

AOS ESTUDANTES DE DIREITO PATRIO NA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA
DIRIGE
PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE
MUITAS SAUDAÇÕES

Ao
Altíssimo D. João,
Príncipe do Brasil, dedica
Pascoal José de Melo Freire
estas primeiras

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CRIMINAL PORTUGUES

A Ciência Criminal, cujas Instituições, ouvintes, enfim publicamos, nasceu, por assim dizer, com os próprios homens, e cresceu com a formação das sociedades civis. De facto, o primeiro e principal fim da instituição destas sociedades foi firmar, para os homens que nelas se congregavam, a segurança de vida e de bens, impossível de obter sem as leis criminais que tratem dos delitos e penas. E, por isso, se percorrermos as leis dos povos mais antigos, referidas nos velhos historiadores, acharemos que elas, na maior parte, consistem em impedir e proibir os crimes, e fixar as penas. Ora, é certamente muito indigno que tal ciência seja desconhecida dos que desempenham funções públicas, e sobretudo dos supremos governantes, ou dos que deles receberam o encargo de exercitar o poder judiciário.

Não nos admiremos, pois, de que outrora os mais graves varões e os mais altos engenhos de qualquer nação se celebrizassem pelo conhecimento da Ciência Criminal. Seja permitido louvar, por este título, os Sacerdotes entre os Egípcios, os Anciãos entre os Hebreus, os Sátrapas entre os Assírios e Persas, a quem, nessas vetustíssimas nações, fora confiado o julgamento e castigo dos delitos.

Na Grécia, floresceram nos louvores da Ciência Criminal não só os cidadãos mais sábios, eleitos para os Colégios dos Inquiridores Criminais, mas também os próprios Oradores, como se pode ver na maior parte dos discursos de Lísias, Isócrates e Demóstenes, em que acusavam os cidadãos delinquentes ou defendiam os inocentes acusados.

Em Roma, onde a ciência do direito e das leis começou pela primeira vez a ser reduzida a certa ordem, a cultura do direito voltou-se preferentemente para aquela importantíssima e utilíssima parte que respeita aos crimes e penas. Disto nos dão plena fé tantos fragmentos dos Jurisconsultos Romanos, que ainda existem nas Pandectas; esses Jurisconsultos aumentaram, ilustraram e exalçaram à máxima dignidade, em muitas obras escritas, a Ciência Criminal, também sempre cultivada pelos Oradores; depois caiu dessa dignidade, juntamente com a glória do Império Romano. De facto, abalado e por fim destruído este Império no Ocidente pelos povos vindos do Norte, a Ciência Criminal também enfraqueceu e caiu com as leis romanas e as restantes belas-artes e disciplinas; e só começou a ser cultivada, depois de instaurados os direitos da velha Jurisprudência Romana; a pouco e pouco se saiu da fereza e ignorância dos séculos bárbaros que aqueles povos do Norte haviam introduzido.

Efectivamente, os que, desde Irmério quase até aos nossos dias, applicaram o seu trabalho e engenho em interpretar e ilustrar o direito romano, embora também hajam tocado na nobilíssima parte que respeita aos delitos e penas, contudo fizeram-no sem ordem certa e como de passagem, não sendo muitos os que empreenderam tratá-la expressa e convenientemente. De facto, todos eles ou por culpa própria ou por culpa dos tempos (com poucas excepções) ignoraram as ciências donde a Jurisprudência Criminal deriva os seus verdadeiros princípios.

E, para só falarmos de Farinácio (que foi e ainda é vulgarmente tido como o príncipe dos jurisconsultos criminais), devemos considerá-lo o principal responsável pela corrupção universal e desagradabilíssima que invadiu a Ciência Criminal. Na verdade, ele não só a tratou indouta, deselegante e desordenadamente nos grossos volumes que publicou, como ainda por cima a tornou vacilante e versátil, e, depois, a obscureceu e infectou com o maior número de defeitos. A alguns parecerá talvez demasiado audaz este nosso juízo sobre Farinácio. Mas quem quer que, livre de preconceitos, percorrer os seus volumes, facilmente depreenderá que não pronunciámos uma sentença injusta.

António Mateus foi o primeiro de todos que, nos Comentários aos livros XLVII e XLVIII dos Digestos, em que se trata da matéria criminal, tocou com mãos puras, poliu e repurgou dos muitos vícios e erros, que outrora nela abundavam, aquela nobilíssima parte da Jurisprudência Romana que versa sobre os crimes e penas, e que havia sido perfunctóriamente ilustrada pelos doutos Intérpretes e sordidamente corrompida pelo vulgo dos escritores criminais.

Este louvor e glória se deve a António Mateus; mas certamente maior se deve a Grócio, Pufendorf, e ao Presidente de Montesquieu, que, abalçando-se à empresa de erigir e levantar do chão a disciplina do Direito Natural e das Gentes, tão douta e sábiamente examinaram muitas questões, ao incidirem no capítulo que trata do direito competente ao supremo poder civil sobre a vida e bens dos cidadãos, que parecem ter, digamos assim, arvorado a bandeira da boa esperança quanto ao futuro da Jurisprudência Criminal. Devem, pois, ser justa e merecidamente considerados chefes e mestres de todos os que, posteriormente, assumiram o encargo de ornar e polir esta disciplina.

Revolveram depois estas sementes e tornaram-nas, de facto, muito produtivas, entre outros, Thomásio, Gundling, Boehmero,

~~Em nossos dias~~ ~~o~~ ~~Marquês~~ ~~de~~ ~~Beccaria~~, que merece até grande louvor pelo facto de haver juntado, em um só volume, todas as boas ideias dos outros a respeito de crimes e penas, e ter sido o primeiro que afoitamente tentou revestir de uma nova face a Ciência Criminal.

Quase nesta mesma altura surgiram Paulo Rizzi, Filipe Maria Renazzi, Püttman, Genuense, Filangieri, e muitos outros na *Biblioteca Brissolina*, que, apoiados na verdadeira filosofia e jurisprudência civil e nas restantes disciplinas mais elevadas, formaram a nova Ciência Criminal, que, de facto, expuseram breve e claramente em seus escritos, quase sempre pleníssimos de bons frutos.

E, realmente, parecia de todo conveniente que, neste nosso tempo, em que diligentemente se cultivam todas as disciplinas, sobretudo as que visam a sólida utilidade humana, também se polisse e aperfeiçoasse o mais possível, recorrendo ao auxílio das outras ciências, aquela que é a mais útil de todas: a Ciência Criminal. Porque não sei de outra que mais interesse aos homens ver cultivada com extrema diligência e florindo com simplicidade e pureza.

Pelo que nos respeita, a Jurisprudência Criminal, que se contém no livro V das nossas Ordenações, sofre dos vícios comuns em que abundam as leis criminais das outras nações, e é lamentável que, até agora, não tenha surgido entre nós quem descobrisse as suas feridas, ou, descobrindo, as curasse, ou explicasse essas leis pelas suas genuínas fontes, ou, pelo menos, com alguma ordem e método. Sem dúvida, também são confirmados pelas leis pátrias os contos de bruxas e feitiçarias, as mutilações de membros, as penas, já não direi atrozes, mas cruéis, os tormentos, as multas pecuniárias inventadas para locupletar o fisco, as provas *semiplenas* e os indícios, que são havidos como provas verdadeiras e legítimas, sobretudo nos delitos que chamam privilegiados. Depois, estas

mesmas leis aprovam o uso dos asilos, com cujo auxílio era fácilimo, mesmo aos maiores celerados, subtraírem-se à pena justa. Porém, estas coisas e outras semelhantes eram mais defeitos dos tempos que dos homens, e não se deve imputar aos nossos legisladores o facto de eles incluírem os erros comuns, então admitidos pelo voto dos Sábios, em suas leis criminais, que em toda a parte hoje os bons Príncipes ou expressamente ab-rogam publicando outras leis, ou parecem tácitamente ab-rogar, admitindo tranquilamente a sua inaplicação e interpretações audazes e contorcidas, com que essas leis são humanizadas e acomodadas ao presente estado de coisas. De facto, se está certo o que Cícero diz no *De divinatione*, liv. II, cap. XXXIII, *Nos tempos antigos havia crenças falsas sobre muitas coisas, mas o uso ou o ensino ou a longa experiência modificaram essas ideias*, e devendo-se ajustar as leis ao génio e costumes daqueles para quem são produzidas, quem duvidará de que seja, depois, necessária a sua própria emenda e correção?

Porém, a Jurisprudência Criminal, tal qual existe entre nós, acha-se realmente purificada de muitos defeitos que outrora a enchiam, mas não de todos, pois isso como que estava reservado pelo destino aos tempos de D. Maria I e de D. João, Príncipe do Brasil, durante cujo feliz e benigno império todos os dias esperamos ver perfeita e totalmente acabado o Novo Código Criminal (mandado fazer por Decreto de 31 de Março de 1778). Na verdade, por assim o disporem as leis, tivemos de escrever muitas coisas, que, se dependesse de nós, teríamos estabelecido de modo um pouco diferente. Porém, recordamos que aqui não tratamos de estabelecer leis, mas de apreciar as já estabelecidas, cumprindo-nos julgar por elas, e não acerca delas. Contudo, de modo nenhum nos parece digno de censura aquele que, acomodando-se aos costumes e obedecendo às leis vigentes, diz respeitosa e o que sobre elas

sente. E, se nós o fizemos, alguns vezes, cauta e moderadamente, saibam os mais tímidos, que costumam magoar-se e sentir-se extremamente com qualquer novidade, que, sob o governo de D. Maria I e de D. João, Príncipe Filósofo e humaníssimo, é permitido aos escritores emitir livre e impunemente o seu juízo, tanto sobre as coisas públicas como sobre as particulares, contanto que o façam com a maior discrição e dentro dos limites próprios dum bom cidadão.

Pelo que respeita aos nossos Jurisconsultos criminais, direi confiadamente o que sinto, e para quê dissimulá-lo? Entendo que eles quase nada menos souberam que o nosso Direito Criminal, cuja interpretação assumiram, visto ignorarem os verdadeiros princípios e as fontes quer próximas quer remotas, onde se deve buscar a sua genuína interpretação. E que esperar de homens que, ignorando a ciência do Direito Natural e das Gentes, do Direito Civil e dos costumes, empreendem interpretar a Jurisprudência criminal que daí flui e emana? Que não conhecem a história das nossas leis criminais, as diversas idades, os diversos costumes dos povos, e as diversas vicissitudes, mutações e origem dos tempos, e depois as causas eficientes dessas mutações? Que não têm conhecidas nem examinadas as leis municipais de que usa qualquer província e cidade para punir os delitos nela praticados? E que, finalmente, ignoram os direitos e prerrogativas públicas dos cidadãos, que chamamos *foros*, os quais originam a diversidade de penas e o diverso modo de investigar os crimes? Desviou-os do recto caminho, primeiro que tudo, o prejuízo da autoridade, e a indiferença pelas leis pátrias, visto que eles apenas viam e aprovavam o que Claro, Farinácio, Carpzov, Ameno, Ursaya e outros deste género, deixaram escrito. Acresce que, arrebatados e obcecados pelo amor das leis romanas, buscavam nelas todo o refúgio, e consideravam uma espécie de sacrilégio tudo o que não podia ser aprovado a partir delas, pouco lhes interessando saber

se as razões do direito do Lácio quadram ao nosso foro, ou se pelo contrário, lhe são completamente estranhas. Todavia, não são de todo desprezíveis, porquanto, se nada adiantam para a teoria, contêm muitas coisas úteis que, no tocante ao uso e aplicação das leis, podem prestar grande ajuda à nossa Jurisprudência Criminal.

Sobressai dentre todos e merece principal louvor o nosso Mendes, que, nas P. I e II, explicou, breve e claramente, a praxe criminal, e a reduziu a uma ordem certa, ao passo que os outros tratam, sem ordem nenhuma, as questões nem todas obvenientes no foro, e as decidem, como habitualmente, pelo número dos Doutores, e não pela autoridade das leis.

A *Practica Criminalis* de Manuel Lopes Ferreira também contém algumas coisas notáveis, cujo conhecimento é útil e necessário aos que lidam no foro, mas, pelo tamanho, mais parece servir de carga que de ajuda aos estudiosos de Direito Criminal; merece melhor recomendação, ao menos pela brevidade e pelo método, o opúsculo intitulado *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, publicado em 1785 (cuja quarta edição saiu mais correcta e aumentada, em Lisboa, 1827, 4.º).

Sendo assim, permita-se-nos que imitemos a diligência dos outros e apresentemos também o nosso contributo, pois, embora reconheçamos a desigualdade do nosso engenho, ardemos todavia em igual vontade e desejo de bem público. E nós, que já prestámos provas nas Instituições do nosso Direito Civil, temos gosto em as prestar também nas Instituições Criminais, não porque esperemos ver supridas pela nossa fraqueza as faltas dos outros, mas para levarmos os homens de talento a cultivar esta nobilíssima e utilíssima parte do nosso Direito.

Seguimos aqui um método tanto quanto possível breve, claro, e simples; e, a exemplo do Ilustríssimo Heinéccio em suas *Juris Civilis Praelectiones*, e de Boehmero nos *Elementa Jurisprudéntiae Criminalis*, fizemos toda a diligência para que,

apresentando antes de tudo breve e claramente os princípios, regras e axiomas, daí facilmente se tirassem os consecutórios e nexos doutrinários, método este que é o mais adequado, não só para ensinar, mas também para aprender. Porém, se parecer que este excessivo zelo de brevidade nos levou nalguns pontos a ser demasiado conciso, dar-nos-eis o vosso perdão, ouvintes, pois não intentámos escrever uma obra de grande fôlego e difusa, mas umas Instituições de Direito a que convém semelhante género de exposição, cabendo, depois, aos vossos doutíssimos Professores explicar mais largamente a matéria.

Por isso, abrangendo todo o Direito Criminal sobretudo duas coisas, a saber, por um lado o próprio crime e a pena que lhe deve ser prescrita, e, por outro, a forma de o investigar e decretar a pena aos delinquentes, nós, tratando num só e mesmo contexto estes objectos do Direito Criminal, discorreremos, no primeiro título, sobre os delitos, delinquentes e penas em geral. Nesse título incluímos as principais coisas notáveis que os filósofos do nosso tempo escreveram sobre esta matéria, fazendo nossas algumas delas, e rejeitando outras com a discriminação que nos é habitual.

Seguem-se as divisões dos delitos, e as penas especiais para elles prescritas, as quais se incluem em quase doze títulos; ao tratar disto, esforçamo-nos principalmente por interpretar sempre *ex bono et aequo* (segundo a equidade natural) as nossas leis, mormente as mais severas, ilustrando-as com as antiguidades lusitanas, confrontando-as com os usos e costumes do século em que foram promulgadas, e ajustando-as, quanto o permitem as verdadeiras regras de interpretação, a este tempo em que vivemos. Porém, dissertámos sempre apoiados no peso das leis e das razões morais, sem, todavia, omitirmos as citações dos escritores mesmo vulgares, para assim obtermos maior fé tanto dos doutos como dos indoutos, que costumam deleitar-se com semelhantes escritos. Mas citámos especialmente os nossos

Cabedo, Mendes, Febo, Leitão e outros, pois sabemos muito bem que são respeitáveis as opiniões preconceituosas dos homens, ainda quando as tratamos de corrigir e destruir.

Em outros tantos títulos, explicámos a matéria respeitante à forma e ordem dos juízos criminaes; neles ensinámos, breve e sumariamente, quase tudo o que nos parecia pertencer ou às solenidades desses juízos, ou às acusações dos réus, inquirições gerais ou especiais, denúncia, e querelas; ou à sua defesa e segurança; ou às provas, presunções e indícios dos crimes; ou à execução do juízo criminal e da coisa julgada, ou à abolição, perdão, e prescrição do próprio crime; ou à inquirição ou condenação dos réus ausentes; ou à reabilitação dos inocentes já condenados.

Na explanação destas matérias (cumpre adverti-lo em absoluto), mantivemo-nos, o mais possível, alheio tanto à opinião dos que sempre queimam ou cortam, como à dos que, pelo contrário, se inclinam para excessiva misericórdia. De facto, uns e outros erram: aqueles, dirigindo toda a agudeza de espírito para a crueldade e desprezando os remédios da defesa; estes, mitigando o rigor vingativo das leis, esquecidos de seu officio e da salvação pública, que mais se prejudica que aproveitada com essa misericórdia mal empregada. Bem, pois, disse Séneca no *De clementia*, I, 2: *Quando não se faz distinção entre os maus e os bons, nasce a confusão e surgem os vícios. Há, por isso, que aplicar a moderação, que saiba distinguir as indoles curáveis das incuráveis. É necessário não exercer a clemência, indistinta, geral e confusamente, pois há tanta crueldade em perdoar a todos como a ninguém. Devemos seguir um critério médio.* Sempre procurámos evitar esses dois extremos; e queremos que assim se entendam as doutrinas contidas neste opúsculo. Também vós deveis, igualmente, evitar e fugir desses extremos, quando um dia chegardes a exercer a função pública que vos for confiada.

Basta, porém, já de prefácio, para que não saia mais longo que o livrinho. Só resta confessar a nossa eterna amizade para os que aprovarem o nosso propósito e plano de explicar o Direito Criminal Pátrio por novo caminho e método, sem que o contrário nos leve a testemunhar-lhes publicamente a nossa antipatia. Os que conhecem a dificuldade destes trabalhos, facilmente desculparão os erros em que caímos. E quem não desculpará os lapsos daqueles que foram os primeiros a tentar cultivar qualquer ciência? Por fim, a todos pedimos e desejamos que recordem aquela frase de Horácio (1):

«Não é de estranhar que num trabalho longo nos apanhe o sono»

(1) *Arte Poética*, v. 360 (Nota do Tradutor).

TÍTULO I

DOS DELITOS, DELINQUENTES, E PENAS EM GERAL

RAZÃO DA CONEXÃO E ORDEM DAS MATERIAS

§ I — Aos direitos *in rem* pertencem não só as convenções e obrigações que nascem da lei e dos factos lícitos, de que até aqui tratámos, mas também as que resultam de factos ilícitos ou malefícios, de que tratam os livs. XLVII e seguintes das Pandectas, e o liv. V das nossas Ordenações; esta parte *terrível* do nosso direito pareceu-nos mais conveniente explicá-la à parte das outras. Na sua exposição observaremos a seguinte ordem: primeiro, discorreremos sobre os delitos em geral; depois, sobre as várias espécies de delitos; e, por fim, sobre a ordem judiciária criminal.

O QUE É DELITO

§ II — Delito é o *facto illicito espontâneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano, e sofrer uma pena*. Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II cap. XVII. Nós aqui na palavra *delito* entendemos todos os

crimes tanto *públicos* como *particulares*, os quais, no entanto, se quisermos falar com exactidão, costumam distinguir-se no direito romano, Roberts, *Animadvers.*, liv. I, cap. VI. Por *facto ilícito* entendemos também o *que se não fez* mas devia fazer. Henrique Coccey a Grócio cit.

Deve considerar-se *facto ilícito*, sendo por isso um delicto, a *omissão* daquillo que a lei manda fazer. Blackstone, *Comment. Legum Anglicarum*, liv. IV, cap. I. Comete, pois, delicto aquele que achou a coisa alheia, e não a denunciou, Ord. liv. 5, tit. 62, no princ., e § 4 (Instituições, Do direito das coisas, Tit. III, § V). Para mais exemplos, veja-se a Ord. no mesmo liv., tit. 12, § 6, ibi e o *não descobrio*, tit. 13, § 5, etc..., dos quais falaremos em seu lugar. São obrigados à reparação do dano não só os verdadeiros delinquentes, mas também os seus herdeiros, as próprias crianças e os furiosos que não podem delinquir, pois esta obrigação de não prejudicar outrem nasce do dever natural, e são obrigados mesmo sem ordem do juiz; a pena, porém, depende sempre do facto e sentença do juiz; e nisto reside a diferença entre a reparação do dano e a pena. Pufendorf, *De jure Naturae et Gentium*, liv. VIII, cap. III. Creman, *De jure criminali*, liv. I, P. II, cap. I, § 80, Henrique Coccey, *Dissert. De obligatione heredis ex delicto defuncti*.

0 DELITO OU E VERDADEIRO OU QUASE

§ III — Ora, como o *facto ilícito* pode ser cometido por *mau dolo*, ou *por culpa*, ao primeiro chama-se *verdadeiro delicto*, e ao segundo *quase delicto* (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. I, § III).

São exemplos de *quase delicto*: o homicídio cometido por culpa ou negligência, Ord. liv. 5, tit. 35, no princ., ibi *será punido, ou levado segundo sua culpa, ou innocencia*; o dano causado pelos que servem nos navios, tabernas e estalagens, Ord. liv. 5, tit. 64; e milhetos outros, de que trataremos mais abaixo no Tit. XI especial.

§ IV — Ambos são ou *públicos*, quando lesam a sociedade e a segurança pública e são perseguidos pela acuação pública; ou *particulares*, quando prejudicam sobretudo os particulares, devendo ser perseguidos só por aqueles a quem affectam (Tit. XIII, § V, deste livro).

Há também os *quase delictos públicos*, como o homicídio ou o incêndio praticado por culpa. Dos particulares ninguém duvida; deles tratam os títulos *Nautae, cauponae, stabularii*, e *De his, qui effuderint, vel dejecerint*. Heinéccio, aos títulos *De privatis delictis*, e *De extraordinariis criminibus*, explica bem, como de costume, quais os delictos públicos no sentido do direito romano. A distincção entre delictos públicos *ordinários*, em que as leis públicas estabeleceram uma pena *legítima* e solenidades processuais, *Lect. ad tit. De publicis judiciis*, apud Otto, tomo I do *Thesaurus Juris Romani*, e delictos públicos *extraordinários*, que são punidos sem ordem processual, não tem uso nenhum; com effeito, o nosso foro ignora o crime sem lei que proíba o facto, e ignora também a pena meramente arbitrária, porquanto a pena, que é applicada pelo juiz por permissão da lei, é de certo modo legítima (§ XXI deste título). Todavia, não anda mal o nosso direito em chamar delictos públicos àqueles que qualquer um do povo pode acuar, como é o caso dos enunciados na Ord. liv. 5, tit. 117, no princ., Man. 42 do mesmo liv.. Para nós, o furto e a rapina são delictos públicos, assim como também o dano grave causado por dolo; no direito romano, não é assim. Já a injúria *verbal* deve ser contada entre os delictos particulares.

OUTRA DIVISAO

§ V — Além disso, os delictos são *capitais* ou *não capitais*, *atrozes* ou *simples*; *de facto permanente*, os que deixam algum vestígio, ou *de facto transitório*, os que não deixam vestígio. Mas estes crimes diferem dos outros, não quanto à pena ou atrocidade, mas somente quanto à ordem e inquirição do processo.

De propósito omitimos outras divisões. Veja-se, querendo, Filipe Maria Renazzi, *Elementa Juris Criminalis*, liv. I, cap. XV, e João Tadeu Muller, *Jus Criminale*, tit. I, §§ I e II.

COROLARIOS DERIVADOS DA NATUREZA E DEFINIÇÃO DO DELITO

§ VI — Ora, porque o delicto é o *facto ilícito espontaneamente cometido, prejudicial à sociedade ou aos particulares*, resultam daí vários corolários: 1) o *facto lícito* não é delicto, posto que dele resulte dano para alguém, uma vez que não haja propósito de ofender, §§ 4 e 5 do tit. *De lege Aquilia* das Institutas, visto que, segundo a lei 55 do tit. *De regulis juris*, *Não parece proceder com dolo quem usa do seu direito*; 2) também não é delicto o *facto ilícito* cometido em insânia, furor ou total embriaguez, ou o cometido por erro ou ignorância de *facto* ou de *direito involuntário e invencível*, ditos §§ 4 e 5 do tit. *De lege Aquilia* das Institutas, lei 38, § 5, do tit. *De poenis*, Heinéccio, *De jure Naturae*, liv. I, cap. IV, §§ CVI e segs., Filangieri, *Scienza della Legislazione*, tomo IV, cap. XXXVIII, onde ilustra admiravelmente esta matéria. Por conseguinte, não podem cometer delicto os *mentecaptos*, os *furiosos*, salvo se constar que delinquiram na interrupção do furor, nem os verdadeiros *melancólicos* no entender dos médicos, Strykio, *De dementibus et melancholicis*, nem os *ébrios* que não provocaram a embriaguez e são semelhantes aos furiosos, pois agem desprovidos de inteligência e vontade, único princípio das acções humanas, Bodin, *De jure circa ebrios*, cap. IV, Becmann, *De poena et jure ebriorum*, caps. IV e V. No direito romano *mitiga-se a pena aos que delinquiram por causa do vinho ou da lascívia*, lei 6, § 7, do tit. *De re militari* do Digesto. Mas, na Inglaterra, a lei aumenta a pena aos embriagados, Blakstone, tomo V, liv. IV, cap. II, § III. *De facto os embriagados, se perpetrarem algum mal, cometem injúria, visto que foram causa da sua própria igno-*

rância. Na verdade, cumpria-lhes não beber tanto, Aristóteles, *Magna Moralia I*, XXXIV. Vide Pastoret, *Des loix pénales*, tomo II, cap. VII, Art. III. Também não podem cometer delicto os *sonâmbulos*, Thomásio, *De jure circa somnium*, cap. V, § XVI; os *irados*, quando provocados pelas palavras doutros por forma tal que pareçam totalmente alienados, pois a ira é um furor breve, lei 11, § 2, do tit. *De poenis* (Tit. XI, § III, Nota, deste livro); os *impúberes*, ignorantes de fraude e dolo, § 18 do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas. Foi, portanto, demasiado cruel a aplicação da pena capital à criança que roubou a lâmina do templo de Diana, apud Eliano, *Varia Historia*, liv. IV, cap. XVI. Porém, os púberes de vinte anos, nos delitos, são considerados maiores, e punidos com as penas ordinárias, Ord. liv. 5, tit. 135, Man. liv. 3, tit. 88 (Instituições, Do direito das pessoas, Tit. XIII, § VII). Finalmente [não] cometem delicto aqueles que praticam um *facto ilícito*, coagidos ou amedrontados com violência externa capaz de remover o ânimo mais firme, Heinéccio, cit. §§ CIX e CXI, Martini, *Jur. Natur. Posit.*, cap. V, §§ 183, 184, 185 e 195. 3) *A simples cogitação* não é delicto, lei 18 do tit. *De poenis*, porquanto todo o delicto nasce duma coisa, isto é, dum *facto*, o que está em opposição com a cogitação, princ. do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas; já a *tentativa*, que se manifesta em actos externos, deve ser havida como delicto, merecendo, no entanto, punição mais suave, caso falte lei especial que iguale, quanto à pena, a *tentativa* e o *efeito*, Bynkershoek, *Observat.* III, 10. 4) Não se responde pelos *casos fortuitos*, excepto havendo dolo ou culpa, §§ 3 e 4 do tit. *De lege Aquilia* das Institutas (Tit. XI, § 5, deste livro). Por conseguinte, não se imputa ao capitão da nau a responsabilidade do naufrágio, se ele não for culpado de o navio perecer, pois, como bem diz Tácito nos *Anais*, XIV, 3, *quem será tão iníquo que leve à conta de crime um mal ocasionado pelos ventos e pelas ondas?* 5) Não é delicto o *facto que, embora illi-*

ção, não é prejudicial à sociedade ou aos cidadãos, e não ofende o direito de outrem, como a embriaguez particular, a ambição, e a mentira. Há, pois, que distinguir os pecados e vícios humanos dos delitos públicos e particulares (Tit. II, § II, Nota, deste livro). Heinéccio, *De jure Nat.*, liv. II, cap. VIII, § CLXII, Strykio, *Us. mod.*, ad tit. *De privatis delictis*, § 2, no fim, Renazzi, *Elem. Jur. Crim.*, liv. II, cap. II, § IV.

Aproveu-nos, por assim dizer, anotar sumariamente estes e outros princípios do Direito Natural, e Público Universal, que se devem haerir na própria fonte, a fim de não nos metermos à obra sem uma ligeira ensaboada, como se costuma dizer. Porém, os mais deles pertencem à prudência do legislador, que não pune os actos meramente viciosos e os pequeníssimos lapsos de que quase nenhum mortal está immune. Pufendorf, *De offic. hominis et civis*, liv. II, cap. XIII, §§ XI, XII, XIII e XIV. A este propósito disse bem Boehmero, tomo V, *Exercit.* XCIV, cap. II, § III: *Se todos os vícios houvessem de ser castigados ou contados como delitos, haveria que erigir uma infinidade de tribunais e aumentar o número de juizes a um ponto tão elevado como o de médicos para todas as doenças. Porém, assim como qualquer fraqueza ou má disposição de corpo, ou qualquer defeito ou excesso no dormir, no comer, no andar, não requer imediatamente a medicina, antes se alguém acaso andasse tão levemente, que todos os dias buscasse nela refúgio e tornasse a medicina em alimento ordinário, acostumaria o corpo por forma tal que já nenhum proveito dela obtiria, antes perderia a sua eficácia; assim também, se todas as faltas do género humano, que as mais das vezes se cometem por defeito ou excesso, ou contra os trâmites da honestidade ou os limites do decoro, houvessem de ser punidas, a punição degeneraria em costume, que os homens seriam obrigados a devorar todos os dias. Mas quantas perturbações não viriam daí! Quantos males e contendas, com a propagação e aumento infinito de rixas! Quantos haverá que não se excedam na ambição de possuir, a qual, embora seja um vício, não sofre da mácula de delito?... Tudo está cheio de Maquiavelistas. De facto, não há injustiça maior do que a daqueles que, sendo extremamente enganadores, fazem tudo para parecerem gente de bem, para usarmos das palavras de Cicero no *De officiis*, liv. I, § XIII. Contudo (prosegue ainda Boehmero) este cancro não pode ser facilmente arrancado ou*

*eliminado, e, porque é occulto e de prova difícil, escapa em regra à severidade judiciária. Bem diz Séneca, no De ira, liv. II, Cap. XXVII: Quanto mais extensa não é a regra dos deveres que a do direito? A quantas exigências nos prendem a piedade, a humanidade, a liberalidade, a justiça e a boa fé, sem que nenhuma destas obrigações figure nas tábuas oficiais! O autor da obrinha *Del diritto di punire*, Cap. II, § VII, Nota III, pretende deveras que se devem impor e exigir penas por todas as más acções humanas, ainda que internas e inofensivas para a saúde pública e privada. Mas não se pode ensinar jurisprudência mais absurda, cruel e funesta do que esta, para o género humano.*

LIBERDADE CIVIL

§ VII — Nestes termos, segue-se, finalmente, que os cidadãos podem fazer livre e impunemente tudo o que não se ache especialmente proibido pelas leis da cidade; e é este o efeito necessário da liberdade civil.

Chama-se liberdade civil àquela que compete ao homem no estado social. Consiste na faculdade, que cada cidadão tem, de fazer a seu talante o que as leis permitem, e resulta da confiança, que os cidadãos possuem numa cidade bem organizada, de que nada sofrerão que vá contra o seu direito. Esta liberdade depende muito especialmente das leis criminaes, as quais, restringindo a liberdade natural, mandam que os cidadãos pratiquem certas acções, e omitam outras, estabelecendo penas contra os seus violadores, Renazzi cit. nos Prolegomena, *Principe Fondamental du Droit des Souverains*, tomo I, Genev. (Paris) 1788, págs. 147 e seguintes.

DA COMUNIDADE DELINQUENTE

§ VIII — Se uma comunidade comete um facto ilícito por meio daqueles que a representam, deve ser havida e punida como delincente, visto ser uma pessoa moral e estar sujeita às leis públicas da cidade, tal como uma pessoa física. Gundling,

De universitate delinquente, Leyser, *De delict. Collegiorum*, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, Cap. XXI, §§ II e segs. (§ XXV deste tit., e Tit. IV, § V).

O princípio extraído de Ulpiano que vem na lei 160, § 1, do tit. *De regulis juris*, o que é públicamente feito pela maior parte, recai sobre todos, sômente tem lugar nas causas cíveis.

QUEM SÃO OS AGENTES

§ IX — Delinquentes são tanto os *agentes* como os *cúmplices*, pois comete verdadeiro delicto aquele que de qualquer modo é causa do dano produzido. Dizem-se *agentes* não só os que perpetraram o facto ilícito, os que deram a sua assistência à execução ou ajudaram o seu autor por obras e factos, mas também os que fizeram sociedade para cometer o delicto e acor-daram entre si a prática de qualquer crime, Henrique Coccey, tomo II, Disput XXX, *De soc. crim.*, §§ XV e seguintes.

CÚMPLICES

§ X — São *cúmplices* os que, não tendo realmente perpetrado o delicto nem dado assistência, contudo por qualquer modo concorreram para se fazer o delicto ou dele participaram, *Traité des délits*, § XXXVII, Blackstone, *Comment. Legum Anglicarum*, liv. IV, cap. III. E tais são: 1. aquele que mandou praticar o delicto; no entanto, é este o autor principal, e não aquele que o fez, se sem esse mandato o crime não seria feito, Donello, *Commentarii*, liv. XV, cap. XXXI, Heliger, nos comentários a Donello, letras Aa; 2. aquele que, não genêricamente mas especialmente, exorta e aconselha ao delicto, e com mau conselho, ou prémio, ou grandes instigações convida a delinquir,

Strykio, Disput. *De imput. fact. alien.*, cap. V, n. 59; 3. os que não proíbem nem impedem o delicto, que de facto podiam e por direito deviam impedir, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XXI, §§ I e II; 4. o que cientemente participou do delicto, Ord. liv. 5, tit. 60, § 5, lei 53 do tit. *De furtis*; 5. os receptadores, Ord. liv. 5, tit. 105, lei 1 do tit. *De receptatoribus* do Digesto (Tit. V, § XIII, deste livro). Os que louvam o crime já feito, e lhe dão o seu assentimento, ou o ratificam, não são cúmplices, visto que não concorreram para ele, Coccey cit.. Os cúmplices são mais brandamente punidos que os autores, se faltar lei especial que os abranja na mesma pena. Blackstone, *Comment. Legum Anglicarum* cit., *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España por Don Manuel de Lardizabal y Uribe*, Madrid, 1782, cap. IV, § II, n. 32.

DONDE DERIVA A OBRIGAÇÃO CRIMINAL, E O DIREITO DE PUNIR

§ XI — Os delinquentes são obrigados à reparação do dano e à pena (§ II deste tit.). E estas obrigações nascem da coisa, isto é, do facto externo da lesão, princ. do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas, sem que com isso se exclua o consenso; com efeito, ao delicto chama, e bem, Aristóteles *contrato involuntário na Ética a Nicómaco*, V, cap. II, e o Jurisconsulto *mau contrato* na lei 52 do tit. *De re judicata*, e lei 1 do tit. *Si adversus delictum* do Código. É, por conseguinte, da renunciação dos direitos, que competem aos cidadãos sobre si e sobre os outros, que nasce o direito de punir, o qual tem por fundamento um pacto social. Veja-se, querendo, Platão no Diálogo IX *De legibus*, Caetano Filangieri, *Scienza della Legislazione*, tomo IV, cap. XXVII, *Principe Fondamental du Droit des Souverains*, tomo II, pág. 141.

§ XII — A pena é, na definição de Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XX, § I, *o mal do sofrimento, que é infligido por causa do mal da acção*; a esta definição deve acrescentar-se a expressão *pelo superior*, para se distinguir da vindicta privada. De Grócio aproxima-se Wolf, ao definir assim a pena nas *Inst. Iur. Nat. et Gent.* P. I., cap. III, § 93: *Mal físico aplicado, por causa do mal moral, por aquele que tem o direito de obrigar*. A pena difere da restituição, ou reparação da injúria, em que esta restituição ou reparação é exigida devido à lesão do direito perfeito, ao passo que a pena é aplicada por causa da violação da lei (§ II, Nota, deste tit.; Tit. VII, § II, deste livro). Por isso é que na restituição se atende à *quantidade* da lesão, ao passo que a pena é determinada, não tanto pela *quantidade da lesão*, como pela *quantidade da moralidade* com que alguém cometeu o delicto, como bem diz Schrodtt, *Systema Juris Publici Universalis*, P. II, cap. III, § III. E daqui resulta que o pupilo e o furioso, embora não sejam obrigados à pena, são constrangidos à reparação do dano, o mesmo autor no § XVIII, Nota. A *satisfação* abrange em seu âmbito a reparação do dano e a pena. Grócio, no mesmo liv., cap. XVII, § XXII (§ II, Nota, deste tit.).

Porém, a pena deve ser, tanto quanto possível, proporcionada ao delicto e tomada de harmonia com a natureza e índole deste. Por isso, aqueles que ofendem a Religião, sejam castigados com os direitos que promanam do seu culto e obediência; os que desprezam os bons costumes e a honestidade de vida, desprezados pelos outros, acabrunhados de desonra e notados de infâmia; os perturbadores da segurança pública, expulsos da cidade, ou privados da liberdade; os que ferem a segurança dos cidadãos, e lhes prejudicam o corpo, bens ou fama, sofram penas corporais, levem penas pecuniárias, e sejam punidos com a perda de reputação. Cícero diz bem no *De legibus*, III, § XX: *Seja a pena igual ao mal causado, de maneira que cada um sofra conforme*

o seu crime: seja a violência punida com a morte; a avareza, com a multa; a ambição das honras, com a ignomínia. Todavia, isto não impede que o legislador possa transferir com utilidade, e, em se oferecendo ocasião, acomodar com prudência, as penas próprias dum crime a outro género de delicto. Veja-se, querendo, Montesquieu, *Esprit des Loix*, Liv. XII, cap. IV, d'Alembert, *Eléments de Philosophie*, art. VIII, e o autor do livro *Saggio sopra la Política e la Legislazione Romana*, cap. VII, pág. 183.

FINS DAS PENAS

§ XIII — O objecto das penas é a *segurança* do lesado, a *emenda* do lesante, e o *exemplo* dos outros, a saber, para que os outros fujam de perpetrar crime semelhante, Grócio, liv. II, cap. XX, §§ VI e VII. Tudo isto se contém nas seguintes palavras de Séneca, *De clementia*, liv. I, cap. XXII: *Na punição das ofensas a lei seguiu estes três objectivos que também o Príncipe deve seguir: ou emendar aquele que é punido; ou com a pena deste tornar os outros melhores; ou, suprimindo os maus, fazer mais segura a vida dos restantes*. É, pois, injusta a *vingança*, e extremamente alheia ao officio, dignidade e humanidade do Imperante, pois só por si a vindicta não atinge a emenda do delinquente nem a salvação dos outros.

Elegantemente diz o mesmo Séneca no *De ira*, liv. I, cap. XII: *Exercerei vingança, porque é o meu dever, e não para obedecer ao meu ressentimento*. Além disso, segundo Platão no *Protágoras*, *Nenhum homem prudente pune, pelo delicto em si, mas para que não se delinqua*. Veja-se, querendo, Aristóteles, na *Política*, liv. VII, cap. XIII, e Hobbes, *De cive*, cap. III, § XI.

E A SUA DIVISÃO

§ XIV — A pena ou é *capital*, e esta *simples, atroz*, ou *cruel*; ou *não capital*, e esta *aflictiva* ou *não aflictiva do corpo, pecuniária, honesta, vil, legitima* ou *arbitrária*.

