o meio salutar para corrigir esse abuso de uma prisão ordenada por quem carecia de direito para o fazer. E esse *habeas-corpus* não se dirá interposto de uma pronuncia; mas sim de uma illegalidade superveniente.

Ponho emfim termo á esta discussão.

Não creio que alcançasse demover alguém de suas primeiras convicções. A opinião entre nós, se não se aprofunda, todavia é de uma tenacidade excessiva. Em jurisprudencia, como em politica, ou qualquer outro assumpto, combater uma idéa, por mais extravagante que seja, é robustecel-a com a seiva do despeito.

Nutro porém uma esperança. Os homens desprevenidos que no futuro se occupem desta materia, talvez se preservem, lendo estas considerações, de comprometter sua vaidade em alguma opinião precipitada, poupando-se por tanto ao ingrato mister de dilacerar a lei para com os andrajos della cobrirem seu erro.

Se meu trabalho não servir á causa da innocencia actual, aproveite ao menos á causa da innocencia futura.

J. de Alencar.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 1868.

INDICE.

Sentença	3
Petição de <i>habeas-corporis</i>	5
Questão Judiciaria	21
Prescrição criminal	29