§ XV — A pena *capital* diz-se *simples*, quando se limita apenas a tirar a vida, como no caso da *degolação* ou do *enforcamento*; *atroz*, quando é acompanhada de circunstâncias que aumentam a pena dentro das raías da humanidade e justiça, como a *confiscação de bens*, os *açóites*, o *queimar* ou *fazer em quartos o corpo depois de morto*, a *proscrição da memória*, etc...; e *cruel*, a que horroriza a própria natureza, sendo assim aquela que tira a vida lentamente, e não de repente, e no meio de tormentos rebuscados, como as de queimar vivo, matar com dardos, setas, veneno ou à fome, açóitar, até à morte, com cordas ou varas, precipitar dum rochedo, enterrar vivo, esquartejar com cavalos amarrados aos membros, e outras que o ânimo se horroriza de recordar. Julga-se o mesmo da pena de amputação dum membro, que o próprio Justiniano proibiu na Novela 134, cap. últ. A *capital simples* e a *capital atroz* são justas e necessárias na República, e devem ser infligidas e aumentadas consoante a qualidade e atrocidade do crime; mas a *cruel* é injusta e difficilmente ou nem mesmo difficilmente admissível. António Mateus, ao tit. *De poenis*, § III.

São conhecidas as disputas de Beccaria acerca da injustiça das penas capitais, no *Traité des délits et des peines*, § XXVIII, as do Autor da obra *De l'Etat naturel des Peuples*, tomo II, P. II, Sect. II, N. I, caps. I, II e III, e as de Pastoret, *Des Loix pénales*, tomo I, P. II, cap. I, Art. I e seg., etc..., assim como também as belas objecções que lhes fazem o Autor de *Instructio Prussiani Cod. form.*, art. 7, no fim, Mr. Vermeil, *Essai sur les réformes à faire dans notre Legislation Criminelle*, P. I, cap. V, Mr. Bernardi, *Principes des loix Criminelles*, tit. II, § II, Mably, *De la Législation*, tomo IX, liv. III, cap. IV, pág. 277, Filangieri cit., tomo IV, caps. XXX e XXXI, os quais defendem todos a justiça das penas capitais nos delictos muito graves. Actualmente todos os Filósofos concordam com o que aqui se diz sobre a necessidade de se abolirem as penas mais que atrozes, isto é, as *cruéis*. Contudo, elas são admitidas pelos Códigos criminaes da

Europa e também pelas nossas Ordenações criminaes, ainda que mais humanas, em certos maleficios muito graves, como a pena de *vivicombório* nos crimes de falsificação da moeda, Ord. liv. 5, tit. 12, no fim do princ., de *sodomia* Ord. tit. 13, no princ. e §§ 1 e 2, de *coito com alinária*, na mesma Ord., com *ascendentes ou descendentes*, Ord. tit. 17, no princ.. Porém, estas Ordenações, além de não estarem em uso, parece deverem-se entender da queima do corpo após a morte. Para o crime de lesa-majestade está especialmente decretada a pena de morte *cruel* na Ord. liv. 5, tit. 6, § 9, *ibi: morra morte natural cruelmente*. Todavia, o advérbio *cruelmente* parece ali escrito em vez de *atrozmente*, porquanto o crime de lesa-majestade, o maior de todos, reclama realmente penas gravíssimas, muito mais atrozes do que o *simples* homicídio ou o homicídio *qualificado*, mas não penas *cruéis*; de facto, *deveremos evitar que com o excessivo rigor das penas pareçamos ter perdido o sentimento da humanidade*, Mateus e Mably cit.. *Nada há efectivamente, tão áisforme como juntar ao supremo poder a severidade da natureza*, Cicero, *ad Quintum Fratrem*, Epistola I, 1, 13, *Discurso sobre las penas* cit. cap. V, §§ II, nn. 21, 22 e 23, e § IV, n. 9 (Tit. VI, § XX, Nota, deste livro).

MORTE CIVIL

§ XVI — A *morte civil*, que elimina a vida civil e os direitos de cidadania, chama-se, e bem, pena capital. Ela cai: 1) sobre o deportado, isto é, o proscrito (*desnaturado*), Ord. liv. 2, tit. 13, no princ., e semelhantes; 2) sobre o relegado para sempre com confiscação de bens, visto que é considerado deportado; e aqui deve notar-se que a palavra *desterrar* significa simples relegação, e deportação; 3) sobre o condenado a cárcere perpétuo. Febo, P. II, *Decisio*, 155, Barbosa á Ord. liv. 5, tit. 120, Valasco, *Adlegatio* 13, n. 58 (Instituições, Do direito das pessoas, Tit. II, §§ XII e XIII).

Quem pode o mais, não pode deixar de poder o menos, e, portanto, não se deve denegar, áquele que por direito pode tirar a vida natural, a faculdade de tirar a vida civil. Porém, esta pena, pela qual se tiram todos os direitos de cidadania, sómente deve cair sobre os que

deliquem gravemente ofendendo gravemente os direitos da cidade ou dos cidadãos, Vermeil cit. cap. XII. De resto, no nosso direito a pena de exílio perpétuo nunca se entende sem pregão em audiência ou de bairro em bairro, Resolução de 2 de Dezembro de 1716, apud *Novissimo Repertório*, tomo 2, fol. 201, sob a palavra *Pena de baraço*. Nota (d). Numa Democracia, em que todos os cidadãos gozam de direitos iguais, esta pena é muito útil, e deve ser infligida indistintamente a todos os cidadãos; numa Aristocracia, sômente aos Nobres, pois, se o exílio for aplicado aos Plebeus, que não possuem honras nem votos, é uma pena nula ou muitíssimo leve. Numa Monarquia entende Filangieri cit. cap. XXXV que esta pena é nociva em todas e cada uma das ordens da República. Se entende bem, vejamos os outros.

PENA PECUNIÁRIA

§ XVII — Entre as penas pecuniárias cabe muito especialmente a *confiscação* de bens, que se conta entre os direitos reais, e tem lugar na falta de descendentes ou ascendentes até ao 3.º grau, ou, mesmo havendo-os, quando a lei especialmente o impuser, Ord. liv. 2, tit. 26, §§ 28, 29, 30 e 31, e liv. 5, tits. 126 e 127. Novela 134, cap. últ.

Incorrem *ipso jure* na pena de confiscação de bens tanto os condenados à morte natural como os condenados à morte civil, por força das ditas Ordenações que devem a sua origem mais aos costumes e leis dos feudos que às leis romanas. Mas hoje que se alteraram as formas de Governo e os Imperantes abundam em recursos, todos sabem certamente qual o pensamento dos eruditos acerca das penas fiscaes (Instituições, Liv. IV, Tit. II, § XIII, Nota). Beccaria cit. § XVII, *Comment.* ao mesmo § XXI, tomo I da *Biblioteca Brissotiana*. Vermeil, P. I, cap. XIII, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XXI, §§ IX e XVI, Schrodt, *Systema Juris Publici Universalis*, tomo II, P. II, cap. III, §§ XXI e XXII. E sem dúvida que a humanidade aconselha que se conserve pelo menos a legítima para os filhos, e só a terça reverta em lucro do fisco, Bernardi cit. § VII, *Traité des corps politiques*, liv. III, cap. X. Foi, por isso, humaníssimo o rescripto de Adriano em favor dos filhos de Albino, aos quais concedeu os

bens paternos já vendidos e alienados pelo fisco, visto que antes quis ampliar o seu poder com a simpatia dos homens do que com a abundância de dinheiro, lei 7, § 3, do tit. *De bonis damnatorum*. Ora, para que a multa pecuniária seja justa e algo proporcionada, deve ser exigida tanto aos pobres como aos ricos, não segundo uma soma e quantidade fixas, visto que esta não tem igualdade nenhuma, nem a pena é igual em tão desigual fortuna, mas segundo certa porção de bens, como, por exemplo, a terça ou quarta parte, Filangieri, cap. XXXIII. Basta-nos, como exemplo demonstrativo deste ponto, a pena estabelecida para as ofensas nas Leis das Doze Tábuas, a qual não incutia medo nenhum aos homens audazes e endinheirados; dessa lei fala Gélío nas *Noctes Atticae*, XX, 1. Merece leitura o autor da obra supra-citada *Discurso sobre las penas*, cap. V, § V, n. 16, o qual no reinado de Carlos III, Rei de Castela, não hesitou escrever: *Pero de qualquier naturaleza que sean los bienes, y por atroz que sea el delito, me atrevo sin rezelo á decir, que es una cosa muy inhumana y cruel, precipitar con la confiscacion en el abismo de la miseria á una familia inocente por los delitos que no ha cometido. No temo hablar de esta suerte en un tiempo en que tenemos la dicha de vivir baxo el felicissimo gobierno de un Príncipe piadoso y benigno, padre mas que Señor de sus vasallos, y de quien sin lisonja ni adulacion alguna puede con toda verdade decirse lo que el ilustre panegirista del grande Emperador Trajano decia en otro tiempo: Es muy grande gloria para los Principes, que sea vencido las mas veces el Fisco, cuya causa solo es mala, quando gobierna un Principe bueno, Plínio, Panegirico, cap. 36. Deve ver-se a Novela XVII, cap. XII. (Tit. XX, § VII, deste liv.).*

HONROSA, OU VIL

§ XVIII — A pena *vil* torna infame o delinquente, e tal é a de açoites, a de baraço e pregão, o corte do membro, a condenação, perpétua ou temporária, às galés ou trabalhos públicos. Ord. liv. 5, tit. 138, Febo, P. I, Arrestos 147 e 148. A *honrosa* não infama o delinquente, e como tal sempre foi havida a degolação.

A infâmia deve ser aplicada nos delitos por sua natureza infamantes ou como tais considerados pela opinião dos homens, como os

furtos, as traições de amigos, etc... Ora, sábiamente se decreta esta pena nos delitos emanados da soberba, da ambição, ou da simulação da virtude e piedade, isto é, da hipocrisia, a que extremamente se opõem a infâmia, a vileza e o ridículo, pois os contrários são curados com os seus contrários. Porém, esta pena, gravíssima para as pessoas honradas, difficilmente contém alguma utilidade para os celerados, que não curam do bom nome, e também para os homens de condição inferior, que pouco estimam as prerrogativas dos cidadãos e não têm noção alguma da honra pública. Convém, por isso, usá-la cautelosa e só rariísimamente, porquanto, se for aplicada muito amiúde, ou dá ocasião a muitos ou novos crimes, ou perde a pouco e pouco a sua força, acabando por deixar de constituir uma pena (Instituições, Liv. II, Tit. III, § XIII, e Nota).

A PENA DE PRISÃO

§ XIX — A pena de cárcere público ou secreto, perpétua ou temporária, é mencionada a cada passo nas nossas leis. Contudo, sendo uma pena grave e muito ofensiva da liberdade natural do homem, é necessário, para que seja decretada com justiça, o concurso de várias coisas, à cabeça das quais mandato do juiz, justa causa, isto é, delito a que a Lei imponha tal pena, e processo legal, Ord. liv. 5, tit. 119, no princ., Man. 42, Afons. 58, nas quais se reproduzem leis prudentíssimas de D. Afonso IV, D. Pedro e D. João I. Todavia, nos delitos capitais podem ser logo presos os de qualquer modo suspeitos de crime, ou presos em rixa, se parecerem ser os seus autores, devendo ser libertados dentro de oito dias, se não se demonstrarem criminosos, Extravagante de 6 de Dezembro de 1612, § 14, que chamam *Da reformação da Justiça*, apud Ord. liv. 5, tit. 130, Colecção I, N. 1, Decretos de 19 de Outubro de 1754 e 5 de Março de 1790. Porém, ninguém pode ser retido em cárcere secreto por mais de cinco dias, Decreto de 7 de Agosto de 1702, Decreto cit. de 5 de Março de 1790, § 2, assim como também, sendo o cárcere seguro, ninguém pode ser preso com cadeias,

nem carregado de ferros, salvo em delitos muito graves e com prévio conhecimento de causa, Decreto de 30 de Setembro de 1693, apud. Ord. liv. 5, tit. 95, Colecção II, N. 1.

A qualidade do cárcere ou custódia depende principalmente da qualidade do delito e do delinquente, pois nem todos podem ser encarcerados do mesmo modo: os traidores, assassinos e ladrões devem ser presos de certa maneira, e os presos por motivos de correção, doutra (Tit. IV, § IX, deste liv.). Porém, todos devem ver os seus processos determinados com a celeridade possível (Tit. XX, § II, Nota, deste liv.), a fim de que uma pena veloz subtraia os convencidos de crime, ou uma longa prisão não aflija os que merecem a liberdade, lei 5 do tit. *De custódia reorum* do Código. Além disso, é humano o que vem na lei 1 do mesmo tit. do Código: *Entretanto não se deve levar a juízo o réu preso com algemas apertadas aos ossos, mas (no caso de a qualidade do crime exigir o rigor das cadeias), deve ir com elas de maneira muito branda, para que não sofra tormento e fique sob firme custódia. Também não se deve sujeitar o preso às trevas de compartimentos interiores, mas conceder-se-lhe o alento e alívio da luz habitual; e quando a noite duplicar a custódia, deve ser recolhido nos vestibulos, cárceres e em lugares saudáveis, e, logo que nasça o sol, ser conduzido para a luz natural, a fim de não ser morto pelas penas do cárcere, o que se reconhece ser compassivo para os inocentes e não muito severo para os culpados. Observar-se-á também que não é lícito nem aos carcereiros nem aos seus ajudantes vender a sua crueldade aos acusadores, nem matar os inocentes dentro dos recintos dos cárceres, ou consumir com longo enfraquecimento os retirados para o silêncio. Na verdade, não só o medo da opinião, mas também o de perigo, recairá sobre o juiz, se de qualquer modo algum carcereiro exaurir alguém pela fome para além do devido tempo, e não sujeitar logo à pena capital aquele a quem cabe o officio de custódia e seus ministros.*

O QUE É A HOMENAGEM E A QUEM COMPETE

§ XX — Não são metidos em cárcere público os nobres, que gozam de *homenagem*, isto é, do direito de livre custódia,

a qual deve ser pedida ao juiz, e por ele pode ser negada, restringida ou ampliada conforme a qualidade do delinquente e do delicto, Ord. liv. 5, tit. 120, Man. 67, Afons. 94. (Tit. XV, § II, deste livro).

Em outro sentido *homenagem* significa o juramento de clientela, ou fidelidade, que o Vassalo presta ao Senhor, ou o Vice-Rei e o Alcaide ao Rei, mediante certa fórmula que se acha nos livros da Chancelaria do Reino, Resende, *Crónica de D. João II*, caps. XXVII e XXVIII, Ruy de Pina, *Crónica do mesmo Rei*, cap. V, Ord. Man. liv. I, tit. 55, § 4. (História do Direito Civil Português, § LXXII). Já desde D. Afonso III que os nobres gozam deste direito, que, a pedido deles, foi aprovado por D. Pedro I nas Cortes de Elvas, e por fim explicado por D. Afonso V, passando, depois, às citadas Ord. Man. e Filipina. Quebra-se a homenagem, se o réu se ausentar do local destinado, Ord. liv. 5, tit. 120, § 4. e, uma vez quebrada, não se restitui, Ord. cit. § út.. No entanto, por lei de D. Sebastião de 2 de Nov. de 1564, § 17, apud Leão, p. 1, tit. 4, lei 1, os Desembargadores do Paço concediam a sua restituição; mas hoje não é assim, visto que a faculdade de a conceder não foi declarada no Regimento Novo, como se fazia mister. Valasco, *Adlegatio* XIII, n. 235, Febo, p. 1, aresto 142, Mendes, *Praxis*, liv. V, cap. I, n. 21.

PENA DE TALHÃO, LEGÍTIMA, E ARBITRÁRIA

§ XXI — A pena de *talhão* não é totalmente desconhecida das nossas leis, Ord. liv. 3, tit. 60, § 5, e liv. 5, tit. 85, etc... *Talhão*, isto é, o direito pelo qual alguém sofre o mesmo mal que fez, não significa que se possa retribuir com um mal do mesmo género, por exemplo infligir um ferimento natural igual, e, se for tomado à letra, não pode realmente ter lugar em todos os delictos, quais os morais, mas tão somente que deve haver verdadeira medida e estimação do delicto, e a justa reparação do dano. Henrique Coccey, *Disputa De sacros. Talionis jure*, §§ III e segs., Heinéccio, *Ius Naturale*, liv. II, cap. VIII, § CLXV. Na verdade, a medida e proporção entre o crime e a pena não é

aquela proporção igual em número, que chamam *aritmética*, mas sim *geométrica*. Vide João Cleric e Calmet, ao cap. XXI do Êxodo. Chama-se *legítima* aquela pena que é expressamente declarada pela lei, e *arbitrária* aquela que é fixada, não pela lei, mas pelo juiz, podendo esta, no entanto, ser legítima, se for deixada ao arbítrio do juiz (§ IV, Nota, deste Título), como muitas vezes sucede, Ord. liv. 5, tit. 136, no princ., e § út., e § út., no fim, onde diz: *os condenem no degredo, que lhes bem parecer*, e noutros passos. A pena arbitrária não se estende à morte, sem especial permissão da lei, Ord. liv. 5, tit. 135, onde vem: *E se for de idade de dezassete anos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha... posto que seja de morte natural*.

QUEM DEVE SER PUNIDO

§ XXII — Apenas devem ser punidos os delinquentes, sejam *autores* ou *cúmplices* (§§ IX e X deste Título); por isso, não devem ser castigados os filhos pelos delictos dos pais, lei 22 do tit. *De poenis* do Código, e lei 26 de igual tit. do *Digesto*; nem os herdeiros pelos delictos do defunto, Coccey, *Dissert. De obligat. hered. ex delicto defuncti*, Sect. III e IV; nem os fiadores que, pelos delictos alheios, se comprometerem a sofrer uma pena a que não podem obrigar-se. Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XXI, § XI, Ord. liv. 3, tit. 46. (§ VI deste Tit.; Instituições, Liv. II, Tit. VIII, § XVII).

DELITOS SEM PENA

§ XXIII — E somente devem ser punidos os delictos como tais considerados pelas pessoas ilustradas e não pelo vulgo, e cuja

punição pode servir de exemplo e emenda do delinquente e outros, e, finalmente, os que ofendem a República ou os cidadãos. Por conseguinte, as artes mágicas, feitiçarias, sortilégios, prestígios, imprecações, encantamentos, e o mais que se costuma designar por *magia* e vulgarmente se costuma atribuir ao poder dos demónios, devem ser contados entre os erros da plebe. Riegger, *Jurisprudencia Ecclesiastica*, P. IV, § CCCLXXXVIII e seg., Thomásio, *De crimine magiae*, Bodin, *Dissert. De fallacibus magiae indiciiis*. Por esse motivo, os feitiçeiros e encantadores não devem ser tratados como verdadeiros delinquentes, mas como supersticiosos (Tit. II, § XIII, Nota, deste livro), e fanáticos, não devendo, por isso, ser punidos, mas antes publicamente escarnecidos e salutarmente instruídos. Filangieri, cit. cap. XVI. As nossas Ordenações, liv. 5, tit. 3, Man. 33, Afons. 42, em que se punem além da justa medida as feitiçarias e encantamentos, fundamentam-se no erro comum e nas supersticiosas leis dos Romanos, incluídas no tit. *De maleficis et mathematicis* de ambos os Códigos, e em Paulo, *Receptae sententiae*, liv. 5, tit. 23, § *Magicae artis conscios*, e nas leis visigóticas, liv. VI, tit. II, *De maleficis, ac consulentibus eos, atque venificis*; por isso, aquelas Ordenações parecem ab-rogadas pelo desuso. Comete, porém, verdadeiro delito aquele que se suicida por tédio da vida, ira ou consciência do crime, pois a morte voluntária é um mal moral, que não se pode eleger, Wolf, *Philosophia Moralis*, § CCCXL e seg.. Mas, pense-se o que quizer da *moralidade da acção*, hoje defendida por muitos Zenões, como o Abade de S. Cirano, *Traité sur le suicide*, Maupertuys, *Essai de Philosophie Morale*, etc..., este delito é impune, quer porque o seu autor deixa de estar sujeito ao poder humano, quer porque, se o amor da própria vida, dos filhos, mulher e parentes o não dissuadiu de seu acto, muito menos o pode dissuadir a aplicação da pena após a morte, Mr. Vermeil, pág. 132, Renazzi, liv. I, cap. X, §§ VI, VII, VIII e IX. No entanto, deve-se punir

aquele que, consciente do seu crime, se matou com medo da pena cruel ou ignominiosa, a que já havia sido condenado, não por se haver suicidado, mas pelo delicto de que já fora convencido, seguindo-se a morte após a pronunciação do juiz; é quase igual a esta a opinião do direito romano no tit. *De bonis eorum, qui mortem sibi consciverunt*, do Digesto e do Código, que a Ord. Afonsina parece aprovar no liv. 5, tit. 79, *Do que se enforca, ou caae d'arvor, e morre*. Na Inglaterra e na França, onde as leis são muito severas, este delito é frequentíssimo (Vide *Code de l'Humanité*, palavra *Suicide*). Do mesmo modo, a usura e o jogo dizem-se, propriamente, não apenas vícios, mas também delitos; não está, porém, suficientemente assente entre os Políticos que penas se devem aplicar no foro, para os delinquentes e os outros se emendarem; o certo é que se mostraram totalmente inúteis as que até hoje se acham estabelecidas nos Códigos de todas as Nações. O mesmo dizemos do *maquiavelismo* político ou religioso, pois, embora, para usarmos as palavras do *De officiis*, liv. I, § XIII, de Cícero, já citadas no § VI, Nota, *não haja injustiça maior do que a daqueles que, sendo extremamente enganadores, fazem tudo para parecerem gente de bem*, este cancro não pode ser arrancado pelas leis; em boa verdade, está tudo cheio de Maquiavelistas. Bem, pois, diz Tácito no livro III, § 53, do *Anais*: *não sei se aos edis não lhes teria aconselhado antes a deixarem correr estes vícios acreditados e antigos do que sujeitarem-nos ao desaire de mostrarmos a nossa impotência perante estas vergonhas* (§ VI deste Tit.).

PENA SEM DELITO

§ XXIV — Algumas vezes há pena sem delito, e isto acontece: 1) quando o juiz, contra a própria ciência e consciência, mas à vista de provas judiciais, condena o réu; 2) quan-

do sobrevêm argumentos mais verdadeiros que demonstram serem falsas as provas que constavam dos autos; 3) se se vir que a pena foi infligida por delações, sugestões ou boatos maldosos que espalharam sobre o crime, e que são as principais artes de prejudicar que sobretudo os fanáticos utilizam, ou então por imperícia ou engano do juiz. As vezes sem delito costumam ser punidos, pelo delito de uma comunidade, os inocentes, ou também os que são presos em algum motim ou sedição, *com o fim de se prevenir um perigo*, como diz Ulpiano na lei 6, § 9, do tit. *De injusto, rupto*. Semelhantemente, sem crime, os filhos dos réus de alta traição são notados de infâmia, e privados dos bens paternos pelas leis de quase todas as nações; porém, a este mal não chamam pena, mas infortúnio, por entenderem com Cícero, na Epístola XII a Bruto: *é realmente cruel sofrerem os filhos pelos crimes dos pais; mas tão preclara disposição das leis foi tomada para que o amor dos filhos tornasse os pais mais amigos da república* (Vide Tit. III, §§ II, III e IV, deste livro). Quase por esta mesma razão decretaram os Padres do Concílio de Toledo, Causa XV, questão VIII, cânon 3, que os filhos dos clérigos impudicos ficassem adictos como escravos às igrejas que estes dirigissem. Seguirem os filhos a condição livre ou escrava das mães, haver quem na sociedade civil sofra incómodos quando outros gozam de vantagens, e haver príncipes bons ou tiranos, e outros males e misérias, a isto não se deve chamar pena, mas infortúnio e calamidade pública. Outros exemplos dará Boehmero, na Exercit. *De poena sine crimine*.

QUANDO SE DEVE EXASPERAR OU MITIGAR A PENA

§ XXV — A pena é agravada e exacerbada conforme a gravidade do delito, pois esta como que é a sua medida. E a gradação da medida faz-se, como diz o Jurisconsulto na lei 16,

§ 1 e seg. do tit. *De poenis*, atendendo à *causa, pessoa, lugar, tempo, qualidade, quantidade e efeito*, o que tudo bem explica, entre os criminalistas, António Mateus, nos *Prolegomena*, cap. IV, n. 2, e ao tit. *De poenis*, cap. IV. Atenua-se a pena, olhando à idade, sexo, dignidade, e sobretudo ao grau do dolo ou culpa, e a outras circunstâncias que parecem diminuir a atrocidade do delito e devem ser previamente consideradas. Porém, isto respeita aos Imperantes, a quem pertence determinar certas penas mais brandas ou mais pesadas, consoante a qualidade do delito, pois os juizes não podem diminuir nem aumentar as penas *legais*. A estes somente foi permitido que *na interpretação das leis antes adoçassem que agravassem as penas*. Hermogeniano, na lei 42 do tit. *De poenis*, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XX, §§ XXV e XXVI.

Não se deve procurar nas penas uma igualdade tão seca como nos pesos e medidas. Bem, pois, diz Cícero, na Epístola XV a Bruto: *Há um limite na pena como nas restantes coisas*. Por isso, devem-se punir mais brandamente os delitos cometidos por ignorância, ainda que não destituída de toda a culpa, ou por fraqueza de ânimo difficilmente superável. E estas são, entre outras, as causas *intrinsicas* (para dizermos com Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XX, §§ XXV e XXVI), e atenuantes, que costumam diminuir a pena da lei. As *extrinsecas* provêm ou de notáveis serviços que o delinquente haja prestado à República, ou da grande esperança de que os venha a prestar, ou de outra circunstância que o recomende, ou do número dos réus, como, por exemplo, se a cidade se enfraquecer com a multidão dos implicados, ou nela se levantarem grandes tumultos. Cabe aqui referir muito principalmente os delitos de uma comunidade (§ VIII deste Tit.), em cuja punição se deve fazer com que o remédio não seja mais grave que o próprio mal, e não seja igual a condição dos culpados e inocentes; deve regular-se tudo por forma que o medo atinja a todos, e a pena a poucos. Grócio, liv. II, cap. XXI, § VII, Schrodtt, *Systema Juris Publici Universalis*, P. II, cap. IV, § X, Pufendorf, *De Jure Naturali et Gentium*, liv. VIII, cap. III, § XV. (Tit. XIX, § III, Nota). O dogma dos Estóicos de que *todos os delitos são iguais*, Ci-

cero, *Paradoxa*, III, é bem confutado por Horácio, no liv. I das *Sátiras*, III, v. 77 e seg., II7 e seg.:

*Por que os seus pesos a bitola exacta
Não emprega a razão, impondo ao vício
Proporcionada pena que o refreie?*

.....
*Deve, pois, norma haver que justa pena
Aos delictos irrogue, e não golpeie
O que de açoutes módicos é digno (1).*

OU PERDOADA

§ XXVI — Por direito os magistrados não podem perdoar ou comutar as penas, pois só aos Imperantes compete o *direito de agraciari*, não livre e absoluto, ou, como dizem, *por plenitude do poder*, que acima das leis é nenhum, mas apenas por causas justas conformes às mesmas leis. Entre nós a comutação das penas e o perdão do delicto são despachados no Desembargo do Paço por El-Rei, e em nome dele expedidas as cartas, Ord. liv. 1, tit. 3, § 8, Regimento do Paço, § 22, Decretos de D. João IV de 27 de Maio de 1645 e de D. José I de 6 de Julho de 1752. Exceptuam-se os crimes muito atrozes, que não podem ser perdoados, enumerados nos §§ 18 e 19 do citado Regimento, nos §§ 10 e 11 da citada Ord. § último, Ord. liv. 5, tits. 52 e 53 no princ., tit. 54, no fim do princípio. Vejam-se, querendo, Portugal, *De donationibus*, liv. II, cap. 18, Febo, P. II, *Aresto* 186, Cabedo, P. I, *Decisio* 75.

O direito de infligir e agraciari penas só pertence ao Imperante; e é esta precisamente a opinião de Grócio, Pufendorf e todos os escritores do direito natural e civil, a qual, no entanto, não tem hoje total acceitação pública. O que todos admitem é que o perdão dos delictos somente se deve conceder por grande causa pública, pois a *agraciação* contém

(1) Tradução de António Luis de Seabra, 1846 (Nota do tradutor).

uma certa dispensa da lei, dispensa que é necessariamente injusta, enquanto subsiste a razão e justiça da mesma lei. Devem ler-se Filangieri, *Scienza della Legislazione*, tomo IV, caps. LVI e LVII, a obra intitulada *De l'État naturel des Peuples*, P. II, Sect. II, cap. IV, n. 1, Thomásio, Dissert. *De jure aggratiationis Principis circa poenam homicidii*, Mably, liv. III, cap. IV, pág. 291, Pastoret, *Des loix pénales*, tomo I, P. I, cap. IV, etc... Numa Monarquia a lei deve condenar os delictos, e o Príncipe perdoá-los, opinião esta que é de Montesquieu no *Esprit des Loix*, liv. VI, cap. LVIII, mas Filangieri rebate com justiça e razão no cap. LVIII. Porém, esta questão pareceu tão difficil a J. J. Rousseau em seu *Du contract social*, liv. II, cap. V, que não ousou decidi-la. Por mim entendo indiscriminadamente que o *direito de agraciari* é não só tolerável, mas até útil e necessário em toda e qual quer cidade em que as leis criminaes sejam demasiado severas, Paulo Rizzi, *Animadvers. ad Criminalem Jurisprudentiam*, Dessert. *De poen. mensur.*, Pufendorf, cit., e *De offic. homin. et. civ.*, liv. II, cap. XIII, § XV. (Tit. XXIII, § III).

DEVEM-SE PREVENIR OS DELITOS

§ XXVII — É, por isso, melhor antever e precaver os delictos que puni-los com penas justas. Porém, os delinquentes devem ser castigados sem remissão, não por haverem delinquido, mas para que de futuro tanto eles como os outros não o ousem fazer; e assim se previnem os delictos (§ XIII deste Tit.). Que meios se devem empregar para essa prevenção, e que leis economicas e politicas parecem melhores para se conseguir esse nobilissimo fim, é assunto que respeita à sabedoria do legislador, e não cabe a nós defini-lo. Para mais ampla informação, veja-se, entre outros, Filangieri, cit., cap. LIX, Mably, tomo IX, liv. III, cap. III, e IV, o autor *De l'État naturel des Peuples*, tomo III, p. III, Sect. II, cap. I e seg., Blackstone, *Sur les Loix Angloises*, tomo VI, cap. XVIII, Renazzi, *Elementa Juris Criminalis*, liv. II, cap. XIV, Brissot, *Discours. Moyens de prévenir les crimes*, tomo VI da *Bibliothèque Philosophique*.

§ XXVIII — Esta nossa obra, por maior que seja o seu valor, assenta, por assim dizer, nos seguintes axiomas de direito criminal, que ninguém de são aviso poderá pôr em dúvida.

1. É melhor deixar impune um crime que condenar um inocente; por isso, maior dano vem à sociedade da condenação dum inocente que da absolvição dum culpado.

2. Antes da sentença condenatória o réu deve ser havido como inocente.

3. No foro criminal apenas se deve admitir a prova plena e perfeita.

4. Quanto maior e mais grave for o delicto, tanto maior deve ser a prova.

5. A pena a infligir deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e gravidade do delicto e à maldade do delinquente.

6. Não há delicto nenhum sem vontade certa de delinquir.

7. A sua medida é o mal causado à sociedade.

8. Na imposição das penas somente se deve olhar à utilidade pública.

9. As penas foram estabelecidas, não tanto para punir, como para prevenir os crimes.

10. Somente se devem castigar os verdadeiros delinquentes ou os quase delinquentes.

11. É justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal.

12. E é, pelo contrário, injusta a que for inútil ou cruel.

13. A atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delicto, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública. Pastoret, *Des loix pénales*, tomo I, cap. II. Vários outros axiomas vêm em Filangieri, tomo IV, P. II, cap. XXV (Tit. XVII, § IV, deste livro).

§ XXIX — E daqui resulta que as leis criminais excessivamente severas se entendem ab-rogadas ou pela vontade e conivência dos próprios Imperantes, visto que não exigem a sua execução, ou pelo desuso. E tais são entre nós as Ordenações do liv. 5, tít. 3, 13, 14, 15, 17, 19, 25, 26, 32, 36, 38, 60 no princ., 66, §§ 7 e 10, 69, 70, 79, 80, 82, 86, § 5, 90, 92, 93, 94, 100, 101, 109, 123, 133, e muitas outras de que falaremos em seus lugares, as quais, no tocante às penas, são injustas e atrozes, para não dizer cruéis, pois não observam a devida proporção. E, realmente, não recamos dizer ousada e confiadamente o que sentimos, neste reinado de D. Maria I e regência de D. João, Príncipe do Brasil. Fazemos, por isso, nossas as palavras de Don Manuel de Lardizabal y Uribe, autor do *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España*, por nós acima transcritas na Nota ao § 17, e que não se ajustam mais aos Reis Católicos Carlos III e IV do que aos nossos Fidelísimos e Clementísimos Reis, pois estes governam não como tiranos e senhores, mas como se foram pais e mães de seus súbditos. Bem e a propósito diz Platão no Diálogo IX do *De legibus*: *Façam, pois, as cidades as suas leis, por forma que o legislador desempenhe totalmente o papel de pai e mãe, e as suas determinações antes possuam a virtude do amor e da prudência que a de senhor e tirano, que apenas ameaça e determina, sem dar razão absolutamente nenhuma do que manda.*

Devendo as leis adequar-se ao clima, génio e costumes dos povos e tempos em que são promulgadas, facilmente todos vêem que são modificáveis as leis, que, por ajustadas a esses tempos, tiveram naturalmente por fundamento ou a força das circunstâncias ou os preconceitos e opiniões do vulgo. De facto, quem não se rirá hoje do que se acha escrito na Ord. liv. 5, tít. 3, acerca de feitiçarias, encantamentos, filtros e predição do futuro? E que juiz tão severo, para não dizer estulto, condenará à morte uma pobre mulher pelo facto de ela tirar

dum lugar sagrado ou profano uma pedra de arã para fazer feitiçaria? No entanto, é esta a pena estabelecida na mencionada Ordenação. E quem ousará também condenar os sodomitas, os afeminados, os sedutores, e os adúlteros, com as penas capitais de vivicombúrio, confiscação, infâmia dos filhos e outras estatuídas nos citados títs. 13, 25 e 32. Nesta mesma Ord. tit. 38 é permitido ao marido matar impunemente a mulher e o adúltero plebeu, mas não, se este for nobre, diferença esta inepta a mais não poder ser; e também é permitido ao marido, se acaso for medroso, agregar a si auxiliares e confiar a outros a execução da vingança, o que numa cidade bem constituída não deve de modo algum tolerar-se, porquanto, segundo Quintiliano, *Declamatio XIII, recebemos magistrados e leis, para que ninguém seja vingador da sua própria dor*. E, finalmente, quem condenará à força aquele que imprudentemente furtou um marco de prata ou outra coisa de igual valor, ainda que tal pena esteja fixada na Ord. tit. 60? Em boa verdade, não podem vigorar perpétuamente as leis ocasionadas pela guerra ou pelas frequentes incursões dos inimigos ou cidadãos. Manda a Ord. liv. 5, tit. 47, cortar as mãos e atanzar o escravo vivo que matar o seu senhor. Esta mesma Ord. manda decepar as mãos (2) ao escravo que arrancar alguma arma contra o seu senhor, mesmo que não o fira. Semelhavelmente, se amputam as mãos (3) àquele que ferir alguém no rosto, e àquele que, estando preso em cárcere público, ferir qualquer pessoa que na mesma cadeia estiver, Ord. liv. 5, tit. 35, §§ 6 e 7. Com igual pena deve ser punido aquele que, mesmo sem ferir, tira armas para ofender alguém quer na presença d'El-Rei ou no seu Paço, quer no local e cidade onde estiver El-Rei ou a Casa da Suplicação, Ord. liv. 5, tit. 39, §§ 1 e 2. A Ordenação do liv. 5, tit. 133, e suas concordantes, que falam dos tormentos, não estão hoje em vigor, mas ab-rogadas sómente pelo uso, e não por lei especial. E apenas isto me apraz anotar aqui; o resto ver-se-á do que havemos de dizer. Diz bem Valério, em Lívio, XXXIV, 6: *Assim como confesso que nenhuma das leis, que foram promulgadas para servirem perpétua e não temporariamente por causa da sua utilidade permanente, deve ser ab-rogada, se o uso o não impuser ou o estado da sociedade a não tornar inútil, assim também vejo que são (para assim dizer) mortais e mu-*

dáveis com os tempos aquelas que foram exigidas por algumas circunstâncias. As que foram feitas na paz, são muitas vezes ab-rogadas pela guerra; e as que foram produzidas na guerra, ab-rogadas pela paz; tal qualmente no governo duma nau há coisas que são úteis para o bom e outras para o mau tempo. (Vid. Sebastião César de Meneses, *Suma Política*, Tit. III, cap. VIII, § 4). Bem diz também o autor da obra intitulada *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España*, pág. 71: *Es verdad que nuestros legisladores claman contra el no uso de las leyes, declarando, que todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente sin que pueda admitirse la excusa de decir que no estan en uso. Pero a pesar de tan expresa voluntad repetidas veces declarada por los Soberanos, la experienci nos hace ver practicamente, que son muchisimas las leyes penales, que sin haber sido derogadas por otras, estan interamente sin uso alguno, dando lugar por este motivo al arbitrio de los jueces, y lo que es peor, sin que estos le tengan para dexarlo de hacer asi. No habra hoy por exemplo un juez, que se atreva a mandar cortar la lengua al blasfemo, y la mano al escribano falsario, sin embargo de que eslas son las penas impuestas a estos delitos por leyes que no estan expresamente derogadas por otras; y si hubiera alguno, que quisiera resucitar estas leyes, creo seguramente que los tribunales superiores revocarian la sentencia, y el juez que la dió pasaria en el concepto del publico por cruel e temerario. Hallanse pues los jueces y tribunales por defecto de la legislacion en la fatal necesidad y dura alternativa de sufrir la nota de inhumanos, ó de no observar las leyes, que han jurado cumplir.* Veja-se o Alvará de D. José I de 12 de Maio de 1769, no prefácio.

(2) Aliás, uma das mãos (Nota do tradutor).

(3) Aliás, uma das mãos (Nota do tradutor).

TÍTULO II

DOS DELITOS ECLESIASTICOS E SUAS PENAS

OS DELITOS ECLESIASTICOS CLASSIFICAM-SE COMO PUBLICOS

§ I — Entre os delitos públicos, que ofendem a sociedade e a segurança pública, podendo, por isso, ser acusados por qualquer particular (Tit. I, § II), cabem muito especialmente os eclesiásticos ou religiosos, de que nos cumpre falar antes de mais. De facto, estes delitos devem ser punidos com penas eclesiásticas e civis, por isso que não são menos funestos para a Igreja que para a Nação, a qual difficilmente se pode conceber sem alguma religião verdadeira ou falsa.

Sobre os delitos para com Deus veja-se inteiramente o quase divino Diálogo X do *De legibus* de Platão, que a ninguém é suspeito.

E QUAIS SAO

§ II — Chamam-se delitos eclesiásticos, em geral, todos os que se cometem contra Deus, os que contrariam a religião comum do País, e, finalmente, os que atentam contra os bons costumes, as leis divinas, as naturais, e até as civis. Neste sentido todos os delitos se podem chamar *eclesiásticos*, e estão sujeitos, no foro da consciência, à punição da Igreja, às penitências, censuras e penas canónicas. Porém, em sentido pró-

prio, tomam esse nome os delitos que especialmente ofendem a Deus, ou a religião dominante no País, quais, para a Religião Cristã, no todo ou em parte, as *deserções*, a *blasfémia*, o *perjúrio*, e o *sacrilégio*.

Cumpre separar aqui os pecados dos delitos, conforme já acima advertimos no Tit. I, § VI, pois devemos chamar delitos eclesiásticos apenas àqueles malefícios que se cometem contra a Religião pública e o bem da Igreja. Por direito próprio, pode a Igreja punir estes delitos e pecados *com a privação dos bens e direitos de que aliás os fiéis estão providos enquanto membros da Igreja Cristã*, Riegger, *Jurisprudencia Ecclesiastica*, P. IV, § CCXLIV, Tridentino, Sessão XIII, cap. I *De reformatione*. Cumpre também separar aqui a jurisdição própria da Igreja, que lhe foi concedida pelo direito divino, da *imprópria* que lhe foi concedida pelos Príncipes nas causas criminaes dos clérigos ou dos leigos, mesmo nas coisas concernentes à salvação e foro civil, jurisdição esta que, em qualquer caso, lhe pode ser tirada, e que é exercida em nome do Príncipe. Fleury, *Institutiones Juris Ecclesiastici*, P. III, cap. XIV, § I.

A IGREJA POR DIREITO PRÓPRIO IMPÕE PENAS CANÓNICAS

§ III — Pode, portanto, a Igreja impor pelo seu direito penas canónicas, *espirituais, e medicinaes*. Aos *contumazes é tirado o uso de todos ou alguns bens espirituais, enquanto não se emendam da sua contumácia*, mas não o uso dos bens temporais, porque estes promanam do poder civil e não do eclesiástico. Semelhavelmente, impõe a Igreja por direito próprio penitências públicas ou particulares; mas ninguém era obrigado por meios externos e violentos a cumpri-las enquanto estiveram em uso. Van-Espen, *Jur. Eccles.*, P. III, cap. II, tit. II, e no tratado *De censuris*, cap. X, Riegger, *Jurisprud. Eccles.*, P. IV, desde o § DXLIV, Eybel, *Introd. Jur. Ecclesiae Catholicae*, liv. III, caps. II, III e IV.

§ IV — A heresia, isto é, *a defesa pertinaz dum dogma condenado pelo juízo da Igreja Universal e contrário ao Símbolo da fé católica*, Causa XXIV, Questão III, cânones 26 e 27, é um crime gravíssimo tanto eclesiástico como civil, e deve ser punido segundo o seu direito, quer pelo poder eclesiástico, quer pelo temporal, com as respectivas penas.

Henrique Coccey na Dissertação especial *De jure circa haereticos*, e Thomásio, in *Problema juridicum: An haeresis sit crimen, etc.*; negam que a heresia seja um crime, porque o delicto somente é cometido por um *acto da vontade* e com *dolo* ou *culpa*, e não por um *acto da inteligência* e sem dolo. Porém, esta negativa atinge apenas a heresia *material*, que nasce dum erro involuntário, e não a *formal*, que consiste na defesa livre, voluntária e pertinaz dum dogma condenado, pois esta contumácia assenta num acto da vontade. Por conseguinte, a heresia é um crime público eclesiástico, visto que interessa a toda a Igreja que permaneça intacta e inviolada a verdade da Religião divina, e um crime público civil, visto que se entende que todo aquele que ofende ou despreza a religião pública destrói os vínculos mais fortes da sociedade. Cícero, *De natura deorum*, liv. I, § II. E, embora nem as penas canónicas nem as civis possam dobrar a vontade daquele que erra e trazê-lo à verdade, todavia, para poderem ser bem applicadas, basta que façam com que, de futuro, ninguém ouse espalhar erros semelhantes.

QUEM É HEREGE

§ V — Por consequência, não devem ser havidos como hereges no foro civil: 1) os infiéis, visto estarem fora da Igreja, cap. 13 do tit. *De haereticis* do Liv. 6.º; 2) os que, em matérias *adiáforas e disciplinares*, divergem da opinião de muitíssimos Teólogos e Canonistas, lei 3 do tit. *De paganis* do Código, lei 2, § 1, do tit. *De haereticis* do Código; 3) os suspeitos na fé, a não ser que incorram em gravíssima e violenta suspeição que

por direito plenamente os convença. Realmente, a disposição que manda *que todos tenham como infames e banidos os que se tornem notados de simples suspeição, se a mandado da Igreja, conforme o teor da suspeita e a qualidade da pessoa, não demonstrarem a sua inocência com adequada justificação*, Autêntica Gazaros § 1 do tit. *De haereticis* do Código, e cap. 13, § 2, de igual título das Decretais, é excessivamente dura, para não dizer cruel, e não é outra coisa senão *uma péssima invenção para oprimir e caluniar impunemente os homens ainda os melhores e mais ortodoxos*, como diz Riegger na *Jurisprud. Eccles.*, P. IV, § CCXCII; 4) *os que, suposto tenham alguma opinião falsa e pervertida, todavia a não defendem com pertinaz animosidade*, Causa XXIV, Questão III, cânone 29; mas somente os que, *advertidos, resistem contumazmente, e não querem emendar seus pestíferos e mortíferos dogmas*, na mesma Causa e Questão, cân. 31; e, finalmente, 5) *os que ofendem a Divindade e a religião comum enquanto cidadãos, e não enquanto homens*. Filangieri, tomo IV, caps. XLIV e XLV, usa, e explica bem e sãbiamente esta distinção, como convém a um escritor cristão, e ajusta-a ao foro externo.

A QUESTÃO DE DIREITO PERTENCE À IGREJA E A DE FACTO NÃO

§ VI — A questão de *direito*, isto é, se o dogma professado pelo réu é ou não herético, pertence apenas à Igreja; a *de facto* não assim. Por isso, a dúvida sobre se o réu perfilha um dogma já declarado falso pela Igreja, é uma questão que bem pode ser tratada no juízo secular. Riegger, *Jurisprud. Eccles.*, P. IV, § CCXCVI, Ord. liv. 5, tit. 1, § últ. *ibi*: *Porque a Igreja não tem aqui que conhecer se erra na fé, ou não* (Instituições, Do Direito Público, Tit. V, § VI).

§ VII — As penas canónicas, que a Igreja por direito seu usa contra os hereges, são: 1) a *excomunhão maior* proferida *ipso jure* e reservada ao Papa, segundo a Constituição de Gregório XIII, que começa *Officium nostri* do ano de 1576; 2) a *privação de sepultura eclesiástica*, cap. 2 do tit. *De haereticis* do Liv. 6.º; 3) a *irregularidade* para receber ordens, cap. 2, § 2, e cap. 15 do mesmo tit.; 4) a *inabilidade* para as dignidades, benefícios, e officios eclesiásticos, cap. cit.; 5) a *privação* de dignidades, benefícios e officios legitimamente já obtidos antes de cair em heresia, cap. 12 do mesmo tit.; e finalmente, 6) todas as penas que chamamos *medicinas*.

FUNDAMENTO DO PODER CIVIL SOBRE OS HEREGES

§ VIII — Ora, sendo a heresia um delicto civil (§ I), do qual resultam tumultos e sedições na sociedade (§ IV), todos vêm que o Imperante tem o direito, não só de punir os hereges com penas civis, mas também de precaver que a segurança pública não seja perturbada com dissídios religiosos. Van-Espen, *Jur. Eccles.*, P. III, tit. IV, cap. II, nn. 38 e 39, Martini, *Posit. Jur. Nat.*, cap. VIII (Instituições, Do Direito Público, Tit. V, §§ IV e V).

Todos os legisladores reconheceram a necessidade da religião na sociedade. É, pois, falso o sistema de Pedro Bayli, chefe incontestado dos mais recentes livres-pensadores, o qual defende em muitos lugares que do ateísmo nenhum dano virá à sociedade, e que, por isso, esta pode subsistir sem que nela se professe qualquer religião; não se pode formar paradoxo mais ímpio e perigoso que este. O mesmo cumpre dizer dos sistemas dos chamados Deístas e Naturalistas, pois se opõem directamente à constituição e duração da sociedade. Desta matéria tratou cuidadosamente, entre outros, Pufendorf, autor grato aos próprios livres-pensadores, no liv. I, cap. IV, § IX, *De offic. hominis et civis*.

§ IX — Pelo direito comum foram estabelecidas penas civis realmente demasiado severas contra os hereges. Tais são: 1) a infâmia que se transmite aos filhos e netos; 2) o exílio perpétuo; 3) o desterro temporário; 4) a condenação às galés e aos trabalhos públicos; 5) a flagelação pública por bairros e praças; 6) a confiscação de todos os bens, mesmo havendo filhos; e finalmente, 7) a morte natural cruel, etc. Estas penas vêm nos Códigos de Teodósio e Justiniano, nas Decretais, tit. *De haereticis*, livs. V e VI, e Causa VI, Questão I, cân. 17, e ainda hoje as admitem os Códigos de quase todas as nações.

Deve-se buscar esta severidade das penas na severidade das leis civis contra o crime de lesa-majestade humana. E que, constituindo o crime de heresia uma ofensa à Majestade Divina, entendia-se que ele devia ser submetido inteiramente às mesmas penas, e, se possível, até a penas maiores. Estes dois crimes são, de facto, comparados entre si na Ordenação Afonsina, liv. 2, tit. 54, na rubrica, que diz: *Dos beens, que pertencem a El-Rey per caso de heresy, ou treißom*, crimes estes que são postos no liv. 5 immediatamente a seguir um ao outro, tendo passado com esta ordem para os Códigos posteriores. Contudo, esta severidade, como bem diz Fleury, *Instit. Jur. Eccles.*, P. III, cap. X, § V, *é útil para reprimir as heresias nascentes; mas, se for empregada rigorosamente em todos os tempos e em todos os lugares conforme a prescrição das leis, torna aborrecidas as nossas coisas sagradas, e faz com que, a pretexto da justiça, se cometam os maiores males*. Acresce que a pena capital visava não tanto a punir com a atemorizar os hereges, conforme testemunha Sozomeno na *Historia Ecclesiastica*, liv. VII, cap. XII, e era dirigida principalmente contra os Maniqueus e semelhantes, os quais, no dizer de Teodósio e Valentiniano na lei 65 do tit. *De haereticis* do Código Teodosiano, *chegaram aos extremos da maldade nos crimes*. No entanto, parece-nos pouco estimável a comparação com o crime de lesa-majestade humana, não só porque as leis criminaes posteriores contra este crime são excessivamente severas, mas também porque a verdadeira religião, isto é, a Cristã, há-de perseverar até ao fim do mundo, mesmo contra as arremetidas dos

príncipes do século, e as portas do inferno não podem prevalecer contra ela. Depois, embora seja infinitamente maior a ofensa contra Deus do que contra o Rei, não é, todavia, mister dos homens vingar as ofensas divinas, para cuja condigna punição não bastam todas as gravíssimas penas temporais. Neste sentido é inteiramente verdadeira a máxima de Tácito, nos *Anais*, I, 73: *As ofensas aos deuses, aos deuses as cabe vingar. Príncipe Fundamental du Droit des Souverains*, Genev. (Paris), 1788, tomo II, págs. 141 e segs., Berard, tomo IV, Dissert. II, cap. II, pág. 68, Renazzi, liv. I, cap. XV, § III.

E PELO DIREITO PATRIO

§ X — Pelo que respeita ao nosso direito, se olharmos à letra e ao espírito das antigas leis Extravagantes do Reino, e das Ordenações Régias contidas nos três Códigos públicos, os hereges não deviam ser condenados à morte. No entanto, D. José I impôs-lhe a pena de vivicombúrio, pelas Constituições de 12 de Junho de 1769, 25 de Maio de 1773, e 15 de Dezembro de 1774, que parece deverem entender-se, não dos que se dizem *simplesmente* hereges, mas dos hereges *qualificados*, isto é, dos sediciosos, que ousam destruir tanto a Religião como a Sociedade com suas facções, escritos, ditos e feitos. Pelas mesmas Constituições foi estabelecida a pena de confiscação de bens e infâmia, só para os filhos e netos daqueles que forem condenados à pena última, conciliando-se assim os caps. 15 e 16 do tit. *De haereticis* do Liv. 6.º, que de certo modo pareciam contraditórios entre si.

Sobre as penas dos hereges é isto, em suma, o que se acha estabelecido no nosso direito. E, em primeiro lugar, no tocante à pena de confiscação de bens, por uma Ordenação especial de D. Afonso II, inserta no Código Afonsino, Liv. 2, tit. 54, os seus bens apenas devem ser confiscados no caso de serem condenados por sentença judicial. Também por uma Ordenação especial de D. João I dada em Évora a 3 de Janeiro do ano 1454 da Era, apud Código Afonsino, Liv. 5, tit. 1, § 4, em rigor os bens dos hereges não revertem para o fisco,

embora sejam deixados ao arbítrio do Rei, *ibi: de seus bens se faça como mandarmos, e nossa mercee for*. Porém, no Código Manuelino, liv. 5, tit. II, no princ., e no Filipino, liv. 5, tit. 1, no princ., decreta-se expressamente a confiscação em prejuízo dos filhos (Instituições, Liv. II, Tit. VI, § XX, Nota). Nas Ordenações citadas não se faz menção especial nenhuma da pena capital e de infâmia com que se dizem notados os filhos e netos dos hereges; no entanto, manda-se genericamente condená-los com as penas estabelecidas pelo direito comum, ou conforme devem fazer por direito, Ord. cit. no princ.: *punindo os hereges condemnados como per Direito devem*. Pelas mesmas Ordenações são os Juizes Eclesiásticos obrigados a enviar aos Seculares as suas sentenças, as quais estes devem, depois de visto o processo, dar à execução, se forem conformes ao direito, Ord. Afons. cit., § 5 *ibi: vejam os ditos processos, e sentenças, e as cumpram, e executem assi como acharem per direito*. Pelos Códigos posteriores remete-se a sentença sem o processo, e, no entanto, decreta-se a sua execução e a condenação dos réus, o que é contrário não só às antigas leis e costumes alegados na cit. Ordenação Afonsina, mas também inteiramente alheio a todo o direito e razão, aos quais repugna condenar quem quer que seja pela fé de outro (Instituições, Do Direito Público, Tit. V, § V, Nota). Envergonhamo-nos, porém, de referir os inúmeros e enormes dissídios e contendas que surgiram entre magistrados régios e eclesiásticos, assim como os estragos, carnificinas e crueldades, que resultaram deste misterioso silêncio das Ordenações Régias e da remessa política para o *direito comum ou indefinido*, em matéria tão grave e carecente da mais rigorosa clareza e nitidez, que foi, sem dúvida, originada pela insuperável autoridade das Decretais nesses tempos. Mas isto não é, realmente, para admirar, pois vemos que no reinado de D. José I, Príncipe de feliz memória, o maior defensor e protector de seus direitos, se conciliou com grande aparato em seu Diploma de 15 de Dezembro de 1774 o cap. 15 com o cap. 16 do tit. *De haereticis* do liv. 6.º, como se fora necessário o acordo dos Sumos Pontífices para infligir penas civis aos hereges ou declarar as já infligidas. Além disso, foi interdita aos hereges a faculdade de testar, tanto a *activa*, Ord., liv. 4, tit. 81, § 4, como a *passiva*, tit. 88, § 17, tit. 99, § 7, do mesmo liv.. Podem ser acusados deste crime por qualquer pessoa, Ord. liv. 5, tit. 117, e ser presos por qualquer juiz, Ord. liv. 1, tit. 7, § 8.

§ XI — Nas leis especiais da Inquisição castigavam-se os hereges com estas penas e outras ainda maiores; no entanto, o espírito humanitário do nosso século suavizou-as muito, conseguindo-se, assim, que a Inquisição antigamente detestada de quase todos, mas hoje circunscrita a justos limites, já não seja odiosa a ninguém, e pelo contrário pareça útil e necessária, quer para punir, quer para aterrar os heréticos inovadores nos difíceis tempos em que vivemos.

A Inquisição foi enfim criada em Portugal por Paulo III, a pedido de D. João III, em Bula para os Bispos de Coimbra, Lamego e Ceuta, de 23 de Março de 1536, apud Sousa, tomo II das *Provas* ao liv. IV da *História Genealógica*, N. 120, pág. 713. Foi o Cardeal Infante D. Henrique, pelo mesmo nomeado Supremo Inquisidor da Fé, que deu o primeiro Regimento do Santo Offício à Inquisição em 1 de Março de 1570, aprovado por El-Rei D. Sebastião em 13 do mesmo mês e ano. Seguiram-se, depois, o Regimento de Pedro de Castilho, impresso em 1613, o de Francisco de Castro em 1640, e, por fim, o do Cardeal da Cunha, confirmado por D. José em forma específica em 1 de Setembro de 1774. Todos estes Regimentos têm por fundamento, muito especialmente, as Epístolas Decretais de Bonifácio VIII no citado tit. *De hæreticis* e as opiniões dos Decretalistas que as amplificaram talvez muito para além do que convinha. Ora, pelas letras apostólicas foi concedido aos Inquisidores da Fé o poder de julgarem o crime de heresia juntamente com o Ordinário do lugar, cujo juízo sempre se exige na decisão desse crime. Fica, porém, sempre salvo aos Bispos, enquanto Inquisidores natos, o juízo e jurisdição sobre os hereges *ad modum Ecclesiae*, isto é, no foro interno e penitencial, e o poder de os castigar com penas e penitências espirituais e restantes penas canónicas, que pertencem à essência do Episcopado, à qual é, naturalmente, alheio ou estranho o foro externo judicial e criminal, que só aos Inquisidores foi concedido, excluindo outros juízos seculares ou eclesiásticos, pela Ordenação do liv. 2, tit. 6, tirada da Extravagante de D. João III de 20 de Novembro de 1536, apud Leão, p. 2, tit. 2, lei 12, Cartas de Lei de 20 de Maio e 12 de Junho de 1769. Por isso, o Su-

premo Tribunal do Santo Offício é, pelas ditas Cartas de Lei, um tribunal eclesiástico e régio. Quanto ao que se diz da sua injustiça, isto é, que é informe e arbitrária a ordem do processo, que se nega aos réus a defesa necessária, que bastam para os condenar as provas semiplenas e as testemunhas únicas, e o mais que mesmo os escritores pios e ortodoxos, como Fleury, Barthello, Riegger e outros costumam objectar, não é isso verdade. Com efeito, a ordem judiciária é absolutamente a mesma que as Ordenações Régias prescrevem nas causas-crimes e se observa no foro secular. Ao réu concede-se pleníssima defesa e a livre faculdade de escolher qualquer patrono, com o qual pode falar em particular, quando e quantas vezes necessitar. Exibem-se-lhe de boa fé a série de toda a acusação, o tempo e local do delito e os nomes das testemunhas, e não se lhe profbe refutá-las. As testemunhas únicas, mesmo que estejam acima de toda a excepção, nunca fazem prova plena. A infâmia não resulta de qualquer delito, mas apenas daquele a que foi aplicada a pena capital. Manda-se repelir quaisquer sugestões. As testemunhas falsas são mais severamente punidas nestes que nos outros processos; e, finalmente, hoje tudo se faz de harmonia com a equidade natural. Não aprovamos nem defendemos o que de desumano fizeram os nossos maiores; no entanto, tudo o que eles pecaram neste aspecto, deve-se ao excessivo zelo de religião e à ignorância própria e dos tempos. Esperamos que as coisas melhorem cada vez mais, com a ajuda de Deus. Riegger, *Jurisprudentia Eccles.*, P. IV, § CCCXXVIII, Mably, *De la Législation*, tomo IX, liv. IV, cap. IV.

COMO DEVE SER PUNIDO O DESPREZO DA RELIGIÃO

§ XII — Os que desprezam ou escarnecem da Religião pública dominante no País, ou prestam a Deus culto externo em ritos diferentes dos estabelecidos pela Igreja Católica, cometem crime religioso e civil. Como, porém, a sua pena não se acha especialmente definida nos nossos Códigos, deve ser deixada ao arbítrio do juiz, que pode impor multas pecuniárias ou prisão, conforme a qualidade do desprezo e das circunstâncias. Para todos os efeitos, merece ler-se a *Analyse da Profissão da Fé do*

O que se diz nas leis de Platão e nas Leis Decenvirais. *Aproxima-se dos deuses com a alma pura; dá ao culto um sentimento piedoso; afasta as riquezas. Quem procede doutro modo, o próprio Deus o punirá*, não é inteiramente verdade, porquanto o desprezo público da religião dominante e a disparidade de culto externo é um delicto público, não só contra Deus, mas também contra a República, por cujo juízo e autoridade o réu quase nenhuma consideração tem, visto lhe antepor por orgulho o seu juízo particular. Blackstone, *Comment. sur les loix Angloises*, tomo V, liv. IV, cap. IV, pág. 386, Filangieri, tomo IV, cap. XLV.

FANATISMO E HIPOCRISIA

§ XIII — A estes quase se devem juntar os fanáticos, os supersticiosos, e, para dizer tudo, os *hipócritas*, que simulando no rosto triste uma piedade externa, e nada curando da interna, apenas buscam a vanglória e a utilidade própria. Confundem sempre a Religião com o fanatismo, misturam todas as coisas divinas e humanas, e tudo fazem para vantagem pessoal. São os maiores e os mais perniciosos *egoistas*, mas hemos que tolerá-los impunemente, quer por causa da corrupção do século em que vivemos, quer por ser difícil a prova do delicto. Martini, *Posit. de lege Natur.*, tomo I, desde o § 316, Filangieri cit. e tomo I, *Introduzione*, pág. 6 (Tit. VIII, § VIII, deste livro).

Cabem nesta categoria, não tanto os verdadeiros Jacobeus, condenados pelos Edictos de 10 de Março e 15 de Julho de 1769 da Real Mesa Censória e do Conselho Geral do Santo Offício, pois estes difficilmente se podem distinguir dos hereges, mas sim aquella maligna casta de homens, que, sobretudo a pretexto da religião, accusam os outros, movendo guerra eterna e oculta aos bons cidadãos, aliás grandes beneméritos da Igreja e da República. No entanto, no meio de tamanha corrupção humana devem ser impunemente tolerados, enquanto suas fraudes e embustes forem occultos, inúteis e destituídos

de efeito; mas, em surtindo este, há que puni-los gravemente conforme o grau de malícia e do dano que causaram. Filangieri cit., a obra intitulada *De l'État naturel des Peuples*, tomo II, P. II, Sect. II, N. I, caps. VII e VIII. (Tit. I, § VI, na Nota, e § XXI). Devem se igualmente punidos os homens supersticiosos, como os adivinhos, feiticeiros, e encantadores, não por serem supersticiosos, pois isso é mais para ser ridicularizado, mas pelo dano que causam com os meios naturais de seu uso, e não pelos encantamentos em si. Eybel, *De poest. Eccles. exsequent.*, liv. III, cap. II, § 475. (Tit. I, §§ XXIII e XXIV).

A APOSTASIA

§ XIV — A *apostasia*, que chamam perfídia, e por cujo nome entendemos aqui a deserção total da Religião Cristã, é punida com as mesmas penas que a heresia, cap. 13, do tit. *De haereticis* do Liv. 6.º. Dos apóstatas só o Rei conhece, pois é uma questão de facto, Ord. liv. 5, tit. 1, § 4, Man. tit. 2, § ult. do mesmo livro, tirada dos caps. 1 e 2 da Concórdia celebrada no reinado de D. João I, apud Pereira, *De Manu Regia*, tomo I, pág. 383 (Instituições, Do Direito Público, Tit. V, § VI).

O CISMA

§ XV — Quase o mesmo se deve dizer dos cismáticos, pois, embora, no entender de Agostinho, liv. un. *quest. XVII in Math.*, questão XI, §§ 2 e 5, *não seja a diversidade da fé, mas a separação da comunhão que faz os cismáticos*, no entanto, como o cisma já tem ligada a si a heresia ou pelo menos pode degenerar nela, pois dela dista apenas um passo, Causa XXIV, questão III, cânone 26, são os cismáticos quase havidos como hereges pelo direito canónico. Contudo, as nossas leis não fazem deles nenhuma menção especial.

§ XVI — *Blasfémia*, isto é, a injúria feita por palavras ou obras a Deus, à Santa Virgem Maria ou aos Santos, é punida mais ou menos severamente pelas nossas leis, segundo a gravidade das circunstâncias. Os nobres são punidos com multa e degredo para África; e os plebeus também com multa, e trinta açoites ao pé do pelourinho com barço e pregação, Ord. liv. 5, tit 2, no princ., Man. 34, Afons. 99. Os que rogam pragas ou fazem imprecações contra alguém, não são blasfemos, e não devem ser castigados no foro civil (Tit. VIII, § VIII, deste livro), porquanto a vontade de fazer o mal sem efeito é peccado, e não delito.

Há mais que uma espécie de blasfémia. Uma chama-se *mera*, outra *heretical*, outra *simples*, ou *atroz*, e, por isso, não deve ser sempre punida do mesmo modo. Mas primeiro devia-se distinguir e explicar melhor o vocábulo *blasfémia*, que é demasiado vago, e depois aplicar-se as penas devidas. Pelo nosso direito, os blasfemos não são condenados à morte, mas a multa, exílio, e pena vil, conforme a qualidade e condição dos delinquentes, a que as leis pátrias sempre atendem na aplicação das penas. Todavia, esta diferença desagrade hoje a Beccaria, *Traité des délits et des peines*, § XXI, e a muitos outros, por entenderem que todos os delinquentes, tanto nobres como plebeus, devem ser sujeitos a penas iguais. Mas eu entendo que, na definição da pena, se deve ter absolutamente em conta a pessoa do delinquente, pois aquele a quem o parentesco, o officio e a idade deveria afastar do delito, merece maior pena do que o estranho, o estúpido, a criança, ou o adolescente; maior o teólogo que o ignorante da religião; o nobre e o constituído em dignidade mais eminente que o simples plebeu. Por isso, os primeiros devem ser punidos mais severamente, mas não com a mesma pena pelo mesmo delito, visto que, se uma pena vil for igualmente aplicada ao nobre e ao plebeu, nem é igual nem tem proporção alguma. Por isso, assim como entre os delinquentes se deve olhar à sua condição, assim também entre as penas se deve fazer distinção olhando à sua qualidade, não porque devam ser punidos mais brandamente, mas porque nem todos devem ser pu-

nidos com a mesma quantidade de pena, a qual muitas vezes não corresponde nem ao delito nem à pessoa, nem enfim à segurança pública, que é o fim das penas. Pufendorf, *De offic. homin. et civ.*, liv. II, cap. XIII, § XVIII, Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. II, cap. IV, Renazzi, *Element. Jur. Criminal.*, liv. II, cap. IV, § XV. Sobre as penas contra os blasfemos trazem muitos comentários Berard, tomo IV, P. I, *Dissert.* II, cap. III, Samuel Frederico Bohemero, *Elementa Jurisp. Crimin.*, Sect. II, cap. II, Filangieri, liv. III, P. II, cap. XX; estas penas podem ser aumentadas ou agravadas pelo juiz, conforme a blasfémia for *simples* ou *atroz*, Ord. cit. liv. 5, tit. 2, § 2. A pena de *vivicombúrio* e cortamento da língua é cruel e injusta; e tal sacrificio e mutilação dos membros humanos não pode agradar a Deus, que, verdadeiramente falando, não padece injúria nem carece da vingança humana. No entanto, foi esta a pena imposta aos blasfemos por D. Dinis na lei de 7 de Junho do ano 1353 da Era (Ord. Afons., liv. 5, tit. 99); mas, depois, foi com justa razão suavizada.

O QUE É O PERJÚRIO

§ XVII — O *perjúrio*, isto é, a *violação do juramento cometida por dolo ou culpa*, constitui uma espécie de blasfémia, Cícero, *De officiis*, III, § XXIX, e um delito grave tanto contra Deus como contra os homens.

E QUEM DEVE SER CONSIDERADO PERJURO

§ XVIII — Deve reputar-se perjuro não só aquele que ciente e deliberadamente assevera como verdade o que é falso com ânimo de enganar outrem, mas também aquele que espontaneamente viola a fé jurada em prejuízo doutrem, principalmente em juízo (Tit. V, § III, Nota, deste liv.). Por isso, aquele que perjurou ou tentou perjurar sem ânimo deliberado, no calor da ira ou na paixão do amor, e sem efeito, ou sem ofender o direito perfeito doutrem, só merece o castigo de Deus.

Não cabe aqui o juramento *civil* ou o *religioso*, que se pratica por costume ou se presta por brincadeira em festins.

O perjúrio extrajudicial não é punido pelas nossas leis; mas há juízo cível contra o perjuro, que é obrigado a ressarcir o dano que ocasionou sem lucro por culpa sua. Igualmente, devem ser punidos os oficiais que façam qualquer coisa contra o juramento geral, que costumam prestar segundo a Ord. liv. 1, tit. 67, § 15, não com as penas do perjúrio, mas com as da falsidade e outras conforme o modo do delicto, Ord. liv. 5, tit. 53. É impune, no foro civil, o perjúrio daqueles que juraram como verdade aquilo que assim consideraram, ou aquilo donde pequeno ou nenhum dano resultou. Caldas, *De emptione*, cap. I, n. 19. São imunes de quase toda a pena, e inteiramente lícitas certas imprecações religiosas e civis, que o diverso uso das nações admitiu; tais eram *Sela* e *Vah* dos Hebreus, *Pol* (por Polux!) e *Aedepol* (pelo templo de Polux!) dos latinos, e *pelos Deuses imortais, viva o senhor, eu não viva, etc.*., Everardo Otto, *De perjur. per gen. Princip.*, Hansen, *De jurejurando veter. Romanorum*, cap. XVIII. (Não é lícito ao homem jurar de modo algum. Seja o vosso falar: *Sim, sim; não, não*; estas são palavras de Cristo em Mateus, V, 34 e 37. Hoje, porém, fervilham em todos os negócios os juramentos, que devem ser inteiramente proscritos. Vide *Code de l'Humanité*, palavra *Serment*).

PENAS DO PERJÚRIO

§ XIX — O falso testemunho é em todas as causas, quer cíveis, quer criminais, um crime capital, Ord. liv. 5, tit. 54, no princípio, *ibi*: *A pessoa, que testemunhar falso, em qualquer caso que seja, morra por isso morte natural*, Man. tit. 8 do mesmo liv.. Nesta mesma pena incorre aquele que, em feito crime de morte, induziu as testemunhas a testemunhar falso, seja para absolver, seja para condenar o réu. Nas causas cíveis e nos delitos não capitais, é punido com degredo perpétuo para o Brasil e perda de sua fazenda, se não tiver descendentes ou ascendentes. Aquele que subornou por dinheiro ou outro modo uma testemunha, posto que esta não haja dado testemunho

nem aceitado o dinheiro, é públicamente açoitado e degredado por dez anos para África ou Brasil, Ord. cit. §§ 1 e 2.

Parece que foram as próprias leis que deram ocasião aos perjúrios, enquanto requerem sempre o juramento; de facto, *do costume de jurar*, como diz Agostinho na Epístola 157, *resulta cair-se muitas vezes em perjúrio e estar-se sempre perto dele*. Pela lei de 11 de Janeiro do ano 1340 da Era, dada em Coimbra por D. Dinis, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 37, § 1, cortam-se as mãos e os pés, e arrancam-se os olhos aos perjuros; D. Afonso V gloria-se de ter mitigado esta pena e a ter substituído pelo corte da língua sòmente, Ord. Afons., *ibidem*, § 4. O mesmo D. Dinis em outra lei, que promulgou em 7 de Junho do ano 1353 da Era, apud mesma Ord. tit. 99, § 1, estabeleceu contra os blasfemos a pena de arranque da língua e de vivicombúrio, pois nesta altura era costume em todas as nações punir o réu na parte do corpo com que delinquir. Porém, os Códigos posteriores emendaram um tanto, sem contudo atingirem a perfeição, estas leis injustas e desumanas, originadas na doutrina mal entendida sobre a necessidade de se vingar e punir muito severamente os delitos contra Deus. (O uso e abuso dos juramentos no foro moral e prático é exibido por Samuel Strykio, *Meletemata de Juramentis*, e com maior aparato de sólida erudição legal por Henrique Ayres, no *Specimen Jurisprudéntiae consultatoriae de abusu Juramentorum* e *Repubblica proscríbendo*, onde se lêem notáveis e cordatos conselhos).

O QUE É SACRILÉGIO, SUAS ESPECIES, E RESPECTIVAS PENAS

§ XX — O sacrilégio, delicto contra a Igreja e a Sociedade, é, segundo o direito canónico, *toda a violação, invasão, vexação e detenção de coisas, pessoas ou direitos sagrados*. Comece-se, ou em razão do lugar, quando alguém offende a santidade de uma igreja, mosteiro, hospital ou outro lugar pio, cap. *Ad haec* 4 do tit. *De religiosis domibus*; ou em razão da pessoa, quando alguém fere ou prende um clérigo, Causa XVII, questão IV, cânone *Si quis suadente* 29, Berard, tomo IV, *Dissert.* III, cap. I, pág. 119; ou em razão da coisa, quando se furta um

objecto destinado ao uso sagrado, ou um objecto profano, de lugar sagrado, Causa XVII, questão IV, cânone *Quisquis* 21. As nossas leis só mencionam esta última espécie. Pelo direito romano e pelo pátrio, é sacrilégio e deve ser punido com a morte aquele que tira, isto é, furta dum local sagrado coisas sagradas de qualquer valor, Ord. liv. 5, tit. 60, § 4, Man. 37, § 4. Aquele que furta de lugar sagrado coisa profana, ou de lugar profano coisa sagrada, é condenado às galés, Ord. citada (Tit. VI, § XIV, deste livro).

No sentido do direito canónico, diz-se sacrilégio qualquer violação da religião e coisas sagradas, e com este significado, que é latíssimo, compreende muitos delictos de que o nosso direito não faz menção especial. Segundo a mente do direito civil na Ordenação citada, o furto de um objecto sagrado é mais severamente punido que o furto simples, e, a falar verdade, mais do que é justo. Filangieri, tomo IV, cap. XLV, Mr. Philpon de la Madeleine, *Lettre à l'Éditeur de la Bibliothèque des loix criminelles sur un vol de vases sacrés*, apud Brissot, *Bibliothèque Philosophique*, tomo IV, pág. 171. Veja-se querendo o tit. VI, § XIV. No tempo dos Imperadores era sacrilégio civil não só violar as constituições imperiais, mas também *discutir as decisões dos Príncipes, pois constituiu como que uma espécie de sacrilégio duvidar se a pessoa escolhida pelo Príncipe para algum cargo o merece*, lei 3 do tit. *De crimine sacrilegii* do Código. Porém, isto atinge o máximo da adulação, arrogância e perigo. Boehmer, Exercit. *De variis sacrilegii speciebus ex mente juris civilis*, tomo VI, §§ XL, XLI e XLVI. De facto, quem não se indignará ao ver escrito que o Príncipe tem por sacrilegos os que formularem uma opinião sobre as suas decisões? Acaso não podem eles enganar-se, uma vez que, assoberbados de problemas, não podem fazer tudo por si mesmos, antes muitas vezes têm necessidade de recorrer aos outros, o que facilita extremamente a possibilidade do engano? Sabemos, sem dúvida, que amor, piedade e reverência devem aos Príncipes os cidadãos seus vassallos, e não aprovamos de nenhum sorte a impudência de linguagem ou a licença de estilo com que se ofende essa piedade. Todavia, não nos podemos persuadir de que seja uma espécie de sacrilégio emitir alguém a sua opinião acerca das decisões dos Príncipes, quiçá entre amigos e de boa fé, e não com espírito de ofensa ou ânimo de detrair.

TÍTULO III

DO CRIME DE LESA-MAJESTADE

O QUE É MAJESTADE, CRIME DE LESA-MAJESTADE, E DE ALTA TRAIÇÃO

§ I — Em qualquer Estado o supremo poder, quer resida num só, quer em muitos, quer em todo o povo, chama-se *majestade*. Todo aquele que com mau dolo atacar este supremo poder, desprezando-o ou injuriando-o, diz-se que comete crime de lesa-majestade; e crime de alta traição, aquele com ânimo hostil maquinar, seja o que for, contra a Pátria, o Príncipe, ou a cidade a que por contrato se ligou, lei 1, § 1, lei 3, § 3, do tit. *ad Legem Juliam Majestatis* (Tit. IV, § VII, Nota, deste livro). Foi, sem dúvida, no tempo dos imperadores que assim se começaram a distinguir estes crimes que, no tempo da República livre, se designavam por crimes *imminutae majestatis*. Gundling, *ad Legem Juliam Majestatis*, cap. I, § XXIII, Otto, ao § 3 do tit. *De publicis judiciis* das Institutas.

O crime especial de lesa-majestade compreende apenas os ditos e os factos contra o supremo poder ou contra o príncipe que o detém. Com este pretexto eram incriminados de lesa-majestade, no governo dos maus Príncipes, não só os que, por dolo, culpa ou acaso, quebrassem ou apedrejassem as suas estátuas ou urinassem junto delas, Suetónio, in *Tiberius*, cap. LVIII, Esparciano, in *Caracalla*, cap. VII, os que perto da estátua dum imperador colocassem estátuas suas mais altas que essa, ou passassem por um lupanar ou latrina com uma moeda ou anel em

que estivesse gravada a effigie do Príncipe, Séneca, *De beneficiis*, liv. III, cap. XXVI, ou vendessem as imagens consagradas dos Imperadores, Dion Cássio, liv. LVII; mas até os que lamentassem os tempos ou se dissessem nascidos em maus anos. Bulenger, *De Imperat. et Imper. Rom.*, liv. I, cap. XXXIV. E, assim, a tal ponto se ampliou este crime sob o governo dos Tiranos, que ele era quase o único e raro crime dos que não tinham crime. Plínio, *Panegyricus*, cap. XLII. Em contrapartida os Príncipes bons e mais brandos difficilmente castigavam as faltas leves contra si praticadas, e a indiscricção no falar. É notável a este respeito, e tão própria dum grande Príncipe como digna de integral transcrição, a seguinte Constituição dos Imperadores Teodósio, Arcádio, e Honório, na lei única do tit. *Si quis Imperatori maledixerit* do Código: «*Se alguém, desconhecedor da modéstia e ignorante do pudor, pensar ferir os nossos nomes com vil e petulante maldicção, e perturbado pela embriaguez detrair dos nossos tempos, não queremos que seja punido, nem desejamos que sofra algo de duro ou desagradável; porque, se isso resultar de leviandade, há que desprez-lo; se resultar de insânia, é extremamente digno de compaixão; se de injúria, há que perdôar-lhe. Pelo que, sem qualquer procedimento seja isso trazido ao meu conhecimento, a fim de pesarmos as palavras olhando às pessoas, e decidirmos se são de esquecer ou tomar em conta* (Tit. IV, § VI, deste livro). E é este também o sentido e decisão da Ord. liv. 5, tit. 7, Man. 4, tirada daquela mesma Constituição, a qual está mais clara e plenamente expressa na Ordenação Afonsina, tit. 3 do mesmo livro.

A SUA PENA NA LEI DOS ROMANOS E OUTRAS NAÇÕES

§ II — A princípio, a pena contra ambos os crimes foi a interdição de água e fogo, e, depois, para os mais humildes, o lançamento às feras, e, para os mais nobres, a morte à espada. Paulo, *Sententiae*, liv. 5, tit. 28. Mas uma Constituição de Arcádio e Honório na lei 5 do tit. *ad Legem Juliam Majestatis* do Código exacerbou as penas, que Eutrópio reclamou para sua defesa em nome do primeiro, e estendeu este crime aos que ofendessem os illustres membros do Consistório e do Senado. Sobre isto deve ler-se o *Discursus historicus* de Jacobo Gotho-

fredo. No crime de alta traição, que as leis romanas posteriores muitas vezes confundem com o de lesa-majestade, há muitas singularidades, tais como a proibição de se chorar o réu, lei *Minime* 35 do tit. *De religiosis et sumptibus funerum*, Forneri, *Res quotidianae*, liv. II, cap. XVII; os filhos e netos eram privados dos bens paternos e de toda a sucessão, não tanto para castigo do delicto, como para segurança do Príncipe, e *para que o amor dos filhos tornasse os pais mais amigos da República*, Cícero, *Epist.* XII a Bruto; eram marcados com infâmia perpétua, e não podiam ascender a cargos públicos; eram excluídos da herança materna e avoenga, e nada recebiam por testamento de estranhos, dita lei 5; bastava apenas o projecto e vontade de cometer o crime; admitiam-se na accusação pessoas proibidas de o fazer em outros crimes, leis 7 e 8 do tit. *ad Legem Juliam Majestatis*; a formação de processo contra o réu, ainda que este já estivesse morto (Tit. XXXIII, § IV, deste liv.); e, finalmente, a punição daqueles que, sabendo da preparação deste crime, o não delataram. Gundling cit. cap. últ. Também não foram mais suaves contra os réus de alta traição os Macedónios, Persas, Cartagineses, Gregos e outras nações, onde os filhos e parentes dos que conjuravam contra o Rei eram condenados à morte. Veja-se Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XXI, § XV, Filangieri, cit. cap. XLVI, *Esprit des loix*, liv. VI, cap. XX. Graciano inseriu e copiou literalmente em seu Decreto, Causa VI, questão I, cânone 22, e *De poenitentia*, Dist. I, cânone 9, a terrível constituição de Arcádio e Honório. Também foi inserta no Código Visigótico, liv. II, tit. I, lei 18, e no Edicto de Teodorico, cap. 107, apud Bavares, tit. XI, cap. I, art. I, e cap. XI, art. único, e por Carlos IV, tit. XXIV da *Bula Aurea*. Este direito também seguem ainda hoje os franceses, Domat, *Supplem. Jur. Publ.*, liv. III, tit. II, art. 6, os Castelhanos, lei 3, tit. II, Partida VII, lei 1, tit. XII, liv. VIII, da Recopilacion, lei 2, tit. XVIII do mesmo, os Ingleses, Blackstone, *Leg. Angl. Comment.*, tit. V, liv. IV, cap. VI, Cowel,

Sobre este assunto diz bem Renazzi, *Elementa Juris Criminalis*, liv. II, cap. III, § V «*Houve realmente quem dissesse que era duro, embora justo, que os filhos sofressem pelos crimes dos pais, a fim de que o amor dos filhos tornasse os pais mais amigos da república, ou então a fim de que ninguém ficasse dum família abominável para imitar o crime ou vingar a morte. Mas Cícero, que, aliás, foi desta opinião* (Epist. XII a Bruto), *pergunta severamente* (*De natura Deorum*, liv. III, § XXXVIII): Admitiria acaso algum país o autor de uma lei em que se fosse ao ponto de condenar o filho ou o neto pelos delitos do pai ou avô?».

E NAS LEIS PÁTRIAS

§ III — Nós também seguimos este direito, mormente desde o tempo de D. João I, em cujo reinado o direito romano atingiu a máxima autoridade. Por isso, a terrível Constituição de Arcádio e Honório foi copiada, primeiro, para o Código Afonsino, liv. 5, tit. 2, e, depois, deste para os Códigos posteriores de D. Manuel, tit. 3, e Filipe, tit. 6, do mesmo liv., vendo-se, assim, aprovado nestes três Códigos tudo o que o direito romano, isto é, as leis posteriores dos Imperadores, estabeleceram sobre este crime. No entanto, aquela parte do Código Afonsino, que, à imitação do direito romano, estendia o crime de lesa-majestade aos que ofendessem os Conselheiros e Ministros do Rei, foi omitida nos Códigos posteriores.

A citada Ordenação Afonsina parece imediatamente tirada das leis de majestade de Afonso, Rei de Castela, insertas na Partida VII, tit. 2, que então gozavam entre nós de grande apreço, e que os architectos daquele Código parece terem imitado, pois se acha descrita quase com as mesmas palavras.

§ IV — Ora, o crime de lesa-majestade contém duas cabeças. Pertencem à primeira os regicidas, os réus de alta traição, os traidores, os trãsfugas, os sediciosos (Tit. IV, § V, deste liv.), e os mais enumerados na Ord. liv. 5, tit. 6, § I, e seguintes; são punidos com a pena de morte natural cruel, confiscação de bens, infâmia perpétua de filhos e descendentes e outras que vêm na mesma Ord. §§ 9, 10, 11 e 13, tendo aqui lugar todas as *singularidades* que, acima no § II, apontámos tiradas do direito romano. À segunda cabeça pertencem os réus de lesa-majestade simples, quais se dizem, entre outros, os que maltratam reféns, os que detêm no caminho os réus condenados pelo Rei ou pelos juizes por ele deputados quando já caminham para a execução, e os tiram das mãos e poder da justiça, ou os soltam da prisão pública; estes tais são punidos com as penas ordinárias do delicto e com a confiscação de bens, ainda que tenham descendentes ou ascendentes, sem que com isso sofram qualquer injúria e fiquem infamados, na mesma Ord., § 28.º. Todavia, nesta segunda espécie de crime de lesa-majestade também se admitem testemunhas inábeis e inimigas, e applicam-se tormentos por indícios leves, Ord., § últ.

O crime de lesa-majestade, o mais grave dos crimes públicos civis, requer penas gravíssimas, sem dúvida capitais muito atrozes, mas não cruéis, pois, como bem diz Cícero no liv. III do *De officiis*, § XI, *nada que seja cruel é útil, porquanto a crueldade é extremamente inimiga da natureza humana que devemos respeitar*. O facto de a pena ser cruel, e ainda o de os filhos e netos inocentes serem marcados de infâmia perpétua, privados *ipso jure* de dignidades, e considerados inábeis para todos os cargos, unicamente pelo delicto do pai, quando nada têm a temer, e também o facto de não poderem succeder com ou sem testamento a ascendentes, colaterais ou estranhos, tudo isso é desumano e bárbaro, na opinião de quase todos os escritores dados aos estudos criminaes. De facto, a pena deve obrigar apenas os seus autores, lei 22 do tit. *De poenis* do Código, e leis 20 e 26 do tit. *De*

poenis do Digesto, e de modo nenhum se pode tornar justa aquela que é injusta por sua natureza; além disso, não será a pena que, por sua morte, continuará nos filhos (e esta é a razão de Cícero e dos antigos) que poderá afastar da prática do crime aquele pai criminoso, desprovido de virtude e caridade, que não se demover com o amor da própria vida e da Pátria. *Traité des corps politiques*, liv. III, cap. X, *Discurso sobre las penas*, cap. V, § II, nn. 21, 22, 23, § IV, n. 9, § V, n. 16, etc... Outros ainda hoje pensam de maneira diferente com razões que não são totalmente desprezíveis, mas que não cabe no meu plano examinar e conferir com as dos adversários. Todavia, todas as Nações e nós também usamos este direito constituído, que é bastante, trazido até nós não tanto das leis romanas como das antigas leis das nações. Sobre isto deve ler-se a *Mémoire* de Mr. Bernard apresentada à Real Sociedade de Metz em 1784: *Sur l'origine de l'opinion, qui étend sur tous les individus d'une même famille une partie de la honte attachée aux peines infamantes, qui subit un coupable. Cette opinion est-elle plus nuisible, qu'utile?* Também se deve ver Renazzi supra-citado. O confisco de bens parece que mais que pena se deve chamar calamidade e consequência do delito paterno, Schrod, *Jur. Publ. Univ.*, P. II, cap. III, § XXII; e por isso é que o filho não pode suceder nos bens paternos alodiais ou nos havidos do Rei por qualquer título. *Porém, aquelas coisas que lhes foram atribuídas não pelo pai, mas pela família, pela sociedade, ou pela natureza, essas ficam-lhes incólumes*, diz Alfeno na lei 3 do tit. *De interdictis et relegatis*. Quanto a serem privados da administração do morgado, ainda que patrimonial, é isso um consecatório da infâmia, e assim se deve entender, presentemente, a Ord. liv. 5, tit. 6, § 15, após a Carta de Lei de 3 de Agosto de 1770, § XI (Instituições, Liv. II, Tit. VI, § XX, Nota).

DELITOS DO DIREITO DAS GENTES

§ V— Chamam-se, e bem, crimes de lesa-majestade os delitos cometidos contra o direito das gentes. São réus destes crimes os que infringem a fé pública, ou seja, a segurança prometida pelo Rei a que chamam *salvo-conduto*, os que ofendem os reféns ou os embaixadores das nações livres, Ord. liv. 5,

tit. 6, § 21, vers. *E bem assi*, e § 23, Man. tit. 3, §§ 20 e 22, Afons. tit. 2, §§ 15 e 16 do mesmo liv., e os que exercem a pirataria. Blackstone, tomo V, liv. IV, cap. V.

Estes e outros delitos semelhantes apenas são punidos em leis especiais peels Ingleses; elevam-se, porém, à categoria de crimes de lesa-majestade, quer porque ofendem a suprema majestade das nações, quer porque, como se sabe, a sua impunidade deu mais de uma vez ocasião a guerras. Filangieri, tomo IV, cap. L.

TÍTULO IV

DA VIOLÊNCIA PÚBLICA, E PARTICULAR

O QUE É VIOLÊNCIA PÚBLICA, E PARTICULAR

§ I — Chama-se violência pública a *violência atroz cometida com mau dolo, com ou sem armas, contra a segurança ou a ordem pública, quer por pessoa pública, quer contra pessoa pública, ou em lugares invioláveis por sua santidade*. É particular a *simples violência sem armas contra um particular*.

QUEM COMETE VIOLÊNCIA

§ II — Cometem violência pública: 1) os que movem sedições, motins e tumultos no país; 2) os que resistem aos magistrados e seus oficiais em desempenho de funções; 3) também os próprios magistrados que abusam do poder público; 4) os que arrombam cárceres públicos, ou os que têm cárceres privados; 5) os que invadem, armados, os direitos alheios e roubam bens; 6) os que sítiam casas alheias e vias públicas; 7) os que violam, sobretudo à força e contra a vontade delas, virgens e mulheres honradas, ou as raptam para satisfazerem suas paixões; 8) os que provocam os outros para duelo. A razão é porque estes e outros delitos semelhantes perturbam muitíssimo segurança, autoridade e economia públicas. Aquele que, desarmado, rouba qualquer coisa, comete violência particular.

§ III — A violência, casualmente feita por um particular contra outro, chama-se em português *rixa nova*; de caso pensado, *rixa velha*; com premeditação e intimação ao adversário, *duelo (repto, desafio)*. Quando feita contra pessoa pública, *resistência*. Quando praticada por vários em multidão reunida por acaso, e sem um fim, *tumulto (motim)*; contra o Rei ou Estado, *rebelião*; contra os ministros do Rei ou a ordem pública, *sedição*; contra particulares, toma o nome especial de *assuada*. E, assim, nos apraz distinguir os delitos cometidos por uma multidão. Para haver *rixa* bastam dois, três ou mais homens, mas para haver *motim* e *tumulto* são precisos pelo menos dez, no entender de Labeão na lei 4, § 3, do tit. *De vi bonorum raptorum*, seguida de perto na Extravagante de 12 de Agosto de 1717, apud. Ord. liv. 5, tit. 45. Coleção I, N. 1.

COMO SE PUNEM OS TUMULTOS

§ IV — O tumulto, feito sem intuito de ofensa e casualmente, do qual não resultou dano nenhum, embora não seja verdadeiro delito, deve, no entanto, ser prevenido pelos magistrados policiais, e principalmente os seus autores punidos com penas muito leves. É que o descurá-los pode excitar grande incêndio. O dano causado no tumulto é punido com as penas ordinárias do delito.

REBELIÕES

§ V — O *tumulto sedicioso*, isto é, a *rebelião* (§ III) perpetrada contra o Rei ou o Estado com dolo mau e ânimo hostil, é um verdadeiro crime de alta traição e lesa-majestade, devendo, por isso, ser punido com as mesmas penas (Tit. III,

§§ III e IV). Os que por acaso ou ignorância se vêem nela envolvidos, não devem ser castigados, ou, se o forem, levem penas muito brandas, conforme a qualidade da ignorância. A cidade rebelde não deve ser arrasada nem salgada, mas sim privada de seus direitos e privilégios e submetida à jurisdição de outra cidade. Por consequência, devem-se punir, principalmente, os autores e cúmplices do tumulto, e não todos os cidadãos indistintamente; também não se devem sortear os que hão-de ser punidos, porque pode a sorte cair sobre os inocentes. Heinécio, *De jure Naturae et Gentium*, liv. II, cap. VIII, § CLXIII, Creman, *De Jure Criminali*, liv. I, cap. VI, § 59, P. I, Hottoman, *Illustres Quaestiones*, 42, Gothofredo, à lei *Quisquis* do tit. *ad legem Corneliam de sicariis* do Código Teodosiano, cap. VI (Tit. I, §§ IX e XXVI, deste livro).

REUNIÕES CLANDESTINAS

§ VI — Não se devem ter logo por ilícitas as reuniões nocturnas e clandestinas, pois podem ser inofensivas. No entanto, cumpre vigiá-las com prudência, e não com curiosidade, antes de se mandarem encerrar, pois pode acontecer que delas nascam facções, e aquela intemperança no comer e beber, que, na boa frase de Cujácio, *Observat.*, liv. VII, cap. XXX, gera as mais molestas, inúteis e nefandas coisas. Porém, os que se juntam em casa de parentes ou amigos e aí falam um pouco mais livremente de assuntos públicos ou particulares, ainda que com ânimo de dizer mal, mas não de o fazer, devem ser tolerados, porquanto a casa é o mais seguro refúgio de cada um, onde é permitido tudo o que não cause dano a outro. Esta a razão porque não se devem considerar ilícitas e suspeitas todas as reuniões e ajuntamentos. A história testemunha que, em todos os tempos, os Príncipes mais de uma vez se serviram deste pretexto para oprimir os melhores cidadãos. Tácito, *Anais*, III, 38, Suetónio, in *Nero*, cap. XXXII, e *Domitianus*, cap. XII.

Por consequente, os homens loquazes, que, comprazendo a seus feitos, habitualmente ferem e reprimem tudo com ditos agudos, ainda que mordazes, devem ser desprezados, o que me parece mais que suficiente, ou então advertidos ou levemente punidos, conforme a malícia do seu dito ou feito, Ord. liv. 5, tit. 7, Man. 4, Afons. 3, lei única do tit. *Si quis Imperatori maledixerit* do Código (Tit. III, § I, Nota).

O mesmo não é de dizer dos eclesiásticos que ousarem apresentar, defender e disputar, no púlpito ou na cátedra, certas proposições de Direito ou Teologia que podem perturbar a Religião e a tranquillidade públicas, ou provocar ajuntamentos na sociedade. Estes, de facto, não devem ser tolerados, mas severamente punidos, conforme a qualidade dessas proposições, com penas quer civis quer religiosas. As que contra eles foram estabelecidas nos Edictos de 1561, 1563 e 1599 de Henrique IV, Rei de França e Carlos IX, parecem demasiado duras; um tanto mais brandas as que vêm no liv. XVI, tit. 4 *De his, qui super Religione contendunt* do Código de Teodósio. As leis pátrias não fazem menção nenhuma deste crime.

SEDIÇÕES E RESISTENCIA AOS MAGISTRADOS

§ VII — A violência pública cometida com armas contra os magistrados e seus officiaes de qualquer categoria durante o exercício de funções, isto é, a *resistência qualificada*, de que resulte impedimento e total inexecução dos actos judiciários ou, em caso contrário, ferimentos, ainda que muito leves, é um crime de lesa-majestade da chamada 2.^a cabeça, que deve ser punido com a pena de *amissio animae* (perda da alma, morte), na expressão de Justiniano no § 3 do tit. *De publicis judiciis*; das Institutas, e confiscação de bens, pelo Alvará de D. José I de 24 de Outubro de 1764 § 2. A violência feita por uma multidão, isto é, a *sedição armada* (§ III), se seguirmos o sentido e razão deste Alvará, deve ser castigada com as mesmas penas, ou ainda maiores, visto que é um delicto mais grave. Porém,

esse Alvará não faz menção especial dele, nem da *simples sedição* ou *simples resistência* sem armas.

O crime de lesa-majestade cai somente sobre os que ofendem o Príncipe ou o Estado immediata e directamente, como dizem, não se devendo considerar réus deste crime os que, por razões particulares, e não para ofender o supremo poder, resistem aos juizes e officiais no exercicio de funções. Por isso, a *simples sedição* ou *resistência* é, de facto, um delicto grave, mas nem capital, sobretudo quando praticada sem armas, nem de lesa-majestade, contando que não a ataque directamente, nem degenerem em rebelião, nem seja cometida em favor de réus de lesa-majestade; e neste sentido se deve entender o referido Alvará. Gomez, *Variarum*, tomo III, cap. II, n. 7, Limit. I. A jurisprudência e o uso forense aprovam este entendimento, visto que, nem antes nem depois do dito Alvará, vemos applicada a pena de morte a semelhantes criminosos. Os que resistem à justiça, isto é, aos magistrados e seus officiais, Ord. liv. 5, tit. 49, Man. 36, ora são punidos com a morte, ou amputação da mão em caso de ferimento feito na luta, ora com o exílio para África ou Brasil, conforme a qualidade dos resistidos e da resistência. Com estas mesmas penas são punidos os que arrebatam os presos, não dos cárceres, o que constitui crime especial (§ VIII), mas das mãos dos quadrilheiros, Ord. cit. tit. 48, no princ., Man. 35, Afons. 90. Mas, porque delinquem mais gravemente os estranhos, que pela resistência tiram das mãos da justiça um preso, a que não estão ligados pelo sangue, do que um filho ou um parente que tira o pai ou o consanguíneo; e estes mais do que o próprio preso que por si, sem outra força, se libertou da cadeia, pois parece ter grande desculpa no amor da sua liberdade pessoal; todos facilmente vêem que os réus de violência pública não devem sofrer, todos, penas iguais. No entanto, as leis pátrias quase sempre desprezam estas e outras semelhantes diferenças e desculpas, que o sentimento de humanidade e a natureza do delicto subministram. Deve-se, porém, distinguir sempre a violência *simples*, sem armas e sem effeito, da *qualificada* e *sediciosa*, e também a injúria verbal e simples desatenção ou desobediência às ordens dos magistrados da violência cometida contra pessoas públicas em funções ou fora delas, pois estes crimes menores são punidos com prisão segundo o arbitrio do julgador, citado Alvará de 24 de Outubro de 1764, § 3, Ord. liv. 5, tit. 50, Man. 66, Afons. 91.

§ VIII — É *sedicioso* em extremo grau e comete crime capital aquele que, com mau dolo, e principalmente com força armada, tirar da cadeia pública um preso já condenado à morte, arrombando a prisão ou por qualquer outro modo. Assim se deve entender a Ord. liv. 5, tit. 48, § 1, Man. tit. 35, § 1, Afons. 90, § 2. Deve, porém, ser mais brandamente punido aquele que isso fizer, usando, não de força, mas de indústria, dolo bom, ou corrupção do carcereiro. Mas muito mais brandamente ainda se deve punir o cônjuge que, com traje mudado ou outros artificios e fraudes, tirar da cadeia o outro cônjuge; temos sobre isto o célebre exemplo de Maria Reygersberg, mulher de ânimo viril, que libertou seu marido Hugo Grócio da prisão dum castelo. Veja-se, querendo, Plutarco, no opúsculo *Illustres mulieres*, e Gomez, *Variarum*, liv. III, cap. IX, n. 12. O réu preso, que fugir sem violência nem arrombamento, não deve ser punido, Ord. liv. 5, tit. 48, § 3, Engav, *Elementa Juris Criminalis*, liv. I, tit. XLIX, § DXXXVI, visto que a fuga não é delicto; no entanto, quando recapturado, deve ser encerrado em cadeia mais segura e severa. É injusto ter-se um réu como confesso e convencido, quando faltem outras provas, pelo facto de fugir, pois podia praticar este acto, não por se julgar criminoso, mas para evitar as incomodidades do cárcere (Tit. XVIII, § VI), Perez, ao tit. *De custodia reorum*, n. 14. De facto, conforme bem diz Ulpiano na lei 1 do tit. *De bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt*, deve perdoar-se àquele que de qualquer modo quis salvar a sua vida e (julgo dever acrescentar-se) também a liberdade natural.

E não obsta a Ordenação cit. tit. 48, § 2, ibi: *E será havido por provado o maleficio de qualquer preso, que fugir da cadeia, quando assi for quebrada, posto que se lhe não prove, que per seu mandado se fez*, visto que necessariamente se tem de entender daquelle que fugiu pela violência e arrombando a prisão, desde que haja outras provas

verdadeiras, pois ninguém deve ser condenado por provas falsas; ou então deve dizer-se que as palavras *será havido por provação o malefício* se têm de referir, não ao delicto principal, mas ao arrombamento da cadeia, que se presume feito por instigação do réu, se não se provar o contrário; porém, ainda neste caso, deve ser punido mais suavemente do que um arrombador estranho (Tit. XVIII, §§ IV e VI, deste livro).

E OS CARCEREIROS QUE DÃO FUGIDA AOS PRESOS

§ IX — Todavia, não merecem perdão os guardas do cárcere, que por dolo ou suborno deixaram fugir os presos; são condenados à morte, no caso de o réu estar já condenado a ela, e, não estando, à pena de açoites e degredo por dois anos para África; e assim se deve entender a Ordenação liv. I, tit. 77, § 3, lei 4 do tit. *De custodia et exhibitione reorum* do Código. De facto, antes da sentença condenatória o preso não deve ser considerado réu, e, por isso, os seus guardas não devem ser punidos com a mesma pena que ele próprio teria de sofrer. Por conseguinte, neste caso e apenas quando estão em culpa, serão punidos mais brandamente, segundo o arbítrio do juiz, conforme o grau dessa culpa, à falta de pena *legítima*. Pereira, *Decisio* 69. Devem, porém, os guardas separar os réus, conforme a diversa qualidade dos seus crimes, Ord. liv. I, tit. 33, § 2, *ibi*: e *aprisoa-os segundo os malefícios, em que forem culpados*, Man. 27, § 2, Afons. 32, § 2. É totalmente desumano e perigoso lançar juntos na mesma cadeia os ladrões, assassinos, etc., e os encarcerados por motivos correcionais, pois não há género nenhum de maldade que não se deva temer daí. É extremamente de recear que os incorrigíveis corrompam com seu convívio aqueles que a sociedade quis emendar com o cárcere. No entanto, estes cuidados cabem ao magistrado policial, cujo dever é providenciar para que os cárceres de correcção estejam separados dos que se destinam aos homicidas, aos traidores, e aos homens já perdidos (Tit. I, § XIX, deste livro).

§ X — Comete crime de cárcere privado aquele que, sem autorização do Príncipe e à força, prende alguém mesmo criminoso por 24 horas em sua casa ou em outro lugar. Uma constituição de Justiniano impunha que quem fizesse isso, sofresse tantos dias de cárcere público quantos os que tinha feito sofrer, e que cáisse da causa que tinha contra o encarcerado, lei 2 do tit. *De privatis carceribus inhihendis* do Código. Esta pena quadrava melhor ao delicto que a de açoites ou exílio para África, estabelecida na Ord. liv. 5, tit. 95, no princ., Man. 68, Afons. 02, § 3. Incorrem neste crime: 1) os nobres que prendem e encarceram os seus súbditos e *vassallos* contra sua vontade; 2) os bispos que sem licença régia tiverem cárcere público ou particular, pois, só depois de pedido e obtido, podem exercer este poder jurisdicional, Extravagante de 28 de Abril de 1647, apud Ord. liv. 2, tit. 9, Colecção I, N. 1; 3) os monges; no entanto é-lhes permitido ter cárceres privados, onde podem deter temporariamente os frades mal comportados para fins correcionais, por justas causas, e segundo constituições próprias, expressa ou tácitamente aprovadas pelo poder eclesiástico e civil, contanto que os cárceres sejam saudáveis e criados mais para vigilância que para pena ou castigo, e desde que aos reclusos não falte todo o necessário à vida, trato humano, permissão de pleníssima defesa, e, finalmente, a livre faculdade de conversarem com os religiosos bem morigerados. Mas, se os superiores Eclesiásticos abusam neste aspecto, o que lamentamos ter sucedido mais de uma vez, então os oprimidos têm à sua disposição os remédios do direito, tais como as apelações para o juiz ou para um homem bom, os agravos e o recurso para o Príncipe ou para o Tribunal da Coroa (Instituições, Do Direito Público, Tit. V. § LVII, Nota). Também o magistrado *ordinário* pode e deve, mormente quando for implorado o seu auxílio, interpor a sua autoridade, e se não pode julgar a causa, pode pelo menos

repelir a violência e proteger os direitos naturais de homem e cidadão que o monge não perdeu com a sua profissão. Ora, são demasiado acerbas e quiçá alheias a todo o sentido de humanidade as informações que acerca dos cárceres monacais e outras matérias anexas nos dão Ameno, tomo I, *Quaest. V* e seguintes, e noutros passos, e Anacleto, ao tit. *De adcusationibus*, § 8. Merecem completa leitura a Constituição da Imperatriz Maria Teresa de 7 de Setembro de 1771, apud Riegger, P. IV da *Jurisprudencia Eccles.*, § DCXXII, Nota, e a Resolução Régia de D. José I tomada em 2 de Maio de 1775 sobre Consulta do Desembargo do Paço, na qual se manda aos corregedores das comarcas visitar os cárceres dos mosteiros.

E QUEM O NÃO COMETE

§ XI — Exceptuam-se o pai e o senhor que podem castigar e prender em casa o filho e o criado, contanto que a atrocidade do facto não exceda o direito de correção doméstica, Ord. cit. liv. 5, tit. 95, § 4, lei 3 do tit. *De patria potestate* do Código, lei única do tit. *De emendatione servorum* do Código, e lei única do tit. *De emendatione propinquorum* (Instituições, Do direito das pessoas, Tit. IV, § VII, e Tit. VII, § II). Pode o marido reter durante 24 horas o homem que achar em adultério com sua mulher, se esse homem for dos que ele por direito não deva matar, Ord. cit. § 2, lei 25 do tit. *ad Legem Juliam de adulteriis*. Quem quer pode prender *em flagrante* os ladrões, os homicidas e réus semelhantes, e detê-los até que possam ser apresentados ao juiz, Ord. liv. 5, tit. 60, § 7, e liv. 1, tit. 75, § 10, e tit. 65, § 37. Ora, que delinquentes se podem dizer apanhados *em flagrante*, é assunto declarado no Diploma de 15 de Setembro de 1593, apud Febo, P. II, Aresto 191. No entanto, não é permitido ao credor prender o seu devedor, ainda que suspeito de fuga, e embora assim o tenham pactuado, após a Carta de Lei de 20 de Junho de 1774, § 19, e a Deliberação da Relação de

Lisboa de 18 de Agosto de 1774 (Instituições de Direito Civil Português, liv. IV, tit. XXII, § XVIII). Por isso, não têm hoje autoridade nenhuma as Ordenações do liv. 4, tit. 76, § 3, e do liv. 5, tit. 95, § 3. É permitido, para efeitos testemunhais, reter, ou prender, em local para isso destinado pela Autoridade, o gado apanhado a pastar em campo alheio, Ord. liv. 5, tit. 87, § 3, Man. 62, § 1.

Não é este o lugar para inquirir qual o poder que pelo direito natural, ou pelo direito romano, cabe sobre os filhos. Vejam-se, querendo, Bynkershoeck, *De jure occidenti, vendendi, et exponendi liberos*, Gerard Noodt, in *Julius Paulus in l. 4 De agnoscendis et alienis liberis*, e Amicis, *Respons.* ao mesmo. No entanto, aprovou e pareceu mais congruente que as contronérsias dentro da casa entre pai e filho fossem decididas por julgamento daquele. Mas, se a questão chegar ao ponto de se formar processo judicial por injúrias, mandará o Presidente da província, a que se recorrer, seguir a ordem do direito, costumada nas contendas pecuniárias, lei 4 do tit. *De patria potestate* do Código. Deve, porém, o Presidente ditar a sentença que o pai quiser que se dite, lei 3 do mesmo tit.. Também nós seguimos este direito. Na lei única do tit. *De emendatione propinquorum* do Código, os Imperadores dão também aos vizinhos mais velhos a faculdade de corrigir os menores e castigar as faltas dos jovens. E é este aquele juízo familiar a exercer sobretudo nos delitos familiares de filhos e vizinhos, que hoje alguns tanto recomendam. E, porém, bárbaro o que se lê na lei única do tit. *De emendatione servorum*, e que foi estabelecido, não por Nero, mas, o que é de admirar, por Constantino: *Se o senhor bater com varas ou correias no escravo, ou o prender por razões de segurança, sem fazer distinção ou interpretação de dias, não incorrerá em crime algum, se o escravo morrer.* Não é assim no nosso direito, que apenas concede, tanto ao pai como ao senhor, o poder de castigar levemente, Ord. cit. liv. 5, tit. 95, § 4, *ibi*: *castigar, e emendar de mas manhas, e costumes*; Decreto de 30 de Set. de 1693, *ibi*: *Hey por bem, que os escravos... não sejam molestados com ferros, nem mettidos em prisões mais apertadas, que aquellas, que bastarem para a segurança*, apud Ord. cit. Coleção II, N. 1.

§ XII — Para haver violência pública contra um particular, isto é, *assuada*, não é mister se faça com armas (§ III). Gothofredo, à lei 152 do tit. *De regulis juris*, Otto ao § 6 do tit. *De interdictis* das Institutas e ao § 8 do tit. *De publicis judiciis* das Institutas. E, no entanto, necessário que haja um motim ou o ajuntamento de pelo menos dez pessoas (§ III) com intenção de fazer mal, Ord. liv. 5, tit. 45, no princípio, *ibi: para lhe fazer mal*, Man. 51. Portanto, os que invadirem em tumulto a casa alheia e ferirem o dono, os familiares, os hóspedes ou quaisquer outras pessoas que aí estejam, são condenados a morte; se não houver ferimentos, são condenados a dez anos de degredo para África, sendo nobres, ou para o Brasil, se forem plebeus, sendo primeiro açoitados, Ord. cit., e liv. 1, tit. 58, § 9.

Ainda que nada mais perturbe a tranquilidade da República do que os homens administrarem justiça por suas próprias mãos, apoiados no seu poder, é assaz sabido que outrora os nossos maiores, tal como as restantes nações da Europa, derimiram as suas contendas mais pela violência das armas que pelos tribunais. Este uso de resolver as questões pelas armas é provado entre nós pelos exemplos alegados na *Monarchia Lusitana*, P. V, liv. XVI, cap. 45, pelas leis gerais de D. Afonso III de 27 de Fevereiro do ano de 1310 da Era, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 45, e pelas Ordenações especiais sobre este assunto dadas em Coimbra por D. Dinis no ano 1314 (História do Direito Civil Português, § XLVIII, e LIII, Nota, letra 6). Provam e confirmam este mesmo uso as *cartas de inimidade* passadas no Supremo Desembargo do Paço, de que se faz menção na Ord. liv. 1, tit. 3, § 5, Man. liv. 1, tit. 3, § 22, por fim, posto que muito tardiamente, abrogadas pelo Alvará de 10 de Março de 1608, apud mesma Ord. Colecção I, N. 1.

§ XIII — A violência dum particular contra outro é punida mais ou menos severamente conforme os casos. O que violentar a casa alheia, que é o local mais sagrado e inviolável duma pessoa, ou lhe quebrar as portas com ânimo de mal fazer, é condenado a degredo perpétuo para o Brasil, mesmo não havendo dano, Ord. liv. 5, tit. 45, § 4, Man. 51, § 3. O que fechar as portas por fora a outro, é degredado dois anos para África ou açoitado, segundo a sua qualidade, Ord. cit., § 5, Man. tit. 37, § últ. O que pela força tirar coisa sua a outro, é punido com a perda do seu domínio, Ord. liv. 3, tit. 40, § 2, tit. 78, § 4, no fim, e liv. 4, tit. 58, no princ.. Por este motivo se proíbe qualquer pessoa, com pesadas multas, de ter homens armados e os trazer consigo pelas cidades e caminhos públicos, em tempo de paz ou de trégua, Ord. liv. 5, tit. 47, Man. 106, tirada da lei de D. João I inserta no Código Afonsino, liv. 5, tit. 96. As leis dos Visigodos sobre a violência pública e particular acham-se em seu Código, liv. VIII, tit. 1.

O uso da violência e *vindicta* privada entre nós é provado, além de outras, pela célebre lei *da revindicta*, que sob certas condições concedia, principalmente aos nobres, a vingança particular. Existem, além disso, documentos da Idade Média em que se lê: *àquele a quem couber a herança da terra, deve pertencer a veste de guerra, isto é, a couraça, a vingança sobre o próximo, e o pagamento do alódio*. E até se vê nas nossas leis e costumes que cada um podia vingar por autoridade própria, por si ou por meio de outrem, as ofensas próprias ou alheias, tendo-se inveterado tanto estes hábitos, que não bastaram, para os purificar e extinguir, as leis especiais de D. Afonso III, D. Dinis, e D. Afonso IV, repetidas em diversas épocas (Instituições, Do Direito Público, Tit. II, § XXIII; Tit. XII, § I, Nota, deste livro). Mas, como essas leis foram escritas debalde, pareceu prudente atalhar, por certo modo indirecto, o desenvolvimento deste mal, o que se fez com a introdução por D. Pedro I das *cartas de segurança*, e, por fim, com o estabelecimento de asilos civis a exemplo dos Judeus.

Com estes meios, se não se extinguíram, pelo menos atenuaram-se muito as vinganças particulares, as quais, surgindo melhores tempos, acabaram por ser clara e directamente proibidas na Ord. liv. 5, tit. 45 e semelhantes. No entanto, ainda restam vestígios da violência e vindicta particular no nosso direito, como por exemplo nas Ord. liv. 3, tit. 89, § 1, liv. 4, tit. 23, § 3, tit. 57, § 1, tit. 76, § 3 e liv. 5, tit. 38, no princ., § 1 (Instituições, Do Direito Público, Tit. II, §§ XXIV e XXV). Sobre os costumes das outras nações, devem ler-se Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XX, § VIII, Bodin, *De republica*, Sect. ult., Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. II, tit. 25.

DUELO

§ XIV — Mas nenhum género de violência particular foi mais vulgar, generalizado e prejudicial à República que o *duelo* (§ III deste liv.), que os nossos maiores, especialmente os nobres e os militares, usaram para mostrar a sua inocência ou vingar as injúrias feitas a si ou aos seus. Visto que este mal tão inveterado havia de certo modo degenerado em natureza, foram impotentes para o curar não só as antigas leis referidas na Ord. Afonsina liv. 5, tit. 53, Man. 93, mas também as novas, apud Ordenação que usamos, liv. 5, tit. 43, e as novíssimas, apud mesma Ord. Colecção I, Nn. 1 e 2.

O *duelo* que na Ord. liv. 5, tit. 43, é interdito tanto aos paisanos como aos militares sob pena de confisco de bens, vê-se aprovado, se intervier pelo menos licença régia ou judicial, nas seguintes palavras da Ord. liv. 2, tit. 26, § 2: *dar lugar a se fazerem armas de jogo, ou de sanha entre os requestados, e ter campo entre elles*. De facto, as leis ou costumes antigos permitiam que cada um vingasse, com ferro e armas, a morte e ofensas dos parentes, como consta da lei dada por D. Afonso IV em Coimbra a 17 de Março do ano de 1364 da Era, § 3, *ibi*: *Porem porque nos nossos Regnos era hũa maneira usada, que cada hũ queria acooimar* (isto é, castigar) *morie, e deshonra de seus parentes, segundo lhes pertencia em devído*, vingança esta que D. Afonso proibiu naquella lei, embora permitisse o duelo entre

nobres, § 6, *ibi*: *E quanto he em feito de retos teemos por bem, e mandamos, que se guarde per aquella maneira, que se guardou entre os filhos d'algo aiaaqui*. Ainda hoje as leis militares exautoram e transferem os militares que recusam o desafio para duelo. Por conseguinte, havia duelos justos e lícitos, como os que eram decretados pelo juiz sob certas fórmulas e condições, em cuja exposição talvez ocupe a primazia Carlos du Fresne, Dissert. *De duellis*, tomo II, e duelos injustos, aqueles que os menosprezadores das leis determinavam quer clandestina quer abertamente por autoridade própria e sem decisão do juiz. Porém, em vão os Príncipes trabalharão para extingui-los, enquanto subsistir a falsa opinião de desagrarar, pessoalmente pelas armas, e não pelos tribunais, a *honra ofendida*; opinião esta, que, sendo embora de origem gótica, ainda hoje tem muitos defensores, e é a causadora da contradição entre as próprias leis. Ela é muito mais poderosa que a autoridade das leis e dos Príncipes. Rousseau, *Épître à Mr. d'Alembert sur les spectacles*. O tribunal especial chamado *tribunal de honra*, que é muito recomendado por este escritor, e teria por função examinar os casos de honra e aplicar penas adequadas, não é do gosto público, nem sufficiente para extinguir o uso dos duelos, enquanto se mantiver aquella opinião. *Que aproveitam as leis sem a correção dos costumes?* Horácio, Odes, III, XXIV, 35.

CONCUSSÃO

§ XV — Uma espécie de violência quer pública quer particular é a *concução*, pela qual se entende tudo aquilo que é feito, não pela violência propriamente dita, mas pelo medo do poder público. E, assim, cometem o crime de concução os magistrados e officiaes que, abusando do seu cargo e poder, indevidamente exigem ou impõem alguma coisa ao cidadão para lhe prestarem os seus serviços; e também o comete aquele que, sendo-lhe feita semelhante imposição, indevidamente dá ou faz alguma coisa para evitar o poder, medo ou perigo dos funcionários. Quase o mesmo se deve dizer dos superiores e poderosos, que fazem imposições idénticas, e dos particulares, que, simulando ordens dum magistrado e inculcando o terror, extor-

quem injustamente alguma coisa aos súbditos, lei 1 do tit. *De concussione*, lei 1, § 3, do tit. *De calumniatoribus*, Donnelo, *Commentarii*, liv. XV, cap. XL, Strykió, *Dissert. De fac. jud. de fact.*

As nossas leis não fazem menção especial deste delicto; no entanto, vem mencionado no § 89 do Edicto de Teodorico, Rei dos Ostrogodos, onde diz: *Se alguém, para aterrar outro, formar ou assumir o comando duma força, arrogando-se assim um poder que não tem, sofra a pena de açoites e degredo perpétuo, sendo peão, e a de desterro, sendo nobre.* No Código dos Visigodos, lei 2, liv. 12, tit. 1, manda-se que o conde, vigário, ou villico não intentem agravar, para sua utilidade, os povos, com tributos, exações, obras ou serviços forçados ... que não exerçam poder nenhum sobre homens particulares, nem os molestem de modo algum. Se algum juiz infringir esta nossa constituição, será privado de seu cargo e obrigado a pagar, para o nosso fisco, dez libras de ouro. Por conseguinte, hoje, no entender de Carpov, p. 2, questão 90, a pena da concussão pode consistir ou na privação da dignidade, ou no desterro, ou numa multa.

ESTUPRO VIOLENTO

§ XVI—O *estupro violento*, tanto contra donzela ou viúva, como contra meretriz, é crime capital, Ord. liv. 5, tit. 18, Man. 14, Afons. 6. São igualmente punidos de morte os que auxiliarem o estuprador, Ord. liv. 5, tit. 18, no fim do princ.. Nem o consentimento posterior da violentada nem a contracção de matrimónio com ela evitam a pena, Ord. cit. § 1. Não basta, porém, qualquer violência, mas uma tal, que a mulher não possa resistir-lhe sem perigo de vida ou perda de membros. Não basta, portanto, o medo de cárcere, de infâmia, de reverência, de ameaças verbais, e muito menos os rogos, ainda que importunos, os afagos, as adulações, e qualquer violência muito leve. Este delicto prova-se especialmente com queixumes, gritos ou choros após a prática do delicto, que deve ser imediatamente

participado ao juiz. Leyser, *Disput. De stupro violento*, n. 4, Gothofredo, à lei 1 do tit. *De raptu virginum* do Código Teodosiano. O *estupro simples*, isto é, *voluntário*, não tem aqui lugar, visto não constituir violência pública ou particular.

Sobre o *estupro violento*, que os nossos antigos chamavam *rouso*, *roussar*, e hoje *força*, *forçamento*, *forçar*, e maneira de o provar com gritos e choros, existem, entre outras, as leis especiais de D. Afonso IV e D. Pedro I repetidas no Código Afonsino, liv. 5, tit. 6, às quais se deve juntar a Ordenação citada, que usamos, tit. 18, § 3, no fim, *ibi: bradando cada uma das ditas pessoas*, e tit. 134, § 2, *ibi: se alguma mulher fosse corrupta de sua virgindade per força, de noite, ou de dia... e bradasse logo no dito ermo: Foão me fez isto.* Aquele que desflorar uma mulher núbil com seu assentimento, não se dirá réu deste crime, e será, por isso, punido com outras penas extraordinárias. O mesmo se deve dizer daquele que violentou uma imbecil ou embriagada, pois tal mulher não o sofreu contrariada, visto não ter querer nem não querer, lei 3, do tit. *De regulis juris*, Caldas, à lei *Si curatorem* 3 do tit. *De in integrum restitutione minorum*, palavra *sua facilitate*, n. 60, Boehmero, *Elementa Jurisprudentiae Criminalis*, Sect. XI, Cap. V, § CXXXI, Nota.

O QUE É O RAPTO, SUAS ESPÉCIES, E PENAS

§ XVII—Pela mesma razão que o *estupro violento* é classificado como violência, também o é o *rapto*, ou seja a *condução*, *violenta e contra vontade*, duma pessoa honesta dum lugar para outro para fins libidinosos. Há duas espécies de rapto: o verdadeiro, que consiste no arrebatamento duma pessoa dum lugar para outro, e difere do *estupro violento* por este não requerer arrebatamento; e o rapto por sedução, que se dá, quando a pessoa é levada, não à força, mas com tais enganos e carícias de amor, que pouco parecem distar da violência, Ord. liv. 5, tit. 18, § 3. Os que, seduzindo filhas de família ou mulheres honestas, com loucos amores, as violentarem para fins libidino-

sos ou para conseguirem um casamento outro modo inviável, contra a vontade dos pais e como que em desprezo deles, são havidos como raptos, e punidos com as penas de rapto, mesmo que não haja arrebatamento, Carta de Lei de 19 de Junho de 1775, § 1. Hoje pela Novíssima Lei de 6 de Outubro de 1784, § 9, as maiores de 17 anos não podem quecliar nem acusar criminalmente por estupro voluntário, e também por rapto voluntário, ou *de sedução*; podem-no, no entanto, fazer seus pais, tutores, curadores, e, à falta destes, os irmãos. Já a menor de 17 anos pode não só acusar criminalmente, mas até demandar civilmente, o estuprador e sedutor, não para obrigar o réu a casar, mas para a dotar segundo sua qualidade e condição, conforme a dita Lei (Vide Decreto de 31 de Julho de 1787), a qual, todavia, não tem lugar nos crimes de rapto verdadeiro e estupro violento, pois um e outro se vêem ser crimes capitais, segundo a citada Ord. liv. 5, tit. 18, no princ., e § 3 (Tit. X, § X, deste livro).

Contra os raptos de virgens, viúvas, e religiosas estabeleceu Constantino Magno muitas disposições especiais em seu Edicto que vem na lei 1 do tit. *De raptu virginum vel viduarum* do Código Teodosiano, as quais Justiniano fez todas suas na lei única de igual título do Código, Novelas 141 e 150. A respeito delas apresenta Filangieri, tomo IV, cap. L, pág. 419, estas notáveis observações: *Constantino, io dico, fu l'autore della celebre legge contro il ratto, che offende nel tempo istesso l'umanità, la ragione, e la giustizia. Che un uomo violento, ed arditò estragga con violenza una fanciulla dal paterno tetto; che violando i doveri della natura, e quelli della società repisca con violenza la moglie allo sposo; che contaminando le domestiche mura porti la desolazione e l'obbrobrio nella famiglia, che le abita: che un uomo di questa natura espia colla perdita della vita l'oltraggio che ha recato alla donna, alla famiglia, alla società intera: in questo caso la ragione non potrà condannare il sacrificio, nè piangere sulla sciagura della vittima, che s'immola al decoro dei costumi, alla sicurezza pubblica, ed alla domestica tranquillità. Ma se la ferocia, o l'imbecillità di un legislatore confonde col ratto violento*

*una fuga intrapesa di comune consenso; se confonde il ratto non violento di una fanciulla col ratto violento di una moglie; se all'istessa pena destinata pel rapitore armato, che non si propone altro scopo nella sua violenza, se non quello di soddisfare al suo brutale appetito, egli condanna due trasportati amanti, che non hanno altro oggetto nella fuga, che quello di render legittima la loro unione con un sacro vincolo; se ciò che la natura permette, e la sola società condanna, è ugualmente punito di quello, che condannato viene dall'una, e dall'altra; se, in poche parole, di tanti delitti così diversi tra loro, se ne fa un solo, con una sola legge, con una sola sanzione; in questo caso tutte le regole, che diriggon il potere legislativo, e determinano i limiti dela sua estensione, verrebbero conculcate, e lese da una legge così feroce ed assurda. Ecco ciò che si ritrova nella legge di Costantino, rinnovata da Giustiniano, ed inserita in quella mostruosa collezione de' monumenti della sapienza, della ferocia, e dell'imbecillità de' varj legislatori di Roma. Il rapitore infelice viene in questa legge condannato alle fiamme, o alle fiere. Se la vergine dichiara di aver prestato il suo consenso al ratto, lungi dal salvare il suo amante, si espone a dividerne il destino. I parenti della donzela sventurata, e colpevole sono obbligati ad accusare in giustizia il rapitore, e se, cedendo à moti della natura, e del sangue, cercano de coprire l'insulto, e ripararlo con una legittima unione, sono essi medesimi condannati all'esilio, e confiscati i loro beni. Gli schiavi dell'uno, e dell'altro sesso convinti di aver favorito il ratto, o la seduzione, vengono bruciati vivi, o condannati a spirare sotto l'orribile tormento del piombo liqueffato. La prescrizione di questo delitto non è limitata ad un determinato numero de anni, e le conseguenze della sentenza si estendono fino à frutti innocenti di questa illegittima unione. Questa è la legge di Costantino, contra la quale noi ci siamo con ragione scagliati. Mais commentários traz o autor anônimo do livro francês intitolado *Histoire des révolutions arrivées dans le Gouvernement, les Loix, et l'esprit humain, après la conversion de Constantin jusqu'à la chute de l'Empire de l'Occident*, à Haye 1783. Não cabe falar aqui das penas canônicas contra os raptos; no entanto, veja-se, querendo, o Trindentino, Sess. XXIV, *De reformatione matrimonii* cap. VI, Riegger, *Jurisprudencia Eccles.*, P. IV, § CLVII e DXXVII e seg., Berard, tomo IV, Dissert. IV, cap. III.*

TÍTULO V

DA FALSIDADE E ESTELIONATO

O QUE É A FALSIDADE E O ESTELIONATO

§ I — Chama-se crime de falsidade *qualquer mudança ou supressão da verdade, feita com dolo mau, em prejuízo doutro, e especial ou genericamente proibida nas leis*. Devemos, pois, distingui-lo da *falsidade*, porque esta é toda a alteração da verdade, por meio da mentira, engano ou reticência, mas não se diz crime de falsidade, se não for feita com dolo e prejuízo para alguém. Contudo, pertence ao crime de falsidade o *estelionato*, isto é, *aquela alteração ou supressão da verdade, feita em prejuízo doutro, mas sem nome particular nem designação nas leis*. E esta diferença entre crime de falsidade e estelionato, que foi tirada do direito romano, vê-se admitida na Ordenação liv. 5, tít. 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 e 59, em que se fala do primeiro, e no tit. 65, em que se trata, à parte, do estelionato (§ XIV deste livro).

ESPÉCIES DE FALSÁRIOS

§ II — A alteração, isto é, a *imitação da verdade*, como vem na Novela 73, no princípio, comete-se de vários modos, sendo, por isso, várias as espécies do crime de falsidade. Dizem-se réus de tal: 1) os que falsificam um testamento ou outra escritura; 2) os que dizem falso testemunho, ou para isso rece-

bem ou combinam receber dinheiro; 3) os que utilizam insígnias ou selos alheios com o fim de enganar outro, praticam parto suposto, abrem cartas seladas, mudam marcos nos campos, falsificam medidas, cunham moeda falsa, açambarcam gêneros, e, para resumir, todos os que prevaricam torpemente em seus officios.

COM QUE PENA DEVE SER PUNIDO O QUE FALSIFICA ESCRITURA E TESTAMENTO

§ III — O *escrivão* ou *tabelião* que fizer uma escritura falsa, é punido com a morte e perda dos bens para o fisco, Ord. liv. 5, tit. 53, no princ., Man. 7, § 4. Afons. 38. São punidos com estas mesmas penas, conforme a qualidade da falsidade e o dano por ela causado, aquele que mandou ao tabelião fazer o instrumento falso, e a testemunha que cientemente o assinou, Ord. cit. § 1. Aquele que oferecer em juízo um instrumento falso, embora não o use, é degredado dez anos para África, Ord. cit. § 2, se de qualquer modo tiver participado na falsidade; assim se deve entender a mencionada Ordenação de harmonia com a do Código Afonsino cit. tit. 38, § 1, da qual foi colhida, e que tem por fundamento a lei 8 do tit. *ad Legem Cornéliam de falsis* do Código. Além disso, esse tal perde a causa, Febo, P. II, Aresto XVI, Mendes, in *Prax. Saecul.*, liv. III, cap. XIX, § III, n. 37, contanto que tenha consciência da falsidade; e não evitará a pena, mesmo que declare não querer usar do instrumento. Aquele que com mau dolo fez, assinou, ou recitou um testamento falso, ou tirou, ocultou, ou destruiu um verdadeiro, comete crime de falsidade; mas, como as nossas leis não fazem menção nenhuma deste crime, parece que deve ser punido, não com pena corporal, mas com o exílio, e com a perda do direito que do testamento podia provir, Ord. cit. tit. 53, § 2, e liv. 4, tit. 84. Sobre o falso testemunho vejamos as anotações que fizemos acima no tit. II, §§ XVIII e XIX.

Aquele que arguir qualquer instrumento de falso, não é admitido a acusar em juízo, sem primeiro se obrigar a que, não provando a falsidade, haverá a mesma pena que haveria o acusado, Ord. liv. 3, tit. 60, § 5, que está hoje quase em desuso (Tit. XIII, § IV, deste livro).

A pena do crime de falsidade deve ser definida consoante os seus graus, malícia e prejuízo, não podendo ser, por isso, uniforme. As nossas leis nem especificam este crime nem estabelecem penas certas a aplicar a todos os falsários. A pena de morte, com que se manda punir alguns réus, somente parece de aplicar no caso de a escritura ou testamento falso originar a morte dum inocente ou outro dano semelhante, se é que na natureza pode haver dano semelhante, Bruneman, à lei 16 do tit. *De testibus*, Boehmero, *Elementa Jurispr. Criminalis*, Sect. II, cap. XXXI, § CCCXXIX, Nota. E assim se observa na prática, pois não vemos condenados à morte nem os perjuros nem os notáveis falsários em que abunda o nosso tempo.

E QUE PENAS SE DEVEM IMPOR AOS QUE USAM MEDIDAS FALSAS, ADULTERAM OS MANTIMENTOS, ABREM AS CARTAS DEL-REI, E FALSIFICAM OS SINAIS E SELOS

§ IV — Aquele que, usando medidas e pesos falsos, causar com isso um dano superior a um marco de prata, é condenado à morte, e, se inferior, a desterro perpétuo para o Brasil, Ord. liv. 5, tit. 58, Man. 87, Cabedo, P. II, Aresto XII. É esta também a soma de dinheiro que, para aplicação da pena capital por furto, requer a Ord. liv. 5, tit. 60, no princ., a qual foi aplicada por analogia de direito aos corruptores de medidas. Pelas leis romanas, que neste aspecto parecem ser mais brandas, os falsificadores de medidas públicas eram punidos com a prestação do dobro e a quebra das medidas, lei 32, do tit. *De lege Cornelia de falsis*, lei 13, § 8, do tit. *Locati*. Quase do mesmo modo são punidos os que corrompem os alimentos, misturando, por exemplo, no vinho ou no trigo água, cal, terra,

ou qualquer outra coisa que seja prejudicial à saúde ou diminua o seu valor até um marco de prata, Ord. cit. tit. 57 e 59, Man. 87. São condenados à morte os que falsificam os sinais, selos e diplomas do Rei, Ord. liv. 5, tit. 52, Man. 7, e com a pena do exílio, e, no caso de não ter descendentes e ascendentes, com a perda dos bens, os que falsarem os selos das cidades e juizes superiores, e os sinais públicos dos tabeliães, na mesma Ord. § 1. Os que abrirem as cartas enviadas ao Rei, à Rainha, ao Príncipe, ou a outros, ou as que vão seladas com o selo real, são punidos ou com a morte ou com o exílio, ou com a confiscação de bens ou com açoites, conforme a sua condição e o prejuízo resultante de tal abertura, Ord. liv. 5, tit. 8, Man. 80.

OS QUE COMETEM O CRIME DE PARTO SUPOSTO E MUDANÇA DE MARCOS

§ V — Os que cometem o crime de parto suposto, perdem os seus bens e são degredados para sempre para o Brasil, Ord. liv. 5, tit. 55, no princ., que é uma Ordenação especial, pois, que eu saiba, não tem concordante nos Códigos antigos. Mas, porque a mulher pode ser acusada logo, sem se esperar pela puberdade do pupilo, apenas pelo marido, e, se este houver morrido, pelos herdeiros testamentários ou legítimos, sem que a sentença criminal contra ela ou contra o marido ou contra ambos aproveite ou prejudique ao pupilo; por isso, a questão do estado civil deve ser protelada para quando o pupilo atingir a puberdade, Ord. cit. § 2, Febo, P. II, *Decisio*, 121, Valasco, *Adlegatio* 13, desde o n. 50, lei 1 e todo o tit. *De Carboniano Edicto*. No direito romano vê-se que este crime implica a pena de morte, lei 1 do tit. *ad Legem Corneliam de falsis* do Código, devido à sua frequência, como consta dos exemplos apresentados por Valério Máximo, liv. IX, cap. XV, e Pedro Gregório, *De República*, liv. XIV, cap. I, n. 8. Os que mudam, des-

troiem, tiram e de qualquer modo deslocam marcos, são punidos, pelas leis pátrias tiradas das romanas, com a pena de degredo de dois anos para África, Ord. liv. 5, tit. 67, Man. 95, Afons. 60, leis 2 e 3 do tit. *De termino moto* (Instituições, Do Direito Público, Tit. VII, § XIV).

Não se deve, porém, acreditar facilmente na mulher que, embora para descargo de consciência, confessa que o parto é suposto ou que o filho não foi concebido de seu marido. Na verdade, esta confissão mesmo extrajudicial, em que a mãe abre os recônditos de sua alma, lei 39, § I, do tit. *De legatis* 3, tem alguma força, mas não tamanha, que faça prova plena, pois é elidida pela presunção em contrário, que resulta da educação, longa habitação, e quase posse de filiação. E esta opinião é defendida como a mais verdadeira em ambos os foros por Covarrúbias, ao cap. *Peccatum*, P. I, Menóquio, liv. VI, *Praes.* 53, e António Perez, ao tit. *ad Legem Corneliam de falsis*, n. 27 (Instituições de Direito Civil Português, Liv. II, Do direito das pessoas, Tit. VI, § II).

OS QUE AÇAMBARCAM GÊNEROS

§ VI — De certo modo cometem crime de falsidade os açambarcadores. Classificam-se como tais: 1) os que compram e vendem no mesmo lugar cereais, vinho e azeite; 2) os que exportam gêneros sem licença do juiz; 3) os que compram cereais por menos, para os venderem por mais; 4) os que não expõem à venda as mercadorias que houverem comprado, seguindo-se daí prejuízo público; 5) os que não querem vender seus frutos por preços razoáveis, na esperança de melhores proventos; 6) os que, para provocarem a carestia das mercadorias, fazem conluio oferecendo maior preço; 7) os que, com medo da carestia, arrematam as searas por amadurar, ou os frutos na árvore. Estes e outros mais são todos punidos com a perda das mercadorias em dobro e degredo para África, Ord. liv. 5, tit. 76 e 77, Man. liv. 4, tit. 32, §§ I e 2, Extravagantes

que vêm em Leão, p. 4, tit. 9, e na novíssima Colecção à mesma Ord. tit. 76, Strykio, *De dardanariis*, cap. II e IV.

Com tantos impedimentos das Ordenações citadas quase se proíbe inteiramente, ou pelo menos restringe-se para além do justo, o negócio de gêneros; por isso, essas leis mais coarctam o abastecimento e promovem a carestia que a abundância; além disso, opõem-se à propriedade dos cidadãos e à liberdade de comércio. Se estas duas coisas fossem prudente e devidamente harmonizadas e adequadas ao interesse público, facilmente podíamos dispensar as leis mencionadas. Vide Filangeri, tomo IV, cap. XLVII, tit. IV, o Abade Genovesi, *Delle Lezioni di Commercio*, P. I, cap. XVII, e cap. XVIII *Sulla libertà dell'Annona*, Instituições, Do Direito Público Português, Tit. VII, § XIII, Nota, e liv. IV, Das obrigações e acções, Tit. III, § XXVI. Não nos sobra o tempo para referir as leis romanas sobre o abastecimento de gêneros, donde as nossas foram extraídas.

FALSIFICAÇÃO DA MOEDA

§ VII — Porém, o mais grave de todos os crimes de falsidade é o de moeda falsa, dizendo-se tal toda aquela que é cunhada por autoridade própria, se bem que de metal bom e aprovado e de justo peso, Ord. liv. 5, tit. 12, no princ., Man. 6, Afons. 5, § 7. Por conseguinte, todo aquele que por autoridade própria cunhar moeda de metal, ainda que aprovado pelas leis, perde todos os bens para o fisco, e morre morte natural de fogo, Ord. citada. Com esta mesma pena são punidos os sócios no crime. Os que diminuem, cerceiam ou corrompem moedas verdadeiras, ou cientemente usam moedas falsas, são condenados a degredo perpétuo para o Brasil e a confisco de bens, e, se a diminuição exceder mil réis, à pena capital, na mesma Ord. §§ 3 e 4, Man. §§ 5 e 6, Afons. tit. 82, § I. Presentemente, pelas leis insertas na Nova Colecção à dita Ordenação, também os que cerceiam moedas e de qualquer modo as corrompem, são condenados a serem queimados vivos. E os que desfazem moeda, perdem a metade dos bens e são degredados dez anos para

Africa, Ord. cit. § 5. Incurrem nesta mesma pena os que destruírem ou estragarem moedas, estátuas e columnas antigas, por força do Alvará de D. João V de 20 de Agosto de 1721, apud cit. Ord. Colecção I, N. 5 (Instituições, Do Direito Público, Tit. VIII, § XXXII), Cabedo, P. II, *Decisio* 45, Valasco, *Adlegatio* 13, desde o n. 38.

Aquele que fizer moeda falsa de matéria mais fraca, delinqui mais gravemente, e ofende mais o comércio interno e externo do que aquele que diminui, cerceia ou desfaz moeda de bom metal, ou cienteiramente usa moeda falsa. Sendo, pois, diferentes estes crimes, merecem penas diferentes, devendo ser distinguidos e separados entre si. Contudo, nem a própria lei Cornélia, que Cícero, *in Verrem*, I, § XLII, chama *testamentária e numária*, nem as Constituições dos Imperadores, nem as leis dos Visigodos e semelhantes, nem as nossas, que têm por fundamento as últimas leis romanas, distinguiram com sufficiente rigor esta diversidade de crimes. A determinação que manda que o moedeiro falso *seja logo, sem mais dilação, queimado vivo*, foi pela primeira vez estabelecida por Constantino na lei 2 do tit. *De falsa moneta* do Código, passando, depois, às leis de Portugal e restante Europa. Porém, tão cruel pena foi imposta por este aliás ótimo Príncipe, sobretudo por se haver persuadido de que os falsificadores de moeda eram verdadeiros réus de lesa-majestade; mas não são tais, salvo se cunharem moeda com intenção de usurparem um direito majestático, e não com o fim de utilidade pessoal, como quase sempre acontece. Daqui se seguem numerosíssimos consecutórios especiais: 1) que a prova deste crime se pode obter por tormentos, Ord. cit. § 2; 2) que todos são obrigados a revelar e denunciar os suspeitos deste crime, e com isso perdoados do delicto e premiados, § últ.; 3) que, mesmo desconhecendo o delicto, o dono da casa onde foi cunhada a moeda perca essa casa, se nessa altura estiver perto dela, e não for viúva ou impúbere, Ord. cit. § 1, tirada da Constituição do Imperador Constantino na lei 1 do tit. *De falsa moneta* do Código; e outros consecutórios que foram especialmente estabelecidos contra os crimes de lesa-majestade e que hoje não agradam a todos. Lock, *De moneta*, Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. XXII, Filangieri, tomo IV, tit. IV. A pena de vivicombúrio seguramente já não está nem deve estar em uso, porque ela facilmente levaria o réu ao desespero, prejudicando

assim não menos a alma que o corpo, o que seria ímpio e desumano, como bem diz Perez, ao tit. *De falsa moneta* do Código, n. 10, no fim. E, na opinião dos Intérpretes mais humanos, não devem ser punidos com a morte, mas com açoites, exílio, ou confisco de bens, aqueles que, embora por autoridade própria, cunham moeda boa, ou a diminuem, cerceiam, tingem, desfiguram, e desfazem. Boehmer, *Elementa Jurispr. Crim.*, Sect. II, cap. XXXII, § CCCXXXVII, Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De Lege Cornelia de falsis*, § VI (Instituições, Do Direito Público, Tit. VIII, § XXXII).

OS QUE MUDAM NOMES E APELIDOS

§ VIII — É punido com a pena de falsidade aquele que toma um nome ou apelido novo com prejuízo para outrem. Papiniano na lei 13 do tit. *De lege Cornelia de falsis*, Paulo, *Sententiae*, liv. V, tit. 25; é o caso, por exemplo, daquelle que faz um contrato com um nome ou apelido diferente do que usa, e, depois, citado por força desse contrato, pode excepcionar que não é a pessoa que se comprometeu na escritura. Igualmente, *aquelle que se fez passar por soldado, ou Barão, ou usou títulos que não lhe pertenciam, ou viajou com passaporto falso, deve ser punido severissimamente conforme a qualidade do delicto*, Modestino, lei 27, § 2, daquelle mesmo tit. do Digesto. Todavia, se não houver mau dolo nem prejuízo para ninguém, esta falsidade é tolerável, porquanto é lícito a cada um mudar de nome e apelido, lei única do tit. *De mutatione nominis* do Código, sendo até uma solenidade para os adoptados, libertos e naturalizados tomarem o nome do adoptante, patrono, e doador. Radulfo Forneri, *Rerum Quotidianarum*, liv. 5, cap. XVII, apud Otto, tomo II do *Thesaurus Juris Romani*, pág. 269, onde apresenta muitos exemplos tirados dos escritores pagãos e eclesiásticos. Pelo nosso direito, os que, repudiando falsos sistemas religiosos, regressam ao seio da Igreja, podem tomar livremente quaisquer nomes, apelidos e prenomes, Ord. liv. 5, tit. 92, § últ., vers. *Porem*, tirada da Ordenação especial de D. Ma-

nuel de 31 de Março de 1520, que figura em seu Código, liv. 2, tit. 37, § últ.. Por conseguinte, a simples mudança de nome ou apelido, e o uso de brasão alheio podem ser tolerados, e não devem ser punidos no foro criminal com penas externas, desde que não haja má fé, e a sociedade e os particulares não sofram com isso detrimento; e assim se devem entender as Ord. cit. liv. 5, tit. 92, Man. liv. 2, tit. 37.

Ao Príncipe dos feiciais, que chamamos *Rey d'armas Portugal*, criado por D. João I, Fernão Lopes na Crónica deste Rei, p. 2, cap. 39, pertence formar os brasões de armas, e compor e interpretar as figuras neles expressas, em conformidade com o Regimento que lhe deu El-Rei D. Manuel.

OS QUE SE BAPTIZAM POR LUCRO, OS FALSOS MENDIGOS, OS QUE AFECTAM VALIMENTO, ISTO É, SE DIZEM FALSAMENTE AMIGOS DO PRÍNCIPE, DOS PODEROSOS, E DOS JUIZES

§ IX — Comete crime de falsidade aquele que se baptiza para receber dinheiro ou qualquer lucro temporal, como sabemos ter acontecido mais de uma vez principalmente com os vagabundos. Strykio, *Us. mod. de Lege Cornelia de falsis*. A pena deste crime, que pode ser reduzida a várias classes, não é definida pelas nossas leis, mas pelas romanas; merece, porém, punição severa, embora com penas mais brandas que as cominadas no liv. I do Código, tit. 6 *Ne sanctum baptisma iteretur*. Semelhantes a estes são os mendigos válidos que simulam enfermidade ou caso fortuito de incêndio, doença, etc..., mentindo assim, para mais facilmente obterem esmolas do público. Mateus, liv. XLVIII, tit. VII, cap. I, n. 17, Alvará de 25 de Junho de 1760, §§ 18 e 19. Também cabem aqui os *vendedores de fumo* (os que affectam valimento), os quais são punidos nas leis romanas com degredo ou morte, conforme o modo do delicto. Paulo, *Sententiae*, liv. V, tit. 25, § últ.. Chamam-se assim os que, dizendo-se, falsamente, amigos ou familiares do Príncipe

ou dos seus ministros e juizes, vendem ou prometem os eventos de negócios e demandas, ou fazem qualquer coisa a coberto do nome daqueles. Sobre este género de falsidade ou, como lhe chama Paulo, sobre esta *mentira*, podem-se ler muitas coisas em Libânio, na Oração *Adversus adsiduos apud Magistratus*, que juntamente com outras Jacobo Gothofredo publicou. Entre os males do tempo de Cómodo aponta Lamprídio, na vida daquele Imperador, cap. IV, o seguinte: *Em seu governo os libertos até os resultados das demandas vendiam*. Deve ler-se a Ord. liv. 5, tit. 83, e o respectivo comentário de Barbosa, Man. tit. 70, § 1.

DA PREVARICAÇÃO

§ X — A *prevaricação* é uma espécie de crime de falsidade, que cometem não só os acusadores, que *traindo a causa ajudam à absolvição* do réu, mas também os que de qualquer modo não cumprem o seu dever e agem com dolo mau para favorecerem alguém, o que se pode dar com os advogados, procuradores, juizes, etc..., lei 1, no princ. e § 7, lei 3, § 3, do tit. *De praevicatione* (hoje delinqui-se todos os dias neste aspecto, não só com dinheiro de contado, que leva os impudentes a fazerem do direito torto, mas também com cartas de recomendação e pedidos de pessoas importantes, mormente se os juizes delas esperam e procuram algum favor). Debalde se proíbem estas cartas de recomendação e pedidos dos poderosos na Ord. liv. 3, tit. 98, nas Cartas Régias de 22 de Fevereiro de 1616 e 6 de Outubro de 1633, apud Colecção II à Ord. liv. 1, tit. 5, Nn. 17 e 18, e nos Decretos de 6 de Outubro de 1664, 25 de Janeiro de 1645, e 19 de Novembro de 1722, que se encontram na Colecção II à Ord. liv. 5, tit. 83, Nn. 1, 3 e 4). No direito romano, aquele que se conluia com o réu para este ser absolvido, era punido com a mesma pena que o réu deveria ter sofrido, lei 6 do tit. *De praevicatione*. O nosso direito não faz menção especial deste conluio; no entanto, requer, em

favor do réu, que o autor se obrigue pela acusação em qualquer causa-crime, ou pelo menos na acusação de escritura falsa, segundo a Ord. cit. liv. 3, tit. 60, § 5. Mas hoje, porque é raro o uso da inscrição e processo acusatório, os delatores públicos, os advogados, os procuradores, e os juizes que prevaricam tanto nas causas-crimes, como nas cíveis, são condenados à restituição do dano causado, e às custas simples, em dobro, ou trespdobro, conforme a qualidade da prevaricação, sem qualquer pena corporal afflitiva, Ord. liv. 5, tit. 118, Man. 43, Afons. 29.

O vocábulo *prevaricação*, na medida em que comprehende os que por qualquer forma faltam ao seu dever, é geral e abrange todos os crimes; mas applica-se especialmente só aos que se afastam dos deveres específicos do cargo a que estão ligados; e neste sentido a prevaricação diz-se um delicto *especial* ou próprio para se differenciar do *commun*. Cabem neste: 1) os estalajadeiros que não declaram os seus hóspedes, Alvará de 25 de Junho de 1760, § 12; 2) os cirurgiões que semelhantemente não registam os ferimentos; 3) os delictos militares, punidos talvez com penas mais severas do que é justo e o reclama a ingénita nobreza dos nossos soldados, pelo Regimento dado à Cavalaria e Infantaria pelo Conde de Schaumbourg Lippe, a que D. José I deu vigor de lei pelos Alvarás de 18 de Fevereiro de 1763 e 25 de Agosto de 1764; 4) os delictos marítimos, Ord. liv. 5, tit. 97, Man. 98, e outros que não há vagar de referir.

DO SUBORNO

§ XI — O crime *repetundarum* (de suborno), assim chamado, porque se podia exigir (*repetendis*) aos magistrados o dinheiro que eles extorquiam injustamente, Sigónio, *De jud.* II, n. 17, é muito semelhante ao de falsidade, e sempre extremamente detestado pelos nossos maiores, como se vê de diversas leis de D. Dinis, D. Afonso IV, D. Pedro I, e D. Fernando, que seria absolutamente inútil e prolixo referir, consoante já em seu tempo pensou D. Afonso V no seu Código, liv. 3, tit. 128, § 1. Hoje os juizes de qualquer ordem e os officiaes da Justiça

ou da Fazenda, que recebem quaisquer presentes de seus comarcãos e súbditos, são privados do officio e dignidade, e obrigados a dar ao acusador e ao fisco vinte por um dos presentes recebidos. Ord. liv. 5, tit. 71, Man. 56, Afons. 31 do mesmo liv., e liv. 3, tit. 138. Exceptuam-se os parentes próximos e os amigos, dos quais é lícito receber presentes, Ord. cit. e liv. 2, tit. 49, § 4, comidas e bebidas que pelo uso se consomem em poucos dias. Febo, P. II, *Decisio*, 110. Com effeito, não *devem* os juizes *abster-se totalmente de presentes, mas nisso proceder com moderação, pois há um velho provérbio que diz*

ὄχι πάντα, ὄχι πᾶν τότε, ὄχι παρὰ πάντως

isto é, *nem tudo, nem sempre, nem de todos*, lei 6, § 3 do tit. *De officio Proconsulis*. Os que recebem quaisquer dádivas dos litigantes, são punidos com a confiscação de bens, perda do officio e degredo, e, no caso de a dádiva recebida exceder dois marcos de prata, são condenados à morte, Ord. tit. 71, § 1. Porém, são réus deste crime não só os que recebem, mas também os que dão, e estes, com isso, caem da causa, e perdem tanto os bens próprios para o fisco e para quem os acusar, como todos os officios e bens havidos d'El-Rei, Ord. cit. no princ. e § 4, lei últ. do tit. *De Lege Julia repetundarum*. Veja-se, querendo, Platão, no *De legibus*, Diálogo XII.

Cometem grave delicto os juizes que se deixam corromper, ou, a pretexto do seu officio, exigem alguma coisa aos cidadãos, ou espontaneamente recebem presentes antes ou depois da sentença. Mas, não tendo estes crimes a mesma malícia, devem ser punidos com penas diferentes consoante o grau de maldade, e a quantidade do lucro aceito, e sobretudo deve distinguir-se se se trata de causa cível ou criminal. De facto, no entender de Macro, na lei 7, § últ., do tit. *De Lege Julia repetundarum*, *aquele que recebeu dinheiro para condemnar um homem à morte, ou, mesmo sem o ter recebido, condemnou um innocente ou alguém que não deveria punir, esse deve sofrer a morte ou pelo menos o degredo para uma ilha*. Também é réu de homicídio aquele juiz que, pela força, dolo ou ignorância, levou o réu à confissão dum crime capital. Wolf, tratado *De iudice homicida*.

§ XII — Os que, subornando ou corrompendo, conseguem votos para obter qualquer magistratura ou honra, cometem o crime de *âmbito*, que é uma espécie de falsidade, e são punidos com cem cruzados e infâmia, lei única do tit. *De lege Julia ambitus* do Digesto. Esta lei cessa na Monarquia, *porque a criação de magistrados pertence ao cuidado do Príncipe, e não ao favor do povo*. No entanto, tem lugar nos municípios, e também na própria cidade, onde as honras são conferidas pelos votos dos outros. E, assim, infringem-na: 1) todos os que corrompem com liberalidades os juizes e dadores de cargos públicos, pois *as grandes riquezas costumam quebrar a santidade e verdade dos julgamentos*, Cícero, in *Verrem* Act. I, § I; 2) os que disputam honras, para as quais não são idóneos; 3) ou, suposto sejam capazes, as procuram com malas-artes, e para as conseguir prometem alguma coisa aos Ministros dos Príncipes (§ XI), Novelas 8 e 124, pela qual se vê revogada a lei única do tit. *De suffragio* do Código. Tudo isto vigora entre nós, sendo todos os juizes e oficiais obrigados pelas nossas leis a jurarem, antes do provimento do officio, que nada deram nem prometeram para nele entrarem, Ord. liv. 1, tit. 67, § 15, Man. tit. 45, § 11, no fim, e tit. 1, onde se acha a fórmula desse juramento, tirada da lei últ. do tit. *ad Legem Juliam repetundarum* do Código, é fácil ver que são réus de âmbito todos os que, cônscios de sua incompetência, demandam honras, confiados em suas riquezas ou no poder de amigos. Porém (com que dor o dizemos!) este crime, de que o nosso direito não faz menção especial, é impunemente admitido em quase toda a parte. Mas mais impunemente se admite o âmbito em officios e honras eclesiásticas, que chamamos *simonia*, e é severamente proibido pelas leis civis e canônicas, lei única, § 1, do tit. *De lege Julia ambitus*, lei 31 do tit. *De Episcopis et clericis* do Código, e por todo o tit. 10 do liv. V das Decretais, e passim, Van-Espen,

A afirmação da lei única do tit. *De suffragio* do Código de que é lícito não só procurar obter por dinheiro os votos dos que vivem junto do Príncipe, mas também que o que se lhes promete é devido e pode ser por eles pedido pela *condictio certi ex suffragio* (pela assignação por dívida certa proveniente de voto), é uma afirmação totalmente indigna e torpe, que foi, posteriormente, revogada por Justiniano com a restituição que ele acabou por fazer, como parece, da lei Júlia nas Novelas 8, 124 e 161. Sobre os incompetentes e ambiciosos que, conforme diz o Imperador na citada Novela 161, *mais compram os officios que os recebem*, e sobre os Ministros dos Príncipes, *que, desprezando as verdadeiras virtudes, só promovem aqueles que são recomendados pelo favor, pelo sangue e pela amizade, resultando daí serem os officios occupados por imbecis, incompetentes e indignos, que desonram os cargos, vexam e deitam a perder a república, quando em contrapartida se acham muitos varões doutros, que, desprezados, andam a mendigar, definhando de fome, imundície, abandono e penúria das coisas, e morrendo na obscuridade, eles que poderiam sôzinhos com seus dotes naturais e divinos ser muito úteis na república cristã, se dela não fossem afastados por aqueles imbecis*, devem ver-se, entre outros, Groenwegen, *De legibus abrogatis*, ao tit. *De lege Julia ambitus* do Digesto, e António Mateus, *De criminibus*, liv. XLVIII, tit. XI, cap. II, n. 3. É, pois, totalmente verdadeiro e applicável a todas as sociedades civis o que de Roma predisse outrora Jugurta (Salústio, *De Bello Jugurthino*, 35): *O cidade venal, que cedo há-de perecer, se encontrar um comprador!*

DOS RECEPTADORES

§ XIII — Os receptadores, que cientemente acolhem, ocultam, ou prestam refúgio a ladrões e outros criminosos em sua casa, possessão, ou estalagem pública, são punidos tal qual como esses ladrões ou facinorosos que receberam, Ord. liv. 5, tit. 105, Man. 71, tirada da lei de D. Dinis dada em Lisboa a 9 de Agosto do ano 1351 da Era, apud Ord. Afons. do mesmo

liv., tit. 100. No entanto, estas Ordenações devem-se entender somente no caso de os receptadores serem manifestamente sócios ou partícipes no crime, formando sociedade antes de o praticarem, segundo a lei 1 do tit. *De his qui latrones vel alii criminibus reos occultaverint* do Código. Com efeito, os *cumplentes* como são os simples receptadores, merecem punição mais suave que os *autores* (Tit. I, § X). Mas muito mais suave ainda os que recebem seus parentes ou afins, pois, como bem diz Paulo na lei 2 do tit. *De receptoribus* do Digesto, *o delicto daqueles não é igual ao dos que recebem ladrões que não lhes pertencem*. Merecem total desculpa os que acolhem os pais, filhos, marido, e esposa. Filangieri, tomo IV, cap. XLVII, tit. I, Nota (Tit. XIII, § XXX, n. 7, deste livro). Os que, conhecendo os culpados, não os recebem, mas ocultam, isto é, não os indicam aos magistrados, não ficam sujeitos a quaisquer penas no foro, lei 48, § 1, do tit. *De furtis*, visto que ninguém é obrigado a acusar ou denunciar outro contra vontade, lei única do tit. *Vi nemo invitus agere vel accusare* do Código. Por conseguinte, a simples ocultação sem receptação não é crime que pelas leis civis possa ser punido ao modo ordinário; por isso, a Constituição de Marciano na lei 2 do tit. *De his qui latrones vel alii criminibus reos occultaverint*, as Ordenações citadas, e as leis de D. Afonso IV, D. Fernando e D. João I tiradas daquela mesma constituição, as quais estabelecem penas certas para os que ocultam e não denunciam os culpados aos juizes, parecem de aplicar aos que simultaneamente recebem e ocultam os criminosos.

Em Atenas aquele que acolhia um proscrito ou qualquer outro fugitivo deste género, era degradado, Demóstenes, in *Polyclem*. Muito mais severas as leis de Platão, que condenavam o receptador à morte, porque *aquella que a cidade decretar como seu amigo ou inimigo, cada cidadão o deve considerar também seu amigo ou inimigo*, Platão, *De legibus*, Diálogo XII. São mais humanas as nossas leis supra-citadas, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 100.

§ XIV — São réus de *estelionato* (em português *bulrões* e *illicidores*) todos aqueles que nos contratos cometem gravísimas fraudes, as quais é impossível enumerar, pois costumam variar até ao infinito, não podendo, por isso, a pena deste delicto ser sempre a mesma. Há exemplos de estelionato na Ord. liv. 5, tit. 65, Man. 65, Afons. 89 de igual livro. A pena aí imposta é a multa pecuniária e o degredo temporário. A diferença entre o estelionato e a falsidade deve a sua origem ao direito romano (§ I deste tit.).

SE, QUANDO EM JUIZO SE LANÇA A ACUSAÇÃO DE FALSIDADE, SE DEVE DECIDIR PRIMEIRO A CAUSA CIVEL

§ XV — Não devem (notemo-lo aqui de passagem) demorar-se as causas cíveis, quando nelas se argui alguma falsidade. Por isso, se se pedir um legado com base num testamento, ou dinheiro com base num documento escrito, ainda que tais documentos sejam acusados de falsos, deve-se primeiro decidir a questão cível segundo o instrumento de prova, não obstante a interposição da questão de falsidade. É que não se faria pequena injustiça ao autor, que para defender o seu direito apresenta um instrumento de autoridade, se, a pretexto da arguição de falso, a causa principal e o juízo cível fossem suspensos até que se decidisse o criminal. No entanto, uma vez começada a acusação de falsidade, deve ela ser completamente decidida dentro dum ano; e assim, depois de ab-rogado o direito antigo, se acha estabelecido pela Constituição especial de Constantino que vem na lei 2 do tit. *ad legem Corneliam de falsis* do Código de Teodósio.

A regra do direito antigo, segundo a qual a causa-crime de falsidade, por ser maior e mais digna, deve ser decidida antes da causa

principal e cível, por todo o tit. *De ordine cognitionum* do Código, foi ab-rogada por Constantino na mencionada Constituição, onde também sàbiamente se determinou conceder apenas um ano para resolver a accusação de falsidade que se interpusesse. Gothofredo, *ibidem*, Cujácio, *Observationes*, liv. XX, cap. XXV. Entre nós, à falta de lei escrita, observa-se, normalmente, no foro a Constituição de Constantino, devendo a causa cível ser totalmente despachada antes da criminal, ou devendo pelo menos o juiz decidir ambas numa só sentença. Febo, P. II, Aresto 121. Aqui e em toda a parte a praxe não é sempre a mesma (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVIII, § XII, Nota).

TÍTULO VI DOS FURTOS

O QUE É O FURTO

§ I — O furto é, tanto no direito Romano como no Pátrio, *a contractação fraudulenta, com ânimo de lucrar, quer da própria coisa, quer do seu uso ou posse, o que é proibido pelo direito natural*, § 1 do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas, Ord. liv. 5, tit. 60, § 8. *Contractação é o acto pelo qual alguém tira com a mão uma coisa que está no domínio ou posse doutrem, e a muda de seu lugar para o efeito de se apoderar dela*. Everardo Otto, ao § 1 do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur*.

Ladrão (*fur*) é aquele que arrebatava (*auferit*) a coisa alheia, e que a apreende, dispondo dela contra ou para além da vontade do dono, embora de início a tivesse com o seu consentimento. E é este o sentimento do direito romano e do pátrio, Blackstone, *Commentaire sur les Loix Angloises*, tomo VI, cap. XVII. Para Creman e outros, não é ladrão aquele que detém ou usa a coisa alheia contra a vontade do dono, mas tão sòmente aquele que a arrebatou sem o dono saber ou contra a sua vontade.

FURTO DA COISA, DO USO, E DA POSSE

§ II — Comete furto *da coisa* aquele que subtrai coisa móvel, homem livre, ou escravo; *do uso*, o comodatário, e o

depositário que usa da coisa depositada ou emprestada de modo diferente daquele que o dono quer; *da posse*, o devedor que surripia o penhor ao seu credor, e o credor que começa a possuir o penhor como dono, e outros que vêm mencionados na Ord. liv. 5, tit. 60, § 8, Man. tit. 37, § 8.

CONSECTÁRIOS DA DEFINIÇÃO DE FURTO

§ III — Não havendo, pois, no sentido jurídico, furto sem contração fraudulenta feita com ânimo de lucrar (§ I), segue-se daí: 1) que não se dá furto em coisas imóveis, visto que não podem ser deslocadas; 2) que a cogitação por si só não faz o furto, lei 1, § 1, do tit. *De furtis*; 3) que aquele que entrou num recinto com intenção de furtar não é por isso ladrão nem está sujeito às penas de furto, mas outras, ainda quando tenha entrado para roubar, lei 21, § 7, do mesmo tit.; também não 4) aquele que quebrou e destruiu coisa alheia, lei 22; nem 5) o que roubou uma escrava para fins concupiscentes, lei 39, e lei 82, § 2, do mesmo tit.; nem 6) o que tirou e surripiou documentos para ocultar a verdade, lei 16 do tit. *De lege Cornelia de falsis*; nem finalmente 7) aquele que, em extrema e grave necessidade, tomou uma pequena coisa a outro. Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. II, § VI, Thomásio, *Jurisprudentia Divina*, liv. II, cap. II, n. 170 e seg.. Todos estes consecutários são aprovados pelo nosso direito e costumes. É, porém, ladrão aquele que compra ou oculta uma coisa furtada, e aquele que presta ajuda e auxílio ao ladrão, ou lhe dá um conselho *especial* do qual se seguiu o furto, § 11 do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas, Ord. liv. 5, tit. 60, § 5, pois *moralmente* apreendeu a coisa.

DIVISÃO DO FURTO

§ IV — Divide-se o furto em *manifesto*, e *não manifesto*, *concebido*, *oblato*, *proibido*, e *não exibido*, em *nocturno* ou *diurno*, *simples* ou *qualificado*. Esta divisão diz respeito à maior ou menor pena que se deve impor, e não à substância do furto.

FURTO MANIFESTO

§ V — Diz-se furto *manifesto*, quando o ladrão é apanhado no próprio acto de furtar e perseguido com clamores, antes de chegar ao local para onde resolvera levar a coisa; e *não manifesto*, quando tal não se verifica, lei 3, no princ., e § 1, lei 8, do tit. *De furtis*. Não basta a simples vista, se não for acompanhada destes ou outros clamores: *Para onde foges? Agarra, agarra! Agarraí o ladrão! Prende o ladrão!* Petrónio, cap. 139, Cujácio, *Observationes*, liv. XI, cap. XXXVIII.

No direito romano pune-se mais severamente o ladrão manifesto, visto ser mais audaz aquele que não teme os outros em praticar um crime às claras. Acresce também que parece dever compensar-se com maior lucro aquele dono que vela em conservar as suas coisas. Cujácio, *Observationes*, liv. XIX, cap. 12. Pelo que respeita à pena, as nossas leis não constituem diferença nenhuma entre ladrão manifesto, e não manifesto; quem quer prender o ladrão com ou sem clamores, Ord. liv. 5, tit. 60, § 7.

FURTO CONCEBIDO, OBLATO, PROIBIDO, E NÃO EXIBIDO

§ VI — Dizia-se furto *concebido*, quando a coisa furtada era procurada com a solenidade do *cinto* e *bandeja* e achada em poder de alguém que sabia que ela era furtada, § 4 do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas, Wieling, *De furto per lancem et licium concepto*, pois *conceber* o furto era achar, tomar, e apreender a coisa furtada perante testemunhas. Diz-se furto *oblato* (oferecido), quando a coisa

furtada havia sido entregue (*oblata*) a quem ignorava o furto e em seu poder achada. *Proibido*, quando alguém proibia de entrar em sua casa uma pessoa que aí queria procurar solenemente um furto. *Não exibido*, quando alguém recusava apresentar o furto achado em seu poder, dito § 4. Estes quatro gêneros de furto já não estavam em uso no tempo de Justiniano, visto que [já então] a indagação da coisa furtada não se fazia segundo o modo antigo.

Actualmente não se admite nem a indagação solene nem a particular das coisas furtadas; todavia, admitiam-na os Visigodos, desde que se declarasse perante o juiz a qualidade da coisa. Veja-se, querendo, o liv. VII, tit. 2, lei 1, onde se exige que *aquele que reclama uma coisa furtada declare secretamente ao juiz aquilo que busca; que mostre por sinais manifestos aquilo que perdeu, a fim de não se ignorar a verdade, por falta de sinais evidentes.*

NOCTURNO E DIURNO

§ VII — Semelhantemente, o furto *nocturno* e o furto *diurno* não alteram nem a natureza do furto nem a pena, pois são ambos punidos do mesmo modo. É lícito usar hoje do mesmo direito que vigorava entre os Judeus, Gregos e Romanos, de matar impunemente o ladrão nocturno, mas o diurno só no caso de este se defender com arma, pois é perpétua a razão desse direito. Boehmer, *Elementa Jurisprudentiae Criminalis*, Sect. II, cap. XIII, § CLXXXV, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. I, § XII, Pufendorf, *De officio hominis et civis*, liv. I, cap. V, § XXI.

SIMPLES E QUALIFICADO

§ VIII — É furto *simples* aquele que se não pode classificar como *qualificado*, qual é o *violento*, o *grande*, o *terceiro*, e o

perpetrado em *coisa sagrada* ou em *lugar sagrado*, que implica sacrilégio. Diz-se, portanto, furto simples aquele que não é capital, e nisto difere do qualificado.

FURTO VIOLENTO E SUA DIVISÃO

§ IX — Comete-se furto *violento*, quando se rouba uma coisa móvel por meio de violência feita a uma pessoa com ânimo de lucrar. Por isso, não diz respeito a pessoas, cuja contrectação se chama crime de rapto ou plágio, nem a coisas imóveis, nas quais propriamente não se verifica a *rapina*, mas o *espólio*, § 1 do tit. *De vi bonorum raptorum* das Institutas. O nosso direito reconhece esta diferença pedida ao direito romano, Ord. liv. 4, tit. 58, e liv. 5, tit. 61. A *rapina* cometida em estrada ou caminho público ou em locais desertos, que igualar o valor de cem réis, ou o de mil réis em cidade ou município frequentado, é punida com a morte, Ord. dito liv. 5, tit. 61, Man. 38. Por consequência, é agravante da rapina não só a violência causada a uma pessoa, mas também a quantidade da coisa e o lugar.

Latrocinar e depredar contra os povos estrangeiros, mesmo sem guerra declarada, era prática havida por lícita em quase todas as nações, como a respeito dos Lusitanos, para omitir outros povos, atesta Diodoro Sículo, liv. V, cap. XXXIV. Agora se aquele que rouba pela força é pior que o ladrão que rouba às ocultas, é assunto discutível, como, baseando-se em Aristóteles e Maimônides, demonstra Grócio, *Flor. Spars.*, ao tit. *De vi bonorum raptorum*. O certo é que o roubador fere mais a paz e é mais audaz que o ladrão, sendo, por isso, com razão chamado *ladrão mais ímprobo* na lei 2, § 10, daquele tit., e *mais atroz* na lei 1, § 1, do tit. *De effractoribus*. Na Ord. Afons. liv. 4, tit. 65, e liv. 5, tits. 27 e 66, há leis de D. Afonso III, D. Dinis, e D. João I contra os roubadores. No direito romano, lei 28, § 10, do tit. *De poenis*, são punidos de morte os salteadores de estradas, que armados, mais de uma vez atacam e despojam os viandantes para fazer presa.

§ X — O que invade uma coisa imóvel, ou tira uma coisa móvel, que cria ser sua, verdadeiramente não é roubador nem ladrão, visto que não o faz com ânimo de lucrar; todavia, porque nada ofende tanto o direito como a violência, o dono que surripia uma coisa sua detida por outrem, é privado do seu domínio, e, se a coisa for alheia, é obrigado a restituí-la imediatamente ao dono, para mitigação da injúria que este sofreu, e a ressarcir-lo de todo o dano resultante do espólio, Ord. liv. 4, tit. 58, Man. 50, Afons. 65, § 1 do tit. *De vi bonorum raptorum* das Institutas (Tit. IV, § XII). O *plágio*, isto é, a *apreensão dum homem livre, ou supressão do escravo alheio, com o fim de ocultar o homem ou oprimir-lhe a liberdade*, é um delito grave, mas raro entre nós, de que as Ordenações em uso não fazem menção especial; no entanto, devem ver-se as Ordenações, liv. 5, tit. 62, no princ., tit. 63 e 95, Man. 68 e 77, Afons. 92 e 113, Gothofredo, ao tit. *De lege Fabia de plagiaris* do Código de Teodósio (§§ II e III deste tit.). Sobre o rapto de mulher já dissemos algumas coisas no Tit. IV, § últ.

A diferença, que o direito romano e o pátrio fazem entre coisas móveis e imóveis, no tocante ao furto e rapina, parece apoiar-se mais na subtilidade que na razão.

QUE VIOLÊNCIA CONSTITUI RAPINA

§ XI — Não está definido nas nossas leis que violência é que constitui rapina. Mas eu entendo que se requer aquela que é acompanhada de perigo de vida e à qual não se pode resistir facilmente, seja ou não feita com armas, desde que se siga a contração e a *força ablativa*. Não basta, pois, a chamada *força meramente compulsiva*, nem as *simples persuasões*, nem as *ameaças* de mal futuro, que dizem mais respeito à concussão, nem só o ânimo de roubar. Por isso, aquele que pela força entra

na casa doutro com intenção de furtar ou roubar, se não furtou a coisa, não deve ser chamado nem ladrão nem roubador, lei 52, § últ., do tit. *De furtis*, Ord. liv. 5, tit. 60, § 1 (Tit. IV, § XII). A *rapina* junta ao homicídio, isto é, o *latrocínio*, não pertence a este lugar (Tit. IX, § XII, deste livro).

FURTO GRANDE

§ XII — Em razão da quantidade diz-se *qualificado* o furto *grande*, sendo tal o que exceder o valor de um marco de prata, o qual é punido com a pena capital, Ord. liv. 5, tit. 60, no princípio. Deve medir-se a sua grandeza pela quantidade do dano causado e pela condição da pessoa, porquanto o roubo às ocultas de um marco de prata a um homem endinheirado não constitui furto grande. É, porém, crime capital e considerado grande furto aquele que se fizer com arrombamento, desde que exceda meio marco de prata, Ord. cit. tit. 60, § 1.

PEQUENO, SEGUNDO, TERCEIRO

§ XIII — É furto *pequeno* aquele que não excede a soma mencionada; é punido com açoites ou outra pena affitiva do corpo, segundo a condição do ladrão, e a quantidade ou qualidade da coisa furtada, Ord. cit., tit. 60, § 2. E esta é a pena do furto simples. O *segundo* furto não sofre pena especial. Mas o *terceiro* já é um furto qualificado, que sofre a pena capital, quando cada um dos furtos iguala o valor de 400 réis, na mesma Ord. § 3. Os pequenos ladrões (em português *formigueiros*) que roubam coisas muito insignificantes, isto é, não excedendo os 400 réis, são impunemente tolerados no foro ou levemente punidos ao arbitrio do juiz; no entanto, veja-se, querendo, o Alvará de 25 de Dezembro de 1608, § 26, apud Ord. liv. 1, tit. 49, Colecção I, N. 1, e o Decreto de 12 de Setembro de 1750.

§ XIV — O sacrilégio, isto é, a *conrectação duma coisa sagrada dum lugar sagrado*, é punido com a morte; e o furto de coisa não sagrada dum lugar sagrado, com açoites e degredo temporário para as galés, Ord. liv. 5, tit. 60, § 4. Consideram-se aqui coisas sagradas o oiro, a prata, os ornamentos dos santos e altares, e as escrituras pertencentes à igreja ou mosteiro. Por outro lado, diz-se lugar sagrado não só a igreja e o mosteiro, mas também qualquer casa dessa igreja ou mosteiro destinada a guardar os referidos objectos sacros.

Talvez sejam muito severas as penas estabelecidas para o sacrilégio. Realmente, assim, parece que aquele que tirou a um pobre homem tudo o necessário a uma vida mais que modesta pecou menos do que aquele que subtraiu alguma coisa dum templo, quando o certo é que ninguém poderá facilmente dizer que se faz furto à Suprema Divindade. Filangieri, tomo IV, cap. XLIV.

FURTO DOMESTICO, FURTO FEITO EM BANHOS, EM INCENDIO, OU EM RUÍNAS; E DOS ROUBADORES DE GADO

§ XV — As nossas leis não fazem menção especial do furto *doméstico*, como o praticado pelo cônjuge, filhos, ou outros parentes, e pelos criados e criadas. Todavia, deve ser punido, como é costume em quase todos os povos, mais brandamente, quer porque merece alguma desculpa devido às circunstâncias, quer porque se pode imputar ao dono alguma culpa. Strykio, Disput. *De jur. domest.*, cap. últ., e ao tit. *De furtis, Us. mod.*, § XXV, Lauterbach, ibidem, § XI, Heineccio, ad Pandectas no mesmo tit., § XCIV (Instituições, Do direito das pessoas, Tit. IX, § XXV, Nota). O mesmo silêncio aparece, nas nossas leis, a respeito dos ladrões dos balneários, assim como também dos que furtam ou roubam as coisas alheias por ocasião de incêndio, naufrágio, ou ruína; todos estes não devem ser puni-

dos por isso mais gravemente que os outros ladrões ou roubadores. Groenewegen, *De legibus abrogatis*, tit. cit. (No entanto, os que roubam por ocasião dum naufrágio pagam o triplo ao Rei, Ord. liv. 2, tit. 32, no princ.). Também os *roubadores de gado* são entre nós punidos como os outros ladrões, e contra eles não se acha estatuída pena especial; porém, a respeito dos passadores de gado existe uma Ordenação especial no liv. 5, tit. 115 (Instituições, Do Direito Público, Tit. VII, § XIII, Nota).

Será mais brandamente punido não só o furto doméstico *próprio*, cometido pelo filho-família ou pelo cônjuge, mas também o *impróprio*, cometido por criados e jornaleiros, lei 89 do tit. *De furtis*, Meister, *Principia Juris Criminalis*, § 182, Filangieri, tomo IV, cap. LIX, pág. 486, o que não apraz a todos. Por mim entendo que as penas dos delitos devem ser sempre amolecidas e temperadas olhando à ocasião de delinquir, desde que a ocasião não haja sido procurada, mas oferecida pelo acaso, nem provenha da índole do delinquente, mas doutra fonte (duma causa externa). Sobre este ponto há que ver a *Prolusio IV* de Püttmann, intitulada *An et quatenus delinquendi occasio delictum ejusque poenam minuat* (Se e em que medida a ocasião de delinquir diminui o delito e a sua pena). Tit. XIX, § III, Nota, deste livro.

DO FURTO DE ÁRVORES E FRUTOS

§ XVI — As nossas leis também não fazem menção especial dos que furtam árvores ou frutos dos pomares ou campos alheios, devendo, por isso, ser punidos como os outros ladrões. Os chamados *daninhos*, de que trata a Ord. liv. 5, tit. 87, não cabem aqui, visto que não são ladrões. É, porém, ladrão, aquele que corta e furta madeira doutro em mata abatida ou árvore alheia; mas, se o fizer em mata comum, não comete furto; deve, no entanto, ser punido conforme o costume da região.

O que tirou frutos maduros com o fim de lucro, é ladrão, e deve ser castigado conforme a qualidade e quantidade dos frutos e outras

circunstâncias, tal como os outros ladrões; porém, aquele que colheu frutos imaturos e verdes, ou estragou e arremessou ao chão os já maduros, como não tem ânimo de lucrar, não é obrigado pelo furto, mas pelo dano causado sem direito. Considero lícito ao viandante colher uma peça de fruta ou uvas em pomar alheio, desde que logo as coma na vinha ou no próprio caminho. Moisés, Deuteronomio, cap. XXIII, vers. 24 e 25, disse aos Hebreus: *Entrando na vinha do teu próximo, come quantas uvas quizeres, mas não as leves contigo para fora. Se entrares na seara de teu amigo, poderás colher espigas e machucá-las com as mãos, mas não colherás com foice.* Mr. Pastoret, no opúsculo intitulado *Moïse considéré comme Legislateur, et comme Moraliste*, cap. VI, pág. 470. Esta lei é aprovada pelos nossos costumes em Colares, povoação perto de Sintra, e noutras mais. Isto que se lê no liv. II dos Feudos, tit. 27, § 8: *Todo aquele que ao passar por uma terra quiser alimentar o seu cavalo, dê-lhe impunemente quanto puder recolher ao longo e na beirada do caminho para refeição e restauo do seu cavalo. Seja-lhe também permitido servir-se de erva e plantas verdes, e desde que não devaste quem quer poderá usar disso conforme a sua utilidade e necessidade*, não é admissível nem sempre nem em toda a parte, a fim de que não se dê ensejo aos malfeteiros de causarem à vontade dano aos outros. Harpprecht, ao § I, n. 23, do tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas.

FURTO DE COISA DEPOSITADA, E DE COISA EMPRESTADA; E DOS FALIDOS

§ XVII — Aqueles que mais parecem desencaminhar que roubar as coisas alheias, como os comodatários, depositários, mandatários, administradores, ourives, e outros que por contrato têm em seu poder coisa alheia, abusando dela, ou utilizando-a para uso próprio, embora na realidade sejam ladrões (§ II), são punidos ao arbítrio do juiz, não com a pena ordinária do furto, mas com a extraordinária, que pode ir sem dúvida até à morte, Ord. liv. 5, tit. 60, § 8. Efectivamente, é maior a malícia dos que tiram uma coisa das mãos e posse doutro do que a daqueles que sem consentimento do dono utilizam um objecto já em seu poder para uso próprio; com estes

deve-se proceder mais liberalmente, quer olhando à ocasião de delicto que as circunstâncias favorecem, quer a um tanto de culpa da parte de quem com eles contrata, lei 55, § I, do tit. *De administratione et periculo tutorum*, Carpzov, P. II, Quaest. LXXXV, n. 67. Merece ver-se a citada Prolusio *An et quatenus delinquendi occasio delictum, ejusque poenam minuat*. E isto parece dever aplicar-se também aos falidos, que defraudaram os credores com mau dolo, uma vez que eles não invadiram a custódia alheia; e assim se deve entender a Ordenação do liv. 5, tit. 66, Febo, P. II, Aresto 24, Arouca, *Adlegatio* 28, Valasco, *Adlegatio* 13, desde o n. 155 (Instituições, Do Direito Público, Tit. VIII, § XXXI).

DO PECULATO E DO CRIME «DE RESIDUIS»

§ XVIII — O crime de *peculato*, isto é, o furto de dinheiro público feito por aquele a cuja guarda foi confiado, deve ser castigado não com pena mais dura mas igual àquela com que se costuma punir o furto particular. O crime «de residuis», qual o cometido pelos oficiais públicos que tomam e convertem em uso próprio as coisas que lhes foram confiadas, deve ser também punido não com pena mais dura mas igual àquela com que são castigados os depositários, comodatários, e outros particulares que administram por contrato coisa alheia, quando dela abusam contra a vontade do dono, Ord. liv. 2, tit. 51, no princípio, tirada da Extravagante d'El-Rei D. Manuel, de 8 de Junho de 1521, apud Leão, p. 4, tit. 15, lei 1.

O Príncipe não deve cuidar menos das coisas particulares que das suas e públicas, devendo, por isso, o *peculato* ser punido como o furto particular. O mesmo dizemos dos oficiais régios que utilizam ou emprestam os dinheiros a si confiados; este crime chama-se «de residuis»; e assim realmente consta das Ordenações citadas que têm por fundamento as leis de D. Afonso II e D. Afonso III introduzidas no Código Afonsino, liv. 2, tit. 42 e 43. Por conseguinte, a pena capital

e a *afflição* de corpo nos crimes de peculato e «de residuos» apenas tem lugar no caso em que o pode ter entre particulares. E não se consegue o contrário da Ord. liv. 5, tit. 74, Man. 28, liv. 2, pois deve ser entendida a partir doutra Ord. do mesmo liv. 5, tit. 60, § 8, acima citada, e das razões naturais em que se apoia (§ XVII). Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De lege Julia peculatus*, § IV. Entre os Ostrogodos o que furtava dinheiro pertencente ao fisco ou contas públicas, entregava o quádruplo, por Edicto do Rei Teodorico, § 115; entre os Visigodos, por força da lei 10, tit. 2, liv. 7, era obrigado a restituir o anoveado.

DOS DIRECTÁRIOS, APERTULÁRIOS, SACULÁRIOS, E MANTICULÁRIOS

§ XIX—Os *directários*, que se introduzem nas casas alheias com intenção de furtar, e aí se ocultam para melhor e mais seguramente poderem fugir; os *apertulários*, que usam chaves falsas, ganchos e gazuas, e para os quais realmente não há nada tão trancado, fechado, ou cerrado, que não consigam abrir; os *saculários*, que se servem de sacos para furtar, e agem com tal engenho e destreza que enganam os olhos dos presentes, género este de prestidigitadores que o vulgo ignaro considera mágicos; os *crumentísecas* e os *manticulários*, apanhados a cortar os cordões às bolsas, embora não sejam verdadeiros ladrões nem apreendam as coisas e dinheiros alheios, são punidos com açoites e degredo, Ord. liv. 5, tit. 60, §§ I, 9, 10 e 11, Cujácio, *Observationes*, liv. X, cap. XXVII, Menag, *Amoenit. jur. civ.*, cap. 39, Strykio, *Disput. De sacculariis et directariis*, e *Us. mod.*, ao tit. *De extraordinariis criminibus*, §§ IX, X, XI, XII e XIII.

A PENA CAPITAL NO FURTO NÃO ESTÁ EM USO

§ XX—Ora do exposto se vê que o furto *qualificado*, ainda mesmo *não violento*, é nalguns casos punido com a morte. Confesso que esta lei é dura, para não dizer injusta; acha-se,

por isso, já de há muito antiquada, e ab-rogada pelo direito não escrito, com a aprovação dos nossos humaníssimos Reis.

Qualquer furto de relativa importância era pelas leis antigas do Reino um crime capital. Mas já nas leis forais dalguns lugares se acha estabelecido que o *primeiro e pequeno* furto pode ser expiado pagando-se o nóuplo (*nóveas*) ao Rei, o sétimo (*setena*) ao donatário, e o duplo ao senhor da coisa, devendo todos e cada um destes pagamentos ser feitos junto à forca, com as mãos ligadas e barço ao pescoço, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 65. As penas de *arranque de olhos*, *cortamento de mão em vida*, e *marcação a fogo de um sinal infamante* na frente ou espaldas do ladrão, não estão em uso; no entanto, são mencionadas na dita lei *Da Reformação da Justiça* de 6 de Dezembro de 1612, § 20, apud Ord. liv. 5, tit. 129, Colecção I, N. 1, e no Diploma Régio de 31 de Março de 1742, § 8, apud mesma Ord. liv. 1, tit. 1, Colecção I, N. 1. Realmente, a marcação a fogo de um sinal na frente de um homem (nas espaldas ainda vá lá) é uma pena cruel e absolutamente alheia à dignidade humana. Filangeri, tomo IV, cap. XLI, Brissot, *Bibliothèque Philosophique*, tomo V, pág. 303, Püttman, na *Prolusio De numero decoctorum prudentia legislatoria minuendo*. Mas se isso se faz aos réus com o intuito principal de eles se emendarem e reformarem, que emenda há a esperar daquele que se vê acompanhado de infâmia perpétua, e que todos evitam e desprezam, e em cuja frente está inscrito aquilo de Horácio (*Sermones*, I, 4, 85): *Este é pérfido; acautela-te dele, Romano?* Na Espanha, também não se usam o vivicombúrio, a condenação às feras, e a livre entrega do réu à vontade do ofendido, e outras semelhantes penas atrozes e cruéis. *Inst. del Derecho civil de Castilla*, liv. II, tit. XIX, cap. IV, § I, no fim.

E DA SUA JUSTIÇA OU INJUSTIÇA

§ XXI—Porém, esta pena capital, muito embora se ache estabelecida hoje em quase todas as nações, a verdade é que nem outrora agradou a todos, por exemplo, aos Judeus, Romanos, Visigodos, Alemães, etc..., Heinéccio, *Elem. Juris Germanici*, liv. II, tit. XIX, Boehmero, *Jurisprudencia Criminalis*,

Sect. II, cap. XIII, § CLXIX e segs., nem agrada a todos os filósofos do nosso tempo, porquanto a penas pulmões lhe chamam injusta e inútil, quer porque não corresponde ao delicto, com o qual a *perda da vida* não tem proporção alguma, nem o evita, quer porque parece dar ocasião a homicídios, visto que os ladrões, que sabem vir a sofrer a mesma pena seja o furto simples, seja acompanhado de homicídio, difficilmente se abstêm deste, como fariam, se houvesse uma pena para o furto, outra para o latrocínio, e outra para o homicídio.

É esta hoje a voz uníssona de todos os filósofos, e só o nomeá-los seria longo. E, de facto, onde a simples rapina e o latrocínio são coibidos com pena igual, aí os latrocínios não podem deixar de ser mais frequentes que as rapinas. Que coisa deterá — pergunto eu — um roubador, que sabe ficar sujeito à mesma pena quer mate quer não, de acumular um crime com outro crime, e matar uma testemunha que lhe é perigosíssima? Além disso, a distincção entre furto manifesto e não manifesto, diurno ou nocturno, doméstico ou estranho, sagrado, isto é, de coisa sacra, e profano, grande ou pequeno, é quase desprezível no respeitante à pena, visto que são ambos o mesmo delicto, e do mesmo género, não podendo, por isso, admitir uma pena mais grave de género diferente, mas uma maior apenas no seu género conforme as circunstâncias. Bem disse Platão no *De legibus*, Diálogo IX: *Seja grande, seja pequeno o furto, haja para todos uma só lei e uma pena semelhante*. Deve, porém, fazer-se grande diferença entre furto não violento ou simples, e violento, o qual é crime de outra ordem, visto opor-se directamente não tanto à propriedade do cidadão como à sua vida e pessoa; de facto, como sábiamente diz o mesmo Platão no Diálogo XII, *o furto de dinheiro é sem dúvida indecoroso, mas a rapina, torpíssima*. Por consequência, deve infligir-se (exceptuando sempre a capital) uma pena mais grave à rapina que ao furto. E não convém distinguir os furtos entre si, visto que consistem no mesmo género de delicto, mas sim distinguir o furto da rapina e violência, a qual deve, por isso, ser punida com outras penas mais severas, que afectem mais a pessoa que as coisas. Filangieri, tomo IV, cap. LV. Em boa verdade, a lei do Imperador Frederico II na *Cons. do pance tenenda* do liv. 2 dos Feudos, tit. 27, § 8: *Se alguém roubou cinco soldados ou mais, seja enforcado; se menos, seja açoitado e atanzado*.

não foi feita para sempre, mas criada para ocorrer a circunstâncias turbulentas originadas pelas guerras. A idénticas circunstâncias devemos attribuir entre nós os Decretos de 4 de Novembro de 1755 e 27 de Janeiro de 1757, motivados pelo terramoto que quase devorou Lisboa; de facto, nessa altura alguns homens perversísimos, despojando-se de todos os sentimentos humanos e aproveitando-se da ocasião que lhes oferecia a enorme perturbação pública, apenas respiravam rapinas e homicídios, os quais, no meio de circunstâncias tão duvidosas e de tamanho risco para todos os cidadãos, só podiam ser evitadas com penas geralmente muito severas e a adopção duma ordem processual muito breve e *sumaríssima*. Mas, à parte isto, nada mais iníquo do que enforçar e condenar à morte inclemente, um mísero pobretana que tirou qualquer pequena coisa das mãos dum rico, acumulador de tantos montes de dinheiro que já não o pode contar, mas apenas pesar. Neste particular disse muito sábiamente Justiniano (aliás, não muito bom legislador) na Novela 134, cap. 13: *Não queremos absolutamente que por furto se corte qualquer membro ou se dê a morte, mas que seja applicado outro género de castigo. Chamamos ladrões aos que cometem semelhante delicto, às ocultas e sem armas. Mas mandamos que sejam impostas as penas legais aos que, em casa, no caminho, ou no mar, atacam violentamente, com armas ou sem elas*.

DEVE-SE RESTITUIR AO DONO A COISA FURTADA;
E DA PENA DO DUPLO E QUADRUPLA

§ XXII — Embora hoje o furto seja um delicto público, Ord. liv. 5, tit. 117 e 122 (Tit. I, § IV), todavia, a perseguição criminal não tira o *interesse* particular. Pode, por isso, o dono pedir não só a coisa furtada, pela acção de delicto pessoal chamada *condictio furtiva* ou de reivindicação, mas também todo o dano derivado do delicto, Ord. liv. 5, tit. 86, § 1, ibi: *a estimação de seu dano pelos bens do danificado*, Struvio, Exercit. XLVIII, Thes. L. É, pois, bárbaro o costume de entregar ao magistrado o objecto furtado, ou a sua retenção mesmo a pretexto de pagamento das custas pela inquirição feita officiosamente. Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *De furtis*, § XXVI. Porém,

a perseguição criminal extingue a pena civil do duplo ou quádruplo, quer porque as leis que agora nos regem não a mencionam, quer porque é justo que ninguém sofra duas penas pelo mesmo delicto. Portanto, com Boehmero, *Elem. Jur. Crim.*, Sect. II, cap. XII, § CLVII, Thomásio, nas Not. ao tit. *De obligationibus quae ex delicto nascuntur* das Institutas, e outros, consideramos o direito romano ab-rogado. E porque não há lei especial sobre isto, a recepção e autoridade deste direito não é aprovada pela praxe dos libelos na acção de furto, Caminha, *De libellis, Adnot.* 39, nos quais se costumam juntar e pedir as mais severas penas tanto cíveis como criminaes.

DOS LADRÕES FAMOSOS

§ XXIII — Aos *ladrões famosos* podem os juizes *ex officio* prendê-los e processá-los, sem embargo de qualquer prescrição do foro, onde quer que forem encontrados, Alvará de 14 de Agosto de 1751 (Tit. XII, § VII), que parece dever estender-se a todas as províncias do Reino, embora fale apenas do Alentejo e Reino dos Algarves. Pelo mesmo diploma concedeu-se a quaisquer particulares a faculdade de prenderem e entregarem immediatamente ao magistrado mais próximo não só esta espécie de criminosos, mas também os vagabundos e ociosos. A este assunto respeitam as Ord. liv. 1, tit. 58, § 38, tit. 73, § 2, e liv. 5, tit. 60, § 7, etc.. Veja-se, querendo, Jacobo Gothofredo, *Dissert. De famosis latronibus investigandis*, à lei *Si Barsatorum* 13 do tit. *De fidejussoribus* do Código.

TÍTULO VII

DO DANO CAUSADO SEM DIREITO

O QUE É O DANO E EM QUE DIFERE DO FURTO

§ I — Por dano entende-se aqui *qualquer diminuição do património feita sem direito*. Difere do furto e rapina, porque é feito sem violência nem apreensão nem ânimo de lucrar. É, pois, um crime particular e separado.

NECESSIDADE DA REPARAÇÃO

§ II — É mais que certo, certíssimo, que quem causa um dano por culpa sua é obrigado a repará-lo e a sujeitar-se por este motivo à satisfação e à pena (Tit. I, § II, Nota, e § XII deste título). Porém, assim como a gravidade dos danos varia de uns para os outros, e um só e mesmo crime pode ocasionar prejuízos maiores ou menores consoante a fazenda e o lugar, assim a pena não pode ser a mesma para todos os casos; depende, pois, necessariamente a gravidade e quantidade da pena do arbítrio e prudência do legislador. É ainda certo que em quase todas as nações o dano, porque é praticado sem apreensão nem ânimo de lucrar, foi com justiça e razão considerado delicto mais leve que o furto e a rapina, motivo por que merece menores penas.

§ III — O dano é causado por homem livre, por escravo, ou por quadrúpede. Ao primeiro chamam os juriconsultos romanos *damnum injuria datum* (dano causado sem direito), ao segundo, *noxia* (prejuízo), e ao terceiro *pauperies* (paupérie).

ACÇÃO CONCEDIDA PELA LEI AQUÍLIA SOBRE O DANO

§ IV — O dano causado pelo homem livre com dolo ou culpa era pedido pela *acção directa* concedida pela lei Aquília, se feito por corpo contra corpo; por *acção útil*, se feito por corpo, mas não contra corpo; e por *acção (in factum)*, se nem por corpo nem contra corpo, desde que, no entanto, se seguisse dano. Nestas acções pedia-se o maior valor que a coisa tivesse tido naquele ano ou mês, por todo o tit. *ad Legem Aquiliam* do Digesto e das Institutas.

ACÇÃO NOXAL E DE PAUPERIE

§ V — A *noxia*, isto é, o dano causado por um escravo era reclamado pela *acção noxal*, na qual o dono da coisa pedia a estimação do dano ou a entrega do escravo, no princ. do tit. *De noxalibus actionibus* das Institutas, e na lei 1 de igual tit. do Digesto. O dano causado por quadrúpedes, isto é, por animais que se domesticam pelo dorso ou pelo colo e que sem instigação de ninguém causam dano contra o costume próprio da sua natureza, também era pedido pela *acção noxal*, na qual se agia para que o possuidor e dono do quadrúpede ressarcisse o dano ou desse o animal à noxa, lei 1 do tit. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*.

§ VI — A lei Aquília, no sentido do direito romano, nenhum uso tem hoje entre nós, nem talvez nunca o tenha tido. Segue-se daí: 1) que não podemos, na acção, pedir o ressarcimento do dano pelo valor que a coisa valia no último ano ou mês; 2) que não interessa nada que o dano haja sido causado por um corpo ou não; e, por isso, 3) que não tem uso nenhum a diferença entre *acções directas, úteis, e in factum*; nem também 4) a acção especial chamada *de pastu* (de pastagem); nem 5) a condenação depende hoje da confissão ou negação, e o mais que sobre esta matéria se acha estabelecido no direito romano, e cuja explicação deixamos de propósito ao encargo dos outros.

A recepção da lei Aquília não se prova, como era necessário, nem pelas Ordenações actuais em uso, nem, que eu saiba, pelas antigas; e até se verifica nestas que os nossos antepassados vingavam, de outro modo, o dano injustamente causado por um homem livre, applicando, por exemplo, certa multa que revertia segundo as leis e usos feudais para o prejudicado e para o Rei. Também não é provada pela praxe dos Pragmáticos ao formarem libelos pelo dano causado, apud Caminha, *De libellis*, Adnot. 36, Mendes, *Practica Lusitana*, liv. IV, cap. XI, § II, pois essa praxe provém da supersticiosa veneração do direito romano. E, realmente, parece-me que, sem lei especial, em matéria meramente civil não se deve admitir esse direito, mesmo que ele haja sido recebido genérica e indefinidamente no foro, por se opor às leis e costumes práticos. Agora, que a lei Aquília foi abrogada quase em toda a parte, informam Groenewegen, ao princ. do respectivo título das Institutas, Thomásio, *Dissert. De larva legi Aquiliae detracta*, § 45, Coccey, *Jur. controvers.*, ao tit. *De lege Aquilia* do Digesto, Quaest. X, Heinéccio, *Elem. Jur. Germ.*, liv. II, tit. XXI, §§ 94 e 95, Schilter, *Exercit. XIX ad Pandectas*, § 86, João Tadeu Müller, *Jur. Crim.*, tit. IX, § 47, Nota, Letra F.

§ VII — Dos delitos dos escravos nasceram as *acções noxais*, pelas quais é permitido ao dono ou pagar a estimação da lide ou dar o homem à noxa, Ord. liv. 5, tit. 86, § 5, ibi: *E se se achar culpado... algum escravo... ficará na vontade de seu senhor pagar o damno... ou dar o escravo*, Man. liv. 5, tit. 83, no princípio.

Esta Ordenação não está em uso, já porque não temos escravos, já porque é iníquo obrigar o dono, que não delinquia, a pagar, pelo malefício dum escravo, a estimação do dano ou então a entregar esse escravo. Grócio, no *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XVII, § XXI, diz que o dono, que não teve culpa, não é por natureza mais obrigado pelo delito do seu escravo que o capitão dum navio pelo prejuízo que o seu barco, impedido pelo vento, fosse causar noutro. No entanto, discordam dele Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, liv. III, cap. I, § VI, e Barbeyrac, nas Notas a Pufendorf. Veja-se, querendo, Mencken, na Dissert. *De aequitate legum Romanarum circa noxae deditionem*, e Otto nos coment. a Pufendorf, *De offic. hom. et civ.*, liv. I, cap. VI, § XI.

NÃO ASSIM COM A ACÇÃO «QUADRUPEDARIA
DE PAUPERIE» E A ACÇÃO «DE PASTAGEM»

§ VIII — A acção *quadrupedaria de pauperie* (de dano feito por quadrúpede), como lhe chamam os Livros Basílicos, liv. LX, tit. 2, na qual se demanda que o dono repare a *pauperie*, isto é, o dano, ou dê o animal à noxa, também não está em uso, e acha-se ab-rogada em quase todos os povos, Vinnio, ao § 1 do tit. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* das Institutas. O dano que o quadrúpede fizer segundo a sua natureza, como, por exemplo, pastando no campo, não é pedido nem

pela acção *noxal*, nem pela acção *de pastagem*, mas punido doutro modo, Ord. liv. 5, tit. 87, no princ., e §§ 1 e 3.

No direito romano não há nenhuma diferença, na realidade ou no efeito, entre a acção «de *pauperie*» e a acção «de *pastagem*». Júlio Paulo, apud Schulting, *Jurisprud. antejustin.*, liv. I, *Sentent. receptor.*, tit. 15, diz assim: *Se um quadrúpede fizer «pauperie», isto é, causar dano, ou pastar alguma coisa, dá-se acção contra o dono para que pague a estimação do dano ou entregue o quadrúpede.*

LEIS PATRIAS ACERCA DO DANO

§ IX — Aconselhando, pois, a razão natural e civil que se repare o dano injustamente causado, e se puna consoante a sua grandeza e qualidade (§ II), seguem-se daí muitos consecutórios. 1) Aquele que fez dano é obrigado a pagar a estimação dele, e a satisfazer as multas agrárias impostas pelas leis gerais e municipais, Ord. liv. 5, tit. 87, no fim do princ.: *pagará o damno e coimas segundo as posturas*. 2) O *daninho*, que ciente-mente meter quadrúpedes, gados, e animais de qualquer género em pomar ou seara alheia, além da restituição do dano, é punido com o desterro, Ord. cit. (Instituições, Do Direito Público, Tit. VII, § XII). 3) Os animais, que forem achados três vezes em pomar, vinha ou olival alheio, são lançados fora do termo da jurisdição civil onde o dono desses animais morar, segundo a mesma Ord. § 1. 4) O dono do campo, cujos frutos forem danificados pelos animais, pode aprisioná-los e levá-los como penhor para os currais públicos a isso destinados, Ord. cit. § 3; por consequência, uma vez prestada caução ao dono, parece que este já não pode deter o gado, Ord. cit., dito § 3, lei 9, § 1, do tit. *De damno infecto* do Digesto, Brunne-*man, De inclus. animal.* 5) A acção *de pauperie* não é admitida pelas nossas leis. 6) Aquele que acintemente matar boi, quadrúpede ou gado, que encontrar a pastar em campo alheio ou próprio,

seja por culpa do dono, seja por acaso, tem obrigação de pagar o dobro ou triplo ao dono, e é desterrado, temporária ou perpétuamente, para África ou Brasil conforme a valia dos animais, Ord. liv. 5, tit. 78, § 1, Man. 100, no princ., lei 24, tit. 15, da Partida 7, lei 39, § 1, do tit. *ad Legem Aquilianam*. Os que cortam árvores de fruto, sofrem quase esta mesma pena, Ord. liv. 5, tit. 75, no princ., Man. 100, no princ.. Por conseguinte, as penas particulares, como consta da citada Ord. e outras, não são totalmente reprovadas. Do dano causado nos pomares inquire o juiz *ex officio* a pedido da parte, Ord. liv. 1, tit. 65, § 32; porém, como esta disposição é exorbitante, não deve estender-se ao dano feito nas searas. Febo, P. II, Aresto 180 (Tit. XI deste livro).

DOS INCENDIARIOS

§ X—Os incendiários, que por culpa sua deram causa ao incêndio, não só são presos e obrigados a ressarcir o dano segundo a estimação do juiz que deve *ex officio* tirar devassa, mas também desterrados por dois anos para África, Ord. liv. 5, tit. 86, § 5, Man. 83. Mas se agiram com dolo, compete acusação criminal contra eles; e, como mal diferem dos assassinos, visto que o fogo alastrando pode arrastar a destruição de searas, gados e homens, são pelas leis romanas condenados à morte, lei 16, § pen., do tit. *De incendio, ruina, naufragio*, lei 28, § 12, do tit. *De poenis*, lei 10 do tit. *ad legem Corneliam de sicariis*. E a Ord. citada estabelece expressamente esta pena do direito romano contra os incendiários dolosos.

TÍTULO VIII

DAS INJÚRIAS E LIBELOS FAMOSOS

O QUE É INJÚRIA E SUA DIVISÃO

§ I—Chama-se injúria *qualquer feito ou dito directo, dolosamente praticado para ofender alguém*. Podendo, pois, ser feita por palavras ou actos, divide-se em *verbal* e *real*.

Sobre as injúrias nem temos título especial nos três Códigos do Reino, nem neles vem definido, como se fazia mister, a sua essência, pena, e forma de processo. Disto resultou uma jurisprudência arbitrária, que tantos e tamanhos males origina. É certo que várias das nossas Ordenações falam de injúrias, como no liv. 1, tit. 65, § 25 e seg., liv. 4, tit. 63, § 1, tit. 88, § 5, e liv. 5, tit. 42, 49 e 50; mas, como tratam das injúrias feitas aos magistrados e seus oficiais, ou pelos litigantes uns aos outros, ou dos juizes a quem compete o conhecimento das injúrias, ou das doações que se devem revogar por injúria, ou das injúrias que podem levar os pais a deserdar os filhos, deixam quase toda esta matéria, que é quotidiana, intacta e pendente da definição arbitrária do juiz, ou, o que é pior e mais grave, do recurso ao direito romano. De facto, deixa-se a qualidade da injúria ao juizo do magistrado, Ord. liv. 4, tit. 63, § 1, *ibi: E se for duvida, se a injuria assi feita he grave, ou não, fique em arbitrio do Julgador*; e no tit. 88, § 5: *E ficará em arbitrio do Julgador, se as taes palavras forão graves, ou leves*.

OUTRA DIVISÃO

§ II—Divide-se ainda em *simples* e *atroz*, conforme a gravidade do facto, o local onde se praticou e a dignidade

da pessoa injuriada; em *mediata*, a que se faz directamente ao ofendido, ou *mediata*, como dizem, quando feita a pessoa que está sob o nosso poder ou protecção, por exemplo, ao filho-família, ao adoptado, à esposa, à noiva, lei 7, §§ 7 e 8, leis 8 e 9, do tit. *De injuriis*, lei 18, §§ 4 e 5, lei 15, § 35, do mesmo tit., Harpprecht, ao § 7, do tit. *De injuriis* das Institutas, Brunne- man, nos nn. 4 e 5 dos coment. à lei I de igual tit. do Digesto.

INJURIA «NON FACTO», ISTO É, POR OMISSÃO OU DESPREZO

§ III — Também se faz injúria *non facto*, ou seja, por omissão, quando, por exemplo, por soberba se não prestam as honras civis a quem são devidas nem as saudações do costume. Boehmero, nos coment. ao tit. *De injuriis* do Digesto, § VII, *Traité des injures par Mr. Dareau*, Sect. IV, pág. 80.

A INJÚRIA ATROZ

§ IV — Devendo estimar-se a atrocidade da injúria pelo próprio facto, dignidade da pessoa, ou lugar em que é feita (§ II), segue-se que devemos considerar injúria atroz: 1) a que se faz a um magistrado, Ord. liv. 5, títs. 49 e 50 (Tit. IV, § VII, Nota); 2) ao seu official, Ord. cit., e liv. 1, tit. 65, § 26; 3) aos nobres, e outras pessoas constituídas em dignidade, na mesma Ord., e no liv. 3, tit. 86, § 12; 4) a que é feita por um nobre sobretudo a um plebeu e desconhecido, visto que é *ex officio* perseguida pelo juiz, Ord. liv. 1, tit. 65, § 30; ou 5) pelos escravos e filhos aos senhores e pais, Ord. liv. 5, tit. 41; 6) a que é feita àquele com quem o injuriante traz demanda, pois é punida com pena maior do que se não andassem em litígio, Ord. liv. 5, tit. 42; 7) a que se faz em público, como no teatro, no tribunal, ou perante pessoas probas e honestas, Ord. liv. 4, tit. 63, § 1; 8) a praticada na presença do Rei, ou no Paço, ou

no lugar onde estiver a Casa da Suplicação, Ord. liv. 5, tit. 39; 9) a que se comete em igreja ou mosteiro, na mesma Ord. tit. 40. Também se diz e é de facto injúria atroz o dito difamatório, ou o facto do género de ferir ou esbofetear alguém.

Aquele que não prossegue a acção de injúrias intentada em juízo, ou dela desiste em qualquer altura da demanda, entende-se que desiste de toda a pena, emenda e satisfação; e, por isso, o juiz que *ex officio* conhece da causa, não pode aplicar qualquer pena em favor do injuriado, Ord. liv. 5, tit. 117, § 19, vers. *E posto que*, e tit. 124, § 15, vers. *E partindo-se*; no entanto, bem pode applicá-la, quando o injuriado não intentou nenhuma acção ou accusação, Ord. liv. 5, tit. 136, § 2, vers. *Porem quando*. A razão é porque neste caso não se diz contumaz e revel, como no primeiro. E assim se devem entender e conciliar as Ordenações citadas. Embora isto seja assim, há o caso especial de que, se um nobre fizer uma injúria, será sempre applicada a pena, ao réu condemnado *ex officio* por sentença do juiz, em favor do lesado e ofendido, mesmo que este desista da accusação já começada e intentada, Ord. liv. 1, tit. 65, § 20. Deve ler-se a Deliberação da Relação de Lisboa de 22 de Fevereiro de 1721, apud Novíssima Coleção, N. CLXXXIV.

DA INJÚRIA CONTRA OS AUSENTES, INFANTES, E FURIOSOS

§ V — A injúria pode cair tanto sobre os presentes, como sobre os ausentes, se for dita com a intenção de chegar ao seu conhecimento, Ord. liv. 4, tit. 63, §§ 1 e 7, e também sobre os ignorantes, os que dormem, os que agem contra a própria vontade, como os infantes, os furiosos, e os mentecaptos, os quais, embora não possam fazer injúria, podem ser injuriados, lei 3, §§ 1 e 2, do tit. *De injuriis* do Digesto.

DA INTENÇÃO DE INJURIAR

§ VI — Como não há injúria sem dolo (§ I), é fácil ver que não se comete injúria sem ânimo de injuriar, lei 15, § 3.

do tit. *De injuriis*. Por conseguinte, não faz injúria: 1) aquele que por graça faz ou diz alguma coisa, lei 3, § 3 do mesmo tit.; 2) aquele que, em defesa própria, aponta à testemunha um crime verdadeiro, lei 6, § 1, do tit. *De postulando* do Código; 3) também não aquele que opõe excepção de ob-repção, mentira ou falsidade contra um rescrito de mercê, Strykio, *De falsi. prec. Princ. oblat.*, cap. IV, n. 7 e seg.; 4) aqueles que em razão do seu officio, e com vistas de emenda e correcção, fazem alguma coisa que seria injúria se fosse feita por outros, como é o caso dos mestres, pais, e maridos quando castigam levemente os discípulos, filhos e mulheres, lei 15, § 38, do mesmo tit., lei 5 do tit. *ad legem Aquilianam*, Ord. liv. 5, tit. 95, § 4, e tit. 36, § últ.; e, do mesmo modo, os oradores sacros que censuram os costumes do século, contanto que poupem as pessoas.

Se o dito ou feito é, por sua natureza e índole, injurioso, presume-se o ânimo de injuriar, incumbindo, por isso, ao réu que nega, o ónus de provar o contrário, lei 5, do tit. *De injuriis* do Código. A verdade do dito não escusa o injuriante, embora mitigue a pena, dita lei 5. Também não escusa ao injuriante o elogio que faça do autor, lei única do tit. *De famosis libellis* do Código, nem os protestos em contrário do dito ou feito, nem a alegação de erro quanto à pessoa; por isso, o que injuriou Tito, pensando que era Seio, é obrigado pelas injúrias para com Tito, lei 18, § 3, do tit. *De injuriis*. Finalmente, não deve ser desculpado o que profere e espalha injúrias ouvidas a outros, pois não fere menos a fama e reputação do que o próprio autor dessas injúrias. Mas já merece desculpa o provocado que repele uma ofensa com outra ofensa, pois é difficilimo, e nem a todos dado, calar uma dor justa.

EXEMPLO DE INJÚRIA SEM ANIMO DE INJURIAR

§ VII — Aquele que com palavras brandas atenta contra a pudicícia d'alguém, e aquele que na rua tira a uma donzela ou a uma mulher honesta o seu pajem ou o aconselha a aban-

doná-la; aquele que apoquenta, acompanha, ou trava duma mulher, e com ela procede de forma a desacreditá-la em seu pudor, não tem seguramente o ânimo de injuriar, e no entanto é obrigado pela acção de injúrias, lei 9, § 4, leis 10 e 15, § 16 e seg. do tit. *De injuriis*, Ord. liv. 5, tit. 18, § 2. Veja-se, querendo, *Causes célebres et intéressantes par Mr. Gayot de Pitaval sur les outrages faits à une Dame*, tomo IX, pág. 276.

DA CALÚNIA, MALEDICENCIA, SIMPLES DETRACÇÃO, E DELAÇÃO ODIOSA E MALIGNA

§ VIII — Entre as injúrias *verbais* na realidade atrozes (§ IV) avulta a calúnia, a qual pode ser *verbal* ou *escrita*, *judicial* ou *extrajudicial*. Entende-se aqui por calúnia qualquer difamação verbal, maliciosa e falsa, em que o adversário nos atribui um mal grave que não fizemos, e cuja notícia tratou, primeiro, de espalhar e disseminar pelo vulgo com malas-artes e insidiosamente. Este grave crime, que se comete num dia e leva muitos anos a reparar, é realmente digno de ser castigado com as penas mais severas, como as infamantes, e com cárcere perpétuo; no entanto (tão depravados andam os costumes humanos) fica quase impune, sobretudo o extrajudicial, e as nossas leis não fazem menção especial dele (Tit. II, § XIII). Do judicial já dissemos algumas coisas no Tit. II, §§ XVIII e XIX, no Tit. XIII, § VIII, e no Tit. XX, §§ IX, X e XI. Quanto às penas e progresso das calúnias no tempo dos Imperadores deve ler-se Henrique Brencmman, *De lege Remmia et de factis calumniatorum sub Imperatoribus*, apud Otto, tomo III do *Thesaurus Juris Romani*. A maledicência, ainda que verdadeira injúria, é grave ou leve conforme a sua qualidade (§ VI, Nota). As imprecações, ameaças, e simples detracções são quase sempre injúrias leves que não devem ser punidas no foro civil, porquanto *não se pode punir facilmente a indiscricção*

da *língua*, lei 7, § 3, do tit. *ad legem Juliam Majestatis* (Tit. II, § XVI, deste livro). Mas os chamados mexeriqueiros que maliciosamente comunicam a alguém os ditos ou feitos ocultos duma pessoa são considerados injuriantes e punidos com a pena de talião.

Apraz-nos notar aqui que, nas leis antigas, e nas doações em que se dava aos nobres o domínio dalgum lugar, a palavra *calúnia* significava o direito, que esses nobres tinham, de aplicar penas fiscaes e condenações, e que só expressamente podia ser doado.

DA INJÚRIA ESCRITA E DO LIBELO FAMOSO

§ IX — A injúria *escrita* deve ser sempre considerada atroz, tendo, por isso, que ser punida mais severamente que a *verbal*. Ord. liv. 5, tit. 84, § 2, Man. 79. Chamamos *libelo famoso* ao escrito anónimo infamante, lei 5, § 9, do tit. *De injuriis*, leis 1, 3 e 4 do tit. *De famosis libellis* do Código de Teodósio. O que abrir, descrever e divulgar estes escritos infamantes será punido com a mesma pena que o seu autor, Ord. cit., § 1, tirada da lei d'El-Rei D. Duarte, dada em Évora a 26 de Abril de 1435, apud Ord. Afons., liv. 5, tit. 117, Gama, *Decisio* 139, n. últ., Temudo, P. II, *Decisio* 223.

Não há realmente diferença nenhuma entre a injúria escrita e o libelo famoso, se este for assinado; e assim se devem distinguir estes crimes, Coccey, *Jus Controversum*, ao tit. *De injuriis*, quaest. 31; no entanto, como aquele último revela, no anonimato, a esperança de impunidade, e é de prova difícil, deve ser punido com maior severidade que a injúria escrita; porém, a pena capital estatuída na lei única do tit. *De libellis famosis* é exorbitante e injusta. O que compuser, inscrever, fizer, produzir ou imaginar livros, epigramas, inscrições, pinturas, ou esculturas infamantes para outro, deve ser havido como autor de libelo famoso, lei 5, §§ 9 e 10, lei 15, § 27, do tit. *De injuriis*. As cartas para amigos, ainda que tenham algumas

expressões em desabono de alguém, não devem ser consideradas injuriosas e infamantes, visto não terem sido escritas com ânimo de injuriar; a razão é porque admite-se certa liberdade, permitida por todos os direitos, naquilo que os amigos escrevem e conversam entre si. Mr. Dareau, *Traité des injures*, cap. I, Sect. II, pág. 46. Entre as injúrias escritas deve contar-se o *plágio literário*, pois comete sem dúvida injúria e é quase ladrão aquele que vende, dá, imprime e divulga a obra alheia como sua. Dareau cit., cap. III, Sect. VI, págs. 228 e segs. (Vide Jacobo Thomásio, *De plagio literario*).

A INJÚRIA REAL

§ X — As injúrias reais resultam de coisa ou facto que, na opinião pública, é em si injurioso ou gera injúria; é o caso de se arrancarem os cabelos ou a barba a alguém, esbofetear, açoitar, bater ou ferir com a mão, vara ou outro instrumento, ou fazer gestos de desprezo e ódio, como mostrar a língua, ameaçar com os olhos, fazer visagens, ou pendurar cornos às portas dos casados, Carta de Lei de 15 de Março de 1751. Estas injúrias, tal como as verbais, são *simples* ou *atrozes*, devendo, assim, ser punidas mais grave ou mais brandamente (§ IV).

Ainda que nas Ordenações Régias não exista título especial sobre as injúrias físicas, são, contudo, mencionadas em muitos dos seus lugares, por exemplo, no liv. 1, tit. 65, §§ 31, 33, 37 e 38, no liv. 5, tit. 35, §§ 3, 4, 5, 6 e 7, e tits. 36, 39, 40, 41, 42, 117, § 1, e no Regimento do Desembargo do Paço, § 18, às quais se devem juntar as Extravagantes insertas junto destes títulos. Porém, ou nenhuma pena está definida para estas injúrias, deixando-se, assim, a sua punição ao arbítrio do juiz, ou, se está definida, apenas num que noutro caso guarda a devida proporção. Portanto, o que nas Ordenações citadas se tem como principal é fazer-nos saber quando as feridas infligidas dão lugar a querela, e quando a inquirição.

§ XI — A aplicação da pena capital ou de pena *aflictiva* do corpo pelas injúrias cometidas, não elimina a multa estabelecida nas leis públicas ou forais, Ord. liv. 5, tit. 36, § 1, *ibi*: e isto além das penas pecuniárias contidas nos forais dos lugares; Man. tit. II, § 2: *Pero nom he nossa tençam pelas ditas penas serem relevados os que semelhantes delictos fizerem, das penas pecuniarias contheudas nos foraes dos lugares; Afons. tit. 33, § 5: E por esta pena nom sejam relevados das penas da Justiça, que merecem pelos maleficios... Nem outro sy sejam relevados das penas contheudas nos foraes, e costumes antigos nos lugares.*

FERIDAS MORTAIS

§ XII — A ferida, que no juízo indeclinável dos médicos for mortal, Ord. liv. 1, tit. 65, § 38, é punida com a pena de homicídio. Deve-se, porém, indagar em juízo se a morte resultou da ferida em si, porque, se o ferido morreu por culpa do médico ou por qualquer outra circunstância extrínseca, não há lugar à pena ordinária. Carpzov, P. I, Quaest. XXVI.

Embora Leyser, na dissertação especial sobre este tema, considere inútil no homicídio a autópsia do cadáver e o relatório sobre a qualidade da ferida, eles são aprovados por todos os direitos. Nunca deve, pois, o juiz dispensá-los, nem doutro modo pode constar do corpo de delicto (Tit. XIII, §§ XX e seg., deste liv.). Deve-se atribuir muito valor aos médicos e cirurgiões que sob juramento afirmam que uma ferida é mortal; mas não tanto, que o seu juízo não admita prova em contrário. Strykio, *Us. mod.*, ao tit. *ad legem Corneliam de sicariis* do Digesto, nn. 3 e 4. Agora a opinião reinante no foro de que a ferida não é mortal, quando o ferido vive 40 dias após o ferimento, não assenta em razão médica. Jerónimo Ernest, *Dissert. De letalitate*

vulnerum, Baumer, *Medicina forensis*, cap. VIII, *Mémoire sur une question anatomique relative à jurisprudence par Mr. Louis* (Tit. IX, § XVII, Nota, deste livro).

FERIDAS ATROZES E LEVES

§ XIII — Tornam a ferida atroz e aumentam a pena: 1) a grandeza da ferida; 2) a dignidade e qualidade do ferido; 3) o lugar da ferida; 4) o lugar do delicto; 5) as armas; 6) a causa e razão de se fazer a ferida, Ord. liv. 5, tit. 39, § últ., lei 8 do tit. *De injuriis* do Digesto. Portanto, aquele que assalariado por dinheiro ferir alguém, mesmo levemente, é condenado à morte, Ord. liv. 5, tit. 35, § 3, vers. *E ferindo*. A mesma pena cabe ao escravo e ao filho que ferir seu senhor ou pai, Ord. tit. 41, ou qualquer outro na presença d'El-Rei, tit. 39, no princ., ou finalmente àquele que com mau dolo ferir outro com espingarda, besta e outras armas defesas, Ord. tit. 35, §§ 4 e 5. Ao encarcerado que ferir outro encarcerado, corta-se-lhe a mão, Ord. liv. 35, § 6. Igualmente se decepa a mão ao que tirar arma na Corte, Ord. tit. 39, § 1, e também ao que ferir alguém na cidade onde estiver El-Rei, ou no lugar onde for a Casa da Suplicação, tit. 39, § 2. O simples facto de desembainhar a espada nestes mesmos lugares é crime punido com açoites devido à chamada santidade desses locais, na mesma Ord., e com degredo perpétuo para o Brasil, se for numa igreja, Ord. cit., tit. 40. O que ferir outro no rosto, sofre a pena de degredo, perda de bens, e, sendo plebeu, a amputação de uma mão, Ord. cit., tit. 35, § 7, Febo, P. I, *Decisio* 31, e II *Aresto* 127. Comete injúria atroz aquele que der uma hofetada na cara dalguém, ou fizer aleijão nos membros doutro, Carta de Lei de 15 de Jan. de 1652, apud Ord. liv. 1, tit. 58, Colecção I, N. 9, Ord. liv. 5, tit. 122, no princípio, *ibi*: *sem aleijão*; mas não está aí definido que pena deve levar. A simples beliscadura

e arranhão considera-se injúria leve, na mesma Ord. tit. 122, no princ. e § 1.

Todavia, não está em uso nenhuma destas disposições, e mormente a Ord. liv. 5, tit. 39, § 2, que manda amputar a mão ao que, mesmo levemente, ferir alguém na cidade onde estiver El-Rei, ou no lugar onde for a Casa da Suplicação.

DA ACÇÃO DE INJURIAS

§ XIV — Quaisquer injúrias podem ser vindicadas tanto civil como criminalmente, Ord. liv. 5, tit. 117, § 5, *ibi: poderão demandar suas injurias, e damnos*. Por isso, pela acção de injúrias civil pede-se a restituição do dano e tudo aquilo que interessa ao injuriado; pela *criminal*, a pena fixada nas leis públicas e forais.

Bachov, Huber e Boehmero, nos coment. ao tit. *De injuriis*, § 18, e especialmente no tratado *De iniquitate et injustitia actionis injuriarum*, cap. III, condenam esta acção e toda a vindicta como indignas dum cristão. Mas confundem *vindicta* com *vingança*. Vingança é aquela espécie de vindicta que não tem outro fim senão saciar a alma com a dor de quem nos ofende, Pudentorf, *De offic. hom. et civ.*, cap. VI, § XIII; esta espécie de vindicta também é condenada no direito civil, lei 45, § 4, do tit. *ad legem Aquilianam* do Digesto. A acção *estimatória* do direito romano, segundo a qual o valor da injúria é estimado pelo autor, observa-se no foro por forma tal, que muito se deixa, para esta estimação, ao arbítrio do juiz. Mendes, in *Praxis*, liv. IV, cap. XI, França, nas Notas a Mendes. A acção criminal da lei *Cornelia de injuriis* não tem uso nenhum. No mesmo libelo podem perfeitamente juntar-se a acção civil e a criminal. Ferreira, *Practica Criminalis*, tomo II, tract. III, cap. I, nn. 12, 13, 14 e 15, pág. 169. Desde o princípio e já na Idade Média até D. Afonso IV, costumava a nossa gente vingar as injúrias de qualquer género, não com o direito, mas com a força, pois nesses tempos sobretudo as pessoas gradas tinham por muito deslastroso não vingar as injúrias pelas próprias mãos. Wilson apresenta innume-

rosíssimos exemplos disto no tomo II, págs. 263 e segs., do seu *Dans le théâtre d'honneur et de chevalerie*. Contudo, os nossos maiores deixaram, no reinado de D. Afonso IV, este costume da vindicta privada, mas caíram no excesso oposto; de facto, naquele reinado, como o direito romano já disfrutava dalguma consideração, começou de haver tantas querelas e acusações judiciais, e tão frequentes acções de injúrias no foro, que o próprio D. Afonso entendeu seriamente ser do interesse público limitar estes litígios por injúrias, o que acabou, alfim, por fazer na lei especial publicada em Torres Vedras a 12 de Março do ano 1393 da Era, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 59, § 1, *ibi: E em como a Nós fosse dito tempo ha, que elles novamente usavam das ditas injurias, o que nos nossos Regnos nom era acustumado, querendo tother essas malicias, quanto a Nós era, hordenamos e posemos por ley, que se alguñ demandasse outro por injuria, que dissesse que lhe fezera, ou dissera, que nom fosse recebido a essa demanda, atee que desse fiadores, que se nom provasse o que contra elle dissesse, pera lho correrger com outro tanto quanto a el seria jugado, se provado fosse o que se el obrigasse de provar contra o demandado, segundo em essa ley he contheudo: o que antes dessa nossa ley nos nossos Regnos se nom usava.*

ORDEM DO PROCESSO A OBSERVAR NAS INJURIAS VERBAIS

§ XV — Das injúrias *verbais* (e o mesmo se deve aplicar às *reais* leves) conhece o juiz sumarissimamente e sem observar a ordem do direito, e decide-as, juntamente com os vereadores da Câmara, sem apelo nem agravo até à quantia de 6000 réis, lendo os autos perante as partes, se aí quiserem estar, o que cumpre notar, Ord. liv. 1, tit. 65, § 25, *ibi: Os Juizes conheção dos feitos das injurias verbaes... e os fação conclusos em breve, não fazendo longos processos, e sem darem vista ás partes para razoarem em final por scritto, e sem lhes darem os nomes das testemunhas para contradictas, os levem á Camera, e os despachem com os Vereadores na primeira vereação... lendo os feitos perante as partes, se hi quiserem star*, Man. tit. 44, § 45, Afons. tit. 26, § 27, e liv. 5, tit. 59. Porém, das injúrias

atrozes só o juiz ordinário toma conhecimento, admitindo-se, absolutamente, apelação ou agravo, Ord. cit., tirada da cit. lei de D. Afonso IV, feita para diminuir o volume de acções por injúrias leves, a qual confirmada por D. Pedro I, filho de D. Afonso, e por D. João I, passou aos Códigos posteriores.

Ainda que não se possa interpor apelação nem gravo das sentenças dadas no Senado sobre injúrias verbais, admite-se, todavia, o recurso para o Rei, visto ser um remédio que a ninguém se deve recusar; no entanto, o recurso não suspende o efeito e execução da coisa julgada, e assim se deve entender a Ord. cit. liv. I, tit. 65, § 28, Cabedo, P. II, *Decisio* 40, n. 15.

DA ACÇÃO «DE PALINÓDIA», E DA RETORSÃO DA INJURIA

§ XVI — A acção de *palinódia* ou *recantatória*, que deve a sua origem aos costumes corruptos dos povos, não é aprovada pelas nossas leis, e por isso, nunca pode ser admitida; de facto, ela contém em si alguma torpeza e de modo nenhum pode basear-se nos princípios gerais das obrigações. Veja-se, querendo, Covarrúbias, *Variarum*, cap. XI, n. 4, Salgado, *De Reg. Protect.*, P. II, cap. IV, nn. 169 e 172, Graciano, *Forenses*, *Decisio* 195, n. 3, Pegas, tomo 5 às Ord. liv. I, tit. 65, § 25, n. 210. A *retorsão* extingue a injúria *verbal* ou diminui a sua pena no foro externo, lei 17, § 6, do tit. *De injuriis*.

A *retorsão*, isto é, o acto pelo qual se retribui a injúria ao injuriante, Strúvio, *De vindicta privata*, cap. X, é sempre injusta, ainda quando feita em continente; de balde, pois, tentam alguns juriconsultos e teólogos libertá-la, com o pretexto de defesa, da imputação de impiedade que aqui é manifesta. Tocam neste assunto os trabalhos que Strúvio, Pfrankuch e Slevogt publicaram sobre esta matéria (§ VI, Nota, deste tit.).

TÍTULO IX DO HOMICÍDIO

O QUE É O HOMICÍDIO, E SUAS ESPÉCIES

§ I — Diz-se *homicídio*, em geral, o *facto pelo qual se tira a vida a um homem*. Ora, porque este facto pode acontecer de muitos modos, isto é, *por dolo, culpa, acaso, ou necessidade*, divide-se o homicídio perfeitamente em *doloso, culposo, casual, e necessário*. O *doloso* divide-se em *simples e qualificado*, sendo este aquele que contém matéria especial quanto ao modo e à causa, ou quanto às pessoas contra quem se pratica; pertence a esta espécie o homicídio de *traição, o assassinio, o latrocínio, o parricídio, o infanticídio, o envenenamento*, e o cometido com *armas* de sua natureza *mortais* ou especialmente proibidas. De cada uma destas espécies vamos tratar como é nosso costume.

Debaixo da expressão *facto* também se compreende o *não facto*. Portanto, aquele que cientemente segura uma espada contra a qual outro se atira sem ver, aquele que deixa ir outro à morte obtida com falso testemunho, e aquele que nega alimentos ou medicamentos a alguém, são homicidas.

HOMICÍDIO DOLOSO

§ II — O homicídio *doloso simples* ou é *directo*, quando há intenção de matar, ou *indirecto*, quando não há essa inten-

ção, mas apenas se verifica a vontade de fazer mal, unida a um facto espontâneo ilícito. Sempre que não consta da intenção directa ou indirecta de matar, deve olhar-se ao instrumento, ao facto ou omissão, de que facilmente pode resultar a morte, e se o homicida soube o que fez ou intentou fazer. Müller, *Jur. Criminal.*, tit. I *ad legem Cornelianam de sicariis*, § CLIV, Sect. IV.

HOMICÍDIO CULPOSO

§ III — No homicídio *culposo* não há — e nisto difere do doloso — intenção de matar ou fazer mal. É, portanto, réu deste crime: 1) aquele que, sem vontade de fazer mal, se exercitou em coisa ilícita, ou então em coisa lícita, mas de modo, ou em lugar ou tempo ilícito, lei I, § 3, do tit. *ad legem Cornelianam de sicariis* do Código, lei 9, § 4, e leis II e 3I do tit. *ad legem Aquilianam* do Digesto; 2) o médico ou cirurgião negligente no curativo da doença ou ferida (Tit. XI, § VIII, deste livro); 3) aquele que, para a mulher conceber, lhe propinou um remédio que lhe causou a morte, lei 3, § 2, do tit. *ad legem Cornelianam de sicariis*. Para mais exemplos, e mais ampla illustração deste tema, veja-se Carpzov, P. I, Quaest. XXVII, n. 9.

QUE PENAS CABEM A ESTES DOIS CRIMES

§ IV — Ao homicídio doloso cabe a pena capital, Ord. liv. 5, tit. 35, no princ., Man. tit. 10, e ao culposo, a extraordinária, conforme o grau de culpa, segundo a Ord. cit., *ibi*: *será punido, ou relevado segundo sua culpa, ou innocencia*; Afons. tit. 33, § 7, do mesmo liv., *ibi*: *E se achado for, que a dicta morte foi per alguã caso sem nenhua malicia, ou vontade de*

matar, em tal caso veja-se a culpa, em que foi o dicto matador, e assy seja penado segundo a culpa, em que for achado.

Tal como o *dolo* e a *culpa* diferem entre si, assim a intenção de matar e fazer ou não o mal torna o homicídio doloso ou culposo. Pela lei de D. Dinis incluída na Ord. Afons. liv. 5, tit. 32, § 2, que passou aos Códigos seguintes, o homicídio doloso era um crime capital, se houvesse sido premeditado e cometido espontaneamente; e assim se devem entender as palavras *nom avendo com elle tençom, nem lhe dizendo, nem fazendo por que*, por isso, o homicídio *culposo*, repentino e ocasionado por notável protérvia e maldade do morto, ficou quase impune até ao tempo de D. João I, que mandou fosse punido conforme a qualidade da culpa, dita Ord. Afons., § 7, da qual foram tiradas as Ordenações actuais acima citadas. Porém, nestas Ordenações não se decreta nem o grau da culpa, nem pena alguma especial consoante a gravidade do homicídio culposo, pois deixa-se ao arbitrio do juiz esta matéria de tamanha importância. Depois, ao homicídio iam buscar lucro o fisco, Ord. liv. 5, tit. 36, e os pais ou os parentes do morto, aos quais se destinava certa soma, definida sobretudo nas leis forais, a qual hoje não está em uso por ter sido substituída pela simples reparação do dano. Exemplos há de que outrora em todos os povos as mortes eram vingadas pelas famílias ofendidas, que perseguiam o homicida com as armas, como se pode ver em Heinéccio, *Element. Jur. Germ.* liv. II, tit. XXVI, Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. I, § I, n. 3 (Tit. IV, § XIII, Nota, deste livro). No Código Criminal da Pensilvânia, promulgado em 9 de Maio deste corrente ano de 1794, o homicídio, aí chamado de 1.º grau, é punido com a pena capital; o do 2.º grau, com a pena de cárcere e penitência entre 5 e 18 anos. Classifica-se como homicídio do 1.º grau, o *premeditado*, cometido com um mau veneno ou ânimo deliberado, ou o *repentino*, acompanhado de rapina, furto e arrombamento de portas.

HOMICÍDIO CASUAL

§ V — O homicídio *casual* não deve ser punido com qualquer pena, nem mesmo com a reparação do dano, porque

a ninguém deve imputar-se o que succede por acaso. Cabem aqui: 1) a morte feita por acaso; 2) a feita por pessoa a quem não pode imputar-se dolo nem culpa; 3) a que é feita por permissão ou mandado da lei; 4) a que é feita por aqueles que se exercitam em coisa lícita, e no local, modo e tempo do costume, lei 9, § 4, leis 11 e 31 do tit. *ad legem Aquilianam*.

HOMICÍDIO NECESSÁRIO

§ VI — A morte do agressor injusto, quando é impossível ao atacado defender-se por modo mais leve, chama-se *homicídio necessário* devido ao direito de justa defesa, na lei 1 do tit. *Vnde vi* do Código, e cap. 18 do tit. *De homicídio*, e não está sujeita a qualquer pena, Ord. liv. 5, tit. 35, no princ., *ibi: se a morte for em sua necessaria defensão, não haverá pena alguma*.

DA DEFESA INCULPOSA

§ VII — É lícita também a defesa do cônjuge, filhos, parentes, e qualquer inocente. Heinéccio, *De Jure Naturae et Gentium*, liv. I, cap. VII, § CLXXXVI. Basta, para ser aplicada, o risco de perda da vida, membros, pudicícia, e bens. Grócio, *De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. I, Pufendorf, *De offic. homin. et civ.* Mas, para haver *tutela inculpada* (tutela inculposa, legítima defesa) faz-se mister o concurso de várias coisas, como: 1) que o dano seja gravíssimo e não possa evitar-se por meio mais brando; 2) que a defesa seja feita contra uma ofensa injusta e imprevisita; 3) que seja feita em tempo e por modo justo; 4) que seja imediata e acto contínuo; 5) que corresponda ao ataque, e lhe seja tanto quanto possível igual; 6) que não haja outro meio de salvação. O agredido não tem obrigação de esperar o primeiro golpe, nem de fugir e afastar-

-se, salvo se fácil e seguramente puder pôr-se em fuga. Heinéccio, § CLXXXV, Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium*, liv. II, cap. V, § 13.

A vulgarmente chamada *tutela inculpada* (legítima defesa) é o direito, que todos têm, de defender a sua vida, a sua integridade física, a sua pudicícia, e os seus bens contra um agressor injusto, ao qual até pode matar, se não puder defender o seu direito doutra maneira, e o de repelir, acto contínuo, a força injusta com a força justa, não para se vingar, mas para se defender. Este direito compete contra todos aqueles de quem, sem culpa nossa, nos vem um perigo, e, por isso, também contra os furiosos e mentecaptos, pois, como bem diz Grócio supra cit. § III, *este direito de defesa não nasce do pecado ou da injustiça doutro*. De facto, esse direito nós o tiramos, *haurimos e aprendemos da própria natureza*, como elegantemente diz Cícero na Oração *pro Milone*, que é, sem dúvida, o exemplo mais acabado de defesa da tutela inculposa. Por isso, se um dia algum advogado tiver de defender um réu acusado de homicídio, que pretenda ver absolvido por legítima defesa, aconselho-o a que leia este discurso em favor de Milão e aproveite e adapte para a sua causa os argumentos que nele Cícero usa, pois neste género não há melhor. No entanto, Cícero, ainda que elegante e engenhosamente, defendeu uma causa má e injusta, pois Milão foi condenado justamente.

O QUE MANDA MATAR É RESPONSÁVEL PELO HOMICÍDIO

§ VIII — Porque, como bem diz Ulpiano na lei 15 do tit. *ad legem Corneliam de sicariis*, *não há diferença entre quem mata e quem dá causa à morte*, aquele que manda matar é tido como homicida, no caso de se seguir a morte, devendo, por isso, sofrer a mesma pena, Ord. liv. 5, tit. 35, no princípio: *Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural*.

§ IX — No entanto, o excesso do mandatário no homicídio, de que falamos, não deve ser imputado ao mandante. Por isso, aquele que mandou uma pessoa ferir ou esbofetear Tício, e essa pessoa, bebendo talvez vinho para ganhar coragem, matou Tício, o mandante é apenas responsável pelo ferimento, e não pela morte. A razão é porque o facto alheio não se deve imputar senão ao que nele participou ou foi sua causa eficiente, como entende Püttmann, na *Prolusio* especial intitulada *De excessu ejus, cui aut verberatio, aut vulneratio alicujus mandata est, mandanti haud imputando* (Sobre se se deve imputar ao mandante o excesso daquele a quem foi mandado apenas açoitar ou ferir). E basta isto sobre o homicídio simples.

HOMICÍDIO PRODITÓRIO

§ X — Na espécie do homicídio *classificado* entra, primeiro, o *proditório* (homicídio por aleivosia), o qual se dá, quando é cometido por amigos ou inimigos sob o pretexto de uma amizade fingida e simulada e por ciladas occultas, difficilmente evitáveis; sendo muito mais atroz do que o *simples doloso*, deve ser punido mais severamente, Ord. liv. 5, tit. 37, § 1, a qual, todavia, não declara com que pena.

O ASSASSÍNIO

§ XI — É também homicídio *qualificado* o *assassínio*, isto é, o homicídio realizado por dinheiro e a mandado doutro. Esta palavra é de origem árabe e desconhecida no direito civil; a sua história remonta aos *Assassinos*, que eram uns antigos habitantes da Ásia, notáveis pela infame morte dos Cristãos. Paulo Emílio, *De rebus gestis Francorum*, liv. V, Mateus de

Paris, sobre o ano 1151. Tanto o mandante como o mandatário, que ferir ou matar por dinheiro, sofrem a pena capital, corte de ambas as mãos, e, se não tiverem descendentes legítimos, o confisco de bens, Ord. liv. 5, tit. 35, § 3.

O LATROCÍNIO

§ XII — A morte dolosa sem prévio assalariamento (e nisto difere do assassínio), mas feita com ânimo de lucrar, chama-se *latrocínio* e é crime punido com a força. Sobre as várias penas em outros povos devem ver-se Everardo Otto, *De tutela viarum*, P. II, cap. XIX, e Heinéccio, *Elem. Juris Germanici*, liv. II, cap. XX, etc... (Tit. VI, § XI, deste livro).

O PARRICÍDIO

§ XIII — Em razão da pessoa, o homicídio torna-se qualificado, todas as vezes que for praticado entre pessoas unidas pelo sangue. E, em primeiro lugar, cabe aqui o *parricídio* que, propriamente, se refere apenas à morte dos pais ou filhos. O filho, que ferir, mesmo levemente, um dos pais, é condenado à morte, Ord. liv. 5, tit. 41, § 1. Mas, se o matar, deve em qualquer caso ser punido com pena mais grave; no entanto, a Ordenação citada não a declara (Vide Cícero, na Oração *Pro Sexto Roscio*, § 25), assim como também não aquela que devem padecer os pais que mataram os filhos. A pena do direito romano, estatuída na lei 9 do tit. *De lege Pompeia de parricidiis*, e no § 6 do tit. *De publicis judiciis* das Institutas, não está em uso. Imprópriamente diz-se parricídio a morte da mulher, do marido, irmãos, irmãs, e restantes consanguíneos ou afins. A morte destes deve ser punida com a pena ordinária sem dúvida um pouco mais grave, conforme o grau de parentesco e a variedade de circunstâncias, mas menor que a do verdadeiro parricídio.

§ XIV — Por conseguinte, devem-se considerar parricídio e punir como tal o *infanticídio*, feito por estranhos ou parentes, a *exposição* e o *aborto*; todavia, não acho nas nossas leis qualquer referência a estes crimes. Infanticida é aquele que arremessa à água ou a uma latrina um recém-nascido, ou o sufoca no leite, ou lhe não dá os alimentos indispensáveis à vida; ou então aquele que expõe uma criança com intenção de a matar, intenção essa que se presume das circunstâncias de *lugar*, se este for afastado do caminho e trânsito humano, ou de *tempo*, sobretudo se for no rigor do Inverno, ou de *modo*, se a criança for exposta em local de facto frequentado, mas envolto em coisa mesquinha e normalmente desprezível. Boehmero a Carpzov, Quaest. X, P. I. Não tem intenção de matar, aquele que expõe o recém-nascido, para que os outros dele se compadeçam e o alimentem, ou então para salvar a sua reputação. Aquelle que com mau dolo abortou um feto ainda que *animado* e *vital*, não deve ser logo considerado verdadeiro homicida, e parece deve ser punido só com a pena extraordinária, porque uma coisa é matar um homem, e outra, impedir que ele seja concebido e venha à luz; de facto, não se sabe se e quantas vezes a mulher viria a ser mãe. Mr. Bernardi, *Principes des Loix Criminelles*, tit. V.

A morte de crianças e filhos é um crime muito mais atroz que qualquer outro homicídio simples, porque de certo modo atenta e violenta a própria natureza. Mas, porque o maior amor e a mais estreita união, que existe entre pais e filhos, exclui totalmente ou diminui o dolo, não deve o juiz persuadir-se facilmente da intenção de matar entre pessoas tão intimamente ligadas. E até, para dizer a verdade, são as próprias leis que muitas vezes dão ocasião ao infanticídio, visto que, como já outros observaram, elas castigam muito severamente as mulheres vítimas de estupro. A penitência e deprecação públicas, que antigamente os réus de estupro tinham

de fazer, assim como o medo das penas civis, e a infâmia, que ainda hoje, com a aprovação das leis, costuma acompanhar essas pobres mulheres, dão motivo a que as mães percam, para evitar isso, o sentimento de humanidade e se esqueçam de que são mães. Já não falo das meretrizes, que, além de rarissimamente engravidarem, não temem a infâmia, mas das mulheres honestas que foram vítimas do estupro. São muito severas, para não dizer injustas, as leis (Ord. liv. I, tit. 73, § 4) que condenam à morte as mulheres, que, em suspeitando-se mal do seu parto, não dêem conta ao juiz do fruto da sua gravidez. Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. XXVI, cap. III. Essas leis por certo desagradaram tanto a uma mulher illustre (a Condessa Dubarry), que intercedeu com êxito em favor de uma rapariga prestes a ser condenada por prescrição dessas leis, escrevendo uma carta ao Chanceler de Paris que vem em Filangieri, liv. I, cap. IV, pág. 91. e liv. III, tomo IV, cap. L, págs. 413 e segs. De facto, quem esperará facilmente que uma mulher honesta e zelosa da integridade da sua fama, se apresente e espontaneamente confesse ao juiz a sua fragilidade, quando ela não sabe ao certo se está grávida e parturiente? Daquillo que o direito romano decretou acerca da exposição e aborto informam-nos João Francisco Ramus, *De poen. parricid.*, Afonso Caranza, *De part. nat.*, cap. IV, Gerardo Noodt, in *Jul. Paul.*, ou no *De partus expositione, et nece apud veteres*, Bynkershoek, no opúsculo *De jure occidenti liberis*, e na *Resposta amiga* de Noodt ao mesmo. Agora, quando é que o parto se deve considerar *formado* e *vital*, é assunto difícil de determinar. As diversas opiniões dos Filósofos nesta matéria foram referidas por Plutarco, no *De placitis Philosophorum*, liv. V, cap. XV, e coligidas por Caranza, *De part. nat.*, Boehmero, Exercit. XCIX, *De caede infantum in utero*, §§ VI, VII, VIII e IX, e Haller *Physiologia*, tomo I, cap. III, § XXXIII, e tomo II, cap. I. Por nós, consideramos o feto *animado* após o meio da gestação, e desde que se notem seguramente movimentos seus no ventre. E *vital*, se está de tal maneira perfeito de órgãos e membros, que possa continuar a viver fora do ventre; e *não vital*, embora *formado*, se ainda não tem tais forças e tal perfeição de órgãos, que não possa viver fora do ventre. Sobre os meios de prevenir o infanticídio, traz muitas noções, entre outros, Mr. Petion (in *Bibliothèque Philosophique*, tomo VII, pág. 95).

§ XV—O *envenenamento*, porque difficilmente se pode evitar, classifica-se bem como homicídio *qualificado*, e as nossas leis mandam-no punir com a pena capital, ainda que dele não resulte a morte, Ord. liv. 5, tit. 35, § 2; no entanto, assim se deve entender, se aquele que tomou o veneno sofre dano irremediável, porque, se o mal for curável, deve punir-se o envenenador extraordinariamente. O envenenamento *culposo* é punido com pena extraordinária, conforme o grau de culpa. Filangieri, tomo IV, cap. LI, pág. 437; lei 3, § 2, do tit. *ad legem Corneliam de sicariis*; lei 38, § 5, do tit. *De poenis* do Digesto. Sobre os sinais de envenenamento veja-se, querendo, Mr. Doublet na tese *An post mortem physica veneni certitudo difficile comparanda? Recherches sur les signes de l'empoisonnement*, apud Brissot, *Bibliothèque Philosophique*, tomo X, pág. 307, Alberti, *Systema Jurisprud. Medic.*

DO HOMICÍDIO COMETIDO COM ARMAS DEFESAS

§ XVI—O mesmo cumpre dizer daquele que mata ou fere alguém com besta, espingarda, ou qualquer arma especialmente prohibida, conforme dispõe a cit. Ord. liv. 5, tit. 35, § 4, que se deve entender assim. Neste caso, tal como no envenenamento, não se exige, em rigor, que se siga a morte, para haver lugar à pena capital; exigem-se no entanto, tais ferimentos, que deles resulte, para o ferido, dano grave e difficilmente reparável.

Aquele que andava armado para matar um homem, era, segundo a lei *Cornélia sobre os sicários*, punido como se o matasse. Esta lei podia applicar-se naqueles tempos turbulentos de guerras civis, ainda quando não se verificasse qualquer evento; mas hoje que, por mercê de Deus, da Rainha e do Príncipe, disfrutamos de paz e ócio, é supérflua e injusta.

§ XVII—Portanto, devendo só o homicídio *doloso* ser punido com a morte, e o *culposo* com a pena extraordinária (§ IV), facilmente se vê o que há a estabelecer sobre o homicídio cometido em ajuntamento. De facto: 1) se muitos, de comum accordo e caso pensado, fizeram ajuntamento para matar alguém, são todos punidos de morte; 2) se alguém foi morto em rixa nova, e se souber quem foi o que matou, só este é castigado com a pena ordinária, e os outros ao arbítrio do juiz, consoante as circunstâncias; 3) se entre vários cada um desferiu golpes mortais, e não se souber qual foi primeiro a ferir de morte, todos padecem a pena ordinária; 4) se não se sabe quem fez a ferida mortal, ou então, se não houve ferimento mortal, mas o ferido veio a morrer por causa de todas as feridas recebidas em conjunto, por exemplo, devido a grande derramamento de sangue, ficam todos sujeitos a pena extraordinária, Strykio. *Us. mod.*, no § 7 ao tit. *ad legem Corneliam de sicariis* do Digesto; 5) o autor da rixa, se não for autor da morte, não deve ser condenado à pena máxima. Berger, *Dissert. De auctore rixae*, § LX, Boehmero, *Elementa Jurisprudentiæ Criminalis*, Sect. II, cap. XVI, § CCXXII.

O juízo sobre a mortalidade do ferimento deve basear-se, primeiramente, na pessoa do morto, sua robustez, idade, e circunstâncias semelhantes. Daqui resulta que as feridas que num homem robusto não são *absolutamente* mortais (pois estas *sempre* e *necessariamente* tiram a vida a todos), mas o são *acidentalmente*, como é o caso daquelas que por testemunho dos médicos se sabe serem *algumas vezes* curáveis, num homem doente, senil e falho de forças são, em geral, *absolutamente* mortais. Veja-se, querendo, a *Dissertação De letalitate vulnerum* (Sobre a mortalidade das feridas), de Jorge Ernesto Stable, incontestável príncipe dos médicos alemães (Tit. VIII, § XII).

TITULO X

DOS DELITOS MORAIS E POLITICOS

QUAIS OS DELITOS MORAIS E POLITICOS

§ I — Aos bons costumes opõem-se especialmente os delitos da carne, como o *adultério*, o *estupro*, o *incesto*, a *vénus nefanda*, o *lenocínio*, e a *embriaguez*, que por isso se chamam *moraes*; *políticos* são os delitos que atacam a ordem pública e a economia interna da nação. Como nestas expressões se contêm muitas noções, que não pertencem a este lugar e exigem mais demorada explicação, limitar-nos-emos a dar um que outro exemplo, pois o nosso plano não padece a análise de tudo.

Não tomamos aqui os bons costumes, *no sentido filosófico*, ou seja, pelas inclinações da vontade modelada pela verdadeira virtude, mas, *no sentido vulgar*, pelos costumes ordenados segundo as regras do pudor natural. No entanto, a opinião dos *Civenciaes*, que afirmam não ser o pudor um sentimento insito na natureza humana, mas nascido com o estado civil e accito pelos preconceitos de que são imbuídos desde a infância os homens que vivem em sociedade, agrada a muitos filósofos deste século de entendimento mais livre. Porém, basta Montesquieu para os refutar com a seguinte razão, que vem no *Esprit des Loix*, liv. XVI, cap. XII: *Il est de la nature des êtres inielegens de sentir leurs imperfections: la nature a donc mis en nous la pudeur, c'est à dire, la honte de nos imperfections.*

§ II — No direito pátrio e no romano, adultério é a *violação do toro alheio*, Ord. liv. 5, tit. 25, no princ.: *O homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada stever*; Man. tit. 15, no princ.: *todo homem, que fezer adulterio com algũa molher, e que em fama de casada stever*; 'Afons. tit. 7, § 2: *todo homem, que fezer adulterio com algũa molher, sabendo que he casada*; lei 6, § 1, e lei 34, § 1, do tit. *ad legem Juliam de adulteriis coercendis*. No direito canónico, só a *violação da fé conjugal* constitui verdadeiro adultério, Causa XXXII, questão V, cânone 15. E neste direito, é *duplo*, quando cometido por casados, e *simple*s, quando praticado por casado com solteira, ou solteiro com casada.

Neste ponto, como em muitos outros, as nossas leis não seguiram o direito canónico, mas sim o romano. Por isso, segundo a mente de um e outro, a mulher não pode acusar o marido de adultério, nem deve ser punido, no foro externo, com as penas de adultério 1) aquele que conhecer mulher solteira, ou 2) mulher esposada, pois não foi recebida pelos costumes a Constituição de Severo e Antonino na lei 13, § 3, do tit. *ad legem Juliam de adulteriis*; ou 3) aquele que conhecer mulher casada vivendo em prostituição, lei 13, § 2, de igual tit. do Digesto, embora os Imperadores discordem nas leis 22 e 29 do mesmo tit. do Código, António Mateus, *De criminibus*, liv. 48, tit. 3, cap. 1, n. 6, visto que nenhuma consideração merece aquella que publicamente professa a sua torpeza; ou, finalmente, 4) aquele que conhecer mulher honesta e publicamente havida como não casada, Ord. cit. *ibi*: *mulher casada, e que em fama de casada stever*. De facto, são conjuntamente necessários estes dois requisitos: que esteja unida em matrimónio, e que a opinião e fama pública a considere casada. Gama, *Decisio* 169.

§ III — A pena do adultério é a capital tanto no adúltero como na adúltera, Ord. liv. 5, tit. 25, no princ., e § I, Man. 15. Para que esta pena tenha lugar, requerem-se várias coisas: 1) dolo e conhecimento do matrimónio; 2) *verdadeiro* matrimónio, contraído de direito ou de facto, e publicamente reconhecido, Ord. liv. 5, tit. 26, no princ., porquanto não basta o *putativo* para a pena ordinária, segundo a mesma Ord. § I; 3) consumação, provada por confissão de ambos os réus, e gravidez, Strykio, *Us. mod.*, no § IV ao tit. *ad legem Juliam de adulteriis*, porquanto parece que a pena ordinária foi imposta a este crime pelo medo de parto suposto. Há ainda muitas outras causas que fazem cessar a pena ordinária e dão lugar à extraordinária, como, por exemplo, se o cônjuge adúltero abandonou a adúltera, se o cônjuge que acusa o outro de adultério se acha incurso no mesmo delicto, ou se o cônjuge estiver impedido por longa moléstia de cumprir o seu dever conjugal, e outras circunstâncias excogitadas pelos Intérpretes para diminuir a gravidade desta pena, se não de direito, pelo menos humanamente.

Não interessa saber a pena que as leis dos Romanos e outros povos applicavam ao adultério. No nosso direito, o adultério voluntário ficava quase impune, e não se sujeitava a quaisquer penas legais, mas tão somente à vindicta particular; isto até ao tempo d'El-Rei D. Dinis, como consta da sua lei especial, dada em Lisboa a 9 de Setembro do ano 1340 da Era, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 12. Seu filho D. Afonso IV ab-rogou esta lei, e puniu o adultério, posto que livremente cometido, se o réu fosse nobre, com a perda dos bens que o adúltero recebera do Rei, e, se não fosse nobre, com a morte, Ord. Afons. liv. 5, tit. 7, § 2, *ibi*:: *Porque somos certo, que em tempo dos Reyx, que ante nós foram, e nosso ataa ora se usou nos nossos Regnos, que por fazerem alguã adulterios com mulheres alheas nom lhes davam porem penas de justiça, salvo se alguã levavam essas mulheres alheas donde as tinham seus maridos, para fazerem com*

ellas adulterio, segundo he contheudo em huã ley, a que sobre esto fez El-Rey Dom Donis nosso Padre, a que Deos perdoe; e nós, por tolher este mal, que he muy grande, e outros muitos males, que se ende seguem, pelos usos e costumes, que sobre esto as nossas justicas ataa qui guardaram, avuido conselho com a nossa Corte, e com Prelados, e com homens fidalgos de nosso Senhorio, estabelecemos e poemos por ley, que daqui em diante todo homem, que fezer adulterio com alguã molher, sabendo que he casada, se for homem Fidalgo, que tenha maravids de nós, ou de rico homem, por seer seu vassallo, perca o que de nós, ou de rico homem tiver, e quanto ouver, e seja daquelle, a que fez o torto; e seja deitado de nosso Senhorio: e se per ventura aquelle, a que o torto for feito, nom quesser estes bezs, ajaos a Coroa do Regno. E se for outro homem que esto fezer, moira porem. Mas nas leis posteriores estabeleceu-se, indiscriminadamente, a pena capital, tendo, porém, que haver mandato especial d'El-Rei, para ser applicada aos nobres. No entanto, esta pena num crime, que tem descuiça na própria natureza, parece mais severa do que é justo. Filangieri, tomo IV da edição de Nápoles, 1783, liv. III, cap. XLVII, tit. VI, P. II, etc...

E A PENA CIVIL

§ IV — Além disso, os bens da mulher condenada à pena ordinária de adultério ficam a pertencer ao marido, se não houver filhos legítimos ou naturais que lhe possam succeder, Ord. liv. 5, tit. 25, §§ 6 e 7 no princ.; mas também, se não se provar o adultério e a mulher for absolvida, fica ela com todos os bens do marido, se não houver filhos, Ord. cit. § 7, vers. *E se a mulher for absoluta*. No direito romano, o adúltero também perdia para o ofendido a doação *propter nuptias*, (feita por razão do matrimónio) lei II, § 3, do tit. *ad legem Juliam de adulteriis*, lei 8 do tit. *De repudiis* do Código, Novela II7, cap. 8.

§ V— Ora, como este delicto envolve muito principalmente injúria particular para o marido, só a este, e a mais ninguém, é permitido acusar a sua mulher de adultério, Ord. liv. 5, tit. 25, § 3. Não são, portanto, admitidos a acusar, o pai, os irmãos, os parentes, ou quaisquer estranhos; e nem o próprio juiz pode tirar, officiosamente ou a requerimento, quaisquer devassas gerais ou especiais sobre esta matéria, Ord. cit. § 3, Alvará de 26 de Setembro de 1769. Exceptua-se o adultério *duplo*, que é o cometido com judeu, mouro, parentes ou afins em grau proibido, o qual quem quer pode acusar, Ord. cit. § 2, vers. *E sendo*, e § 3, vers. *salvo mostrando-se*.

Esta excepção não pode ter lugar hoje, depois do citado Alvará de 26 de Setembro de 1769, que declara totalmente nula e irrita qualquer acusação que não for feita a pedido do marido. De facto, a razão da regra e proibição geral, que visa a eliminar as discórdias particulares e defender a honra das famílias, vigora igualmente na excepção. Na citada Ordenação chama-se adultério *simples* o que resulta do simples ajuntamento adulterino, e *duplo* o que resulta do ajuntamento qualificado com judeu ou parentes; no direito canónico é diferente o significado de matrimónio *simples*.

TAMBÉM SÓ O MARIDO PODE PERDOAR ESTE DELITO A ADÚLTERA, O QUE TAMBÉM APROVEITA AO ADÚLTERO

§ VI— Ora, porque o adultério contém principalmente injúria particular (§ V), segue-se daí que só o marido pode perdoar o delicto à mulher, ainda mesmo depois da sentença condenatória, caso em que o delicto se diz extinto em favor do matrimónio, sendo logo solta a mulher e absolvida de toda a culpa e pena, quer o adultério seja *simples*, quer seja *duplo*, Ord. liv. 5, tit. 25, §§ 2 e 4 no fim. O perdão dado à mulher também aproveita ao adúltero, pois livra-o da pena ordinária,

embora o não isente de toda a pena, mesmo que o perdão lhe seja expressamente concedido, Ord. cit. § 4. Seja, porém, qual for o modo por que se faça a remissão, ou expressamente por escritura ou testemunhas, ou tácitamente, por exemplo, por admissão da adúltera à cama e mesa, o perdão aproveita à mulher e com ele extingue-se a acusação, seja o perdão puro ou condicional. Gama, *Decisio* 368; Barbosa, nos nn. 13, 14 e 15 da P. I dos comentários à lei 2, no princ., do tit. *Solutio matrimonio* do Digesto. Também se deve admitir a transacção no próprio adultério (Institutas, tit. *De obligationibus et actionibus*; Tit. II, §§ XIII e XIV).

Exceptua-se, na Ord. cit., § 2, vers. *E isto*, o adultério *duplo*, isto é, o praticado com judeu ou parente, pois que então o perdão do marido livra realmente a mulher da pena de adultério, mas não da pena de incesto, podendo ser punida por isto. No entanto, esta excepção, como já acima advertimos na Nota ao § V, não tem lugar após o Alvará de 26 de Setembro de 1769. A razão é porque tal incesto não pode ser separado do adultério, nem a mulher ser acusada de incesto, sem que seja declarada adúltera na mesma acusação, o que não é admitido nem pelo nosso direito, se o marido ignorar e contrariar, nem pela honra devida ao pai de família.

SE O MARIDO MORRER ANTES DA LIDE CONTESTADA, EXTINGUE-SE A ACUSAÇÃO

§ VII— Também se extingue a acusação de adultério com a morte do marido antes da lites-contestação, Ord. liv. 5, tit. 25, § 5. Não assim, se a morte se der após a contestação da lide, caso em que a acção é prosseguida pelo pai, irmão e outros mencionados na lei 30 do tit. *ad legem Juliam de adulteris* do Código, e officiosamente pelo juiz, na mesma Ord., Barbosa, lugar citado, nn. 116 e 117.

A Ordenação cit., § 5, foi tirada da Deliberação do Senado de Lisboa de 11 de Março de 1558, apud Leão, p. 3, tit. 1, lei 15, que

se fundamenta no direito romano, atento o qual as acções penais, uma vez contestadas pelas pessoas principais, passam aos herdeiros e conta os herdeiros, no fim do § 1 do tit. *De perpetuis et temporalibus actionibus* das Institutas. Esta doutrina, se bem que verdadeira neste direito, visto ele admitir na acusação de adultério não só o marido, mas também outras pessoas que lhe são unidas pelo sangue, não pode applicar-se ao nosso, que só recebe a acusação do marido. Ora, se a faculdade de acusar, em vivendo o marido, só a este se concede, como é que — pergunto eu — após a sua morte pode ser concedida a outro? E não há que fazer distinção alguma entre estar ou não a lide contestada, porquanto é numa mera subtilidade que se apoia a razão civil de que em juízo se faz um quase contrato e daí nasce uma nova obrigação que passa ao herdeiro.

A VINGANÇA PARTICULAR E PERMITIDA AO MARIDO

§ VIII — Além disso, concede-se ao marido a vingança particular e a faculdade de matar a adúltera, e também o adúltero, se este for de condição mais baixa, apanhados em adultério em sua casa ou noutro lugar, assim como também a faculdade de levar consigo amigos e companheiros que o ajudem, Ord. liv. 5, tit. 38, no princ., e §§ 1 e 5, Man. 16, Afons. 18. Porém, esta faculdade apenas foi dada ao marido; e, por isso, não pode o pai exercê-la sobre a filha, que se liberta do seu poder com o matrimónio, ao contrário do que se dá no direito romano, leis 20, 21 e 22, §§ 2 e 4, lei 23, no princ., lei 24, no princ., e § 1, do tit. *ad legem Juliam de adulteris*; também não pode o marido concedê-la ao pai, ao filho, e a outros, embora possa utilizar a sua companhia; a razão é porque os poderes extraordinários que a alguém competem por direito especial, não podem ser cedidos e entregues a outros.

Creio não haver hoje ninguém entre nós que ouse defender a sério a Ordenação citada. Com efeito, em primeiro lugar, nela considera-se não só impune no foro externo, mas honesta e lícita, a morte do

adúltero e da adúltera, o que não é assim. Covarrúbias, *De matrimonio*, p. 2, cap. 7, § 7, n. 15. Depois, que há de mais inepto que que aquela distinção entre nobres e plebeus? Como se não fosse igual para todos os homens o direito de vingarem as suas injúrias, ou os plebeus tivessem a obrigação de tolerar pacificamente as ofensas que os nobres lhes façam! E que dizer da faculdade de matar impunemente os adúlteros apanhados, não direi já em sua casa ou na própria torpeza, caso este em que (admito) facilmente se desculpará o marido, pois é difficilimo coibir uma dor justa, mas com intervalo, em qualquer lugar e tempo? E que dizer, para mais, do direito de chamar homens, posto que insolentes e malvados, para ajudarem a matar a mísera mulher e o adúltero, como se estes fossem feras, contanto que esses homens não sejam inimigos dos adúlteros? Além disso, concede o § 2 daquela Ordenação que o marido, que achar e matar os adúlteros em flagrante, fique com todos os bens da mulher; porém, medeando tempo, sòmente ficará com os bens adquiridos na constância do matrimónio. Barbosa, no n. 63 dos comentários à lei *Si ab hostibus* 10 do tit. *Solutio matrimonio* do Digesto, dá-nos a razão desta diferença, mas eu não a entendo bem, visto que, quer a morte da mulher seja feita logo e acto contínuo, quer com intervalo, é feita por permissão da lei. Seja, porém, como for, o certo é que a lei neste caso dá um prémio pela perpetração do *uxoriciídio*, e dá-o em prejuizo dos herdeiros que deviam succeder ab intestado.

A BIGAMIA E SUA PENA

§ IX — O crime de *bigamia simultânea* é uma espécie de adultério, e leva à pena de morte, Ord. liv. 5, tit. 19, no princ., Man. 19, Afons. 14. Comete pròpriamente bigamia aquele que, em vivendo o outro cônjuge, casa e conhece outra com mau dolo; por isso, o cônjuge menor de vinte e cinco anos, ou o maior, que de boa fé e por erro, ou justa ignorância, casar segunda vez, ou o nobre que casar clandestinamente com mulher de condição inferior ainda em vida da primeira, será punido com pena extraordinária, ou pelo menos não sofrerá

a ordinária sem mandato especial do Rei, Ord. cit. § 1 (Instituições, Do direito das pessoas, Tit. V, § XII).

A pena capital foi imposta a este crime pela lei que D. Dinis deu em Lisboa a 11 de Agosto do ano 1340 da Era, e dela foi tirada a Ordenação citada, no princ.. Mas, como esta pena é excessivamente dura, D. Duarte foi o primeiro a determinar que não pudesse ser dada à execução sem conhecimento d'El-Rei, dando assim origem ao § 1 da dita Ordenação. Por ser este, segundo a Ord. liv. 2, tit. 9, um dos crimes *mixti-fori*, tem nele lugar a prevenção, Decreto de 26 de Maio de 1689, apud Ord. liv. 5, tit. 19, Coleção II, N. 1. Todavia, pelas leis especiais da Inquisição confirmadas por D. José I em forma específica, como pode haver aqui questão sobre a validade do sacramento do matrimónio, o seu conhecimento pertence somente aos Inquisidores da fé, e é punido com pena extraordinária; e este direito usamos. Entre os romanos não tinha pena certa e determinada. Thomásio, *De crimine bigamiae*, § LXX.

ESTUPRO

§ X — Do *estupro violento* não cabe falar aqui (Tit. IV, §§ XVI e XVII). Quanto ao *estupro simples voluntário*, após a Lei de 6 de Outubro de 1784, § 9, usamos o seguinte direito: 1) a virgem maior de 17 anos que sofreu estupro não violento, ou a viúva honesta da mesma idade, não pode intentar nenhuma acção criminal contra o estuprador, nem acção cível para o dote ou casamento, visto que ao que consente e quer nenhuma injúria se faz; 2) no entanto, a pedido dos pais, tutores, curadores e irmãos, o estuprador pode ser condenado, apenas criminalmente, ao arbítrio do juiz, e numa pena não inferior a cinco anos de exílio para África ou Ásia; por consequência, 3) o juiz, oficiosamente, não pode conhecer deste crime, nem tirar sobre ele devassa alguma, conforme determina a dita Lei, nas palavras: *à qual só se procederá a requerimento dos pais, tutores, curadores... e irmãos*; 4) porém, aquele que corromper uma donzela menor de 17 anos, pode ser querelado,

tanto a pedido dela como dos pais, e é desterrado para África ou Ásia, e obrigado, conforme a sua qualidade, a dotá-la somente, e não em rigor a casar com ela. Portanto, as penas muito graves estabelecidas contra os estupradores na Ord. liv. 5, tit. 23, Man. liv. 5, tit. 23, Afons. tit. 9 e 10, e por D. José I na Carta de Lei de 19 de Junho de 1775, não estão hoje em vigor.

Não encontro, porém, no nosso direito nenhuma pena para as virgens estupradas. O mesmo digo do direito romano, visto que a lei 20 do tit. *ad legem Juliam de adulteriis* do Código deve entender-se apenas daquelas mulheres que com o pudor também perderam a vergonha, e se lançam livremente em ligações amorosas, e por modo nenhum daquelas que, sendo débeis para resistir às carícias, sucumbiram à primeira culpa com alguma opposição. Na realidade, os cuidados da gravidez, as dores do parto, o encargo de sustentar o filho, e a mancha, que justa ou injustamente as acompanha, e lhes tira a esperança de um casamento honesto, afligem tanto estas pobres mulheres, que certamente já bastam para castigo, como bem diz Püttman, na Dissertação XII intitulada *Leges ineptae criminum causae* (As leis ineptas são causas de crimes). (Merece integral leitura a Oração que Polli Baker fez sobre este tema, e vem em Raynaldo, *Histoire Philosophique et Politique*, tomo VIII, liv. XVII, § XXI). Nestes termos, eu entendo a Ord. liv. 4, tit. 88, § 1, e a citada Carta de Lei de 19 de Junho de 1775, pelas quais as filhas-família voluntariamente estupradas são privadas da herança paterna e alimentos, como applicáveis somente àquelas que levam vida de meretrizes e vivem em concubinato público (Instituições, Do direito das coisas, tit. V, § XLIII, n. 13).

VÁRIAS ESPÉCIES DE ESTUPRO

§ XI — Contém, no entanto, especial torpeza, merecendo, por isso, punição mais grave, o estupro cometido pelo juiz na pessoa de donzela que perante ele requer o seu direito, Ord. liv. 5, tit. 20; o estupro cometido em mulher doutra seita e religião, tit. 14; o praticado por um escravo na filha, irmã,

parente, ou escrava daquele com quem vive, tit. 24; o praticado pelo tutor na menor confiada à sua fé, tit. 21; ou o perpetrado no Paço, tit. 16. Porém, as Ordenações citadas punem estes delitos com penas mais severas do que é justo, devendo, por isso, ser hoje inteiramente ajustadas à letra e espírito da Lei que a Rainha Fidelíssima promulgou em 6 de Outubro de 1784.

Difere do estupro a *vaga vénus e simples concubinato*, que não é mencionado nos três Códigos públicos do Reino, não sendo, por isso, punido com penas externas; e até se acha escrito no Código Afonsino, liv. 5, tit. 24, § 1: *e de mais seer outorgado em direito, que os homees solteiros podem teer barregaãs, e ainda que os filhos, que dellas nadem, herdaram os beês dos Padres; e per tal costume se daa osança, que as ditas molheres roubarom esses, com que vivem, do que teem, pois que per tal costume lhes nom ha de seer demandado; e ainda se virom pera os homees com engano desto: seja vossa mercee revogar tal costume: ca maior dafno he roubarem o alheo, e perigo das suas almas, que viver hum solteiro com huã solteira em ajuntamento carnal*. E assim se deve entender, não porque tal concubinato seja lícito à face do direito natural ou civil, mas porque não constitui um verdadeiro delito prejudicial à República e aos cidadãos, mas sim um pecado permitido e tolerado na sociedade por razões políticas e para evitar um mal maior. Porém, o concubinato *qualificado*, qual o de mulher com homem casado, ou o sacrilego com clérigo ou monge, é punido com multa, desterro, e outras penas, Ord. liv. 5, tits. 27, 28 e 30, tirada da lei que D. João I deu a pedido dos Bispos nas Cortes de Braga de 1439 da Era, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 19 (Instituições, Do Direito Público, Tit. V, § XLVIII). Os *ruffiães*, isto é, os que têm mulheres na prostituição e participam do seu lucro, são castigados com exílio para África e açoites, Ord. liv. 5, tit. 33, Man. 30, Afons. 22. Vide Mably, *Princípios de Morale*, tomo X, liv. III, págs. 345 e seguintes.

INCESTO

§ XII — O incesto do direito das gentes entre ascendentes e descendentes é punido com a pena de fogo, Ord. liv. 5, tit. 17,

no princ., Man., 13; o do direito civil, com irmã, nora, ou madrastra, com a morte natural, Ord. cit., § 1; o perpetrado com tia, irmã do pai ou mãe, prima co-irmã, ou outros consanguíneos em grau mais remoto, com degredo temporário para a África ou Brasil, §§ 2 e 3 da referida Ordenação, a qual hoje também deve ser mitigada segundo o espírito da Carta de Lei de D. Maria I. Sobre o incesto não existe título especial na Ordenação Afonsina.

VENUS NEFANDA

§ XIII — A *vénus nefanda*, que nada aproveita conhecer, dá-se quando o sexo perde o lugar, ou a união sexual se muda em outra forma, como dizem os imperadores Constâncio e Constante na lei 31 do tit. *ad legem Juliam de adulteris*, e é punida pelas nossas leis com a pena de fogo, perda de bens, mesmo havendo filhos, e com a infâmia, que se estende aos próprios filhos e netos, Ord. liv. 5, tit. 13, no princ., e § 1, Man. 12. Neste crime admitem-se denúncias secretas, tormentos, testemunhas singulares, cujos nomes e depoimentos fica ao arbítrio do juiz manifestar; depois, dá-se prêmio ao delator, e promete-se impunidade ao que delatar o companheiro de sua torpeza; e, finalmente, determina-se que todos acusem, sob pena de confisco de bens, aquele que souberem tê-lo desta nefanda paixão, Ord. cit., §§ 4, 5, 7, 8 e outras com réu lugar no crime de lesa-majestade. Os que cometem este crime com alimárias, são queimados vivos, mas os seus filhos não incorrem em injúria nenhuma, nem perdem os bens paternos, na mesma Ord. § 2; e, assim, a chamada *sodomia de género* é pela referida Ordenação punida mais brandamente que a *sodomia de sexo* como se fora um delito mais leve (quando é muito mais grave). E a que se comete sem coito torpemente e contra a natureza, é castigada com degredo de galés, § 3; e mais graves penas lhe foram estabelecidas pela Extravagante

de 12 de Outubro de 1606, apud Ord. cit., Colecção I, N. 2. (Tit. I, § XXIX).

A prática da sodomia masculina, como era quase desconhecida da nossa gente, não se acha proibida pelas leis antigas até D. Afonso V, que foi o primeiro que lhe impôs a pena de fogo, na Ord. liv. 5, tit. 17. D. Manuel, na Ord. cit., considerou esta ligação monstruosa como crime de lesa-majestade, do qual civilmente se diferencia muito, passando, assim, para este nefando crime, que parece ter qualquer desculpa, as disposições especiais que, com justiça ou sem ela, vigoravam no de lesa-majestade. Porém, depois Filipe II, em seu Código, tit. 13, não só o seguiu, mas até o superou de longe em tamanha crueza de penas. De facto, as penas de fogo, confisco de bens, e infâmia sobre filhos e netos, são totalmente injustas e cruéis (Tit. I, §§ XV e XXIX). Do ajuntamento com animal não há menção nenhuma no Código Afonsino, mas somente nos posteriores; todavia, nestes não se decreta o vivicombúrio contra o animal, visto que este não é capaz de qualquer pena, mas só sobre aqueles que praticassem semelhante vergonha. No direito divino, *a mulher, que pecar com qualquer animal, será moria juntamente com ele*, Levítico, XX, 15 e 16, Agostinho, no liv. *Quaestiones ad Leviticum*, transcrito por Graciano na Causa XV, questão I, cânone 4, Berard, *in canon.*, P. III, cap. XXIX, Sect. I, Renazzi, *Elementa Jur. Crimin.*, liv. I, cap. VII, § X, Pastoret, P. II, cap. III, Art. VI, tomo I, e no livro *Moïse considéré comme Législateur et comme Moraliste*, cap. V, § IV, pág. 442. Outros exemplos tirados das leis de Drácon e Sólon, dar-vos-á Pardulfo Pratejo, *Jurisprud. veter.*, apud Otto, tomo IV, pág. 381, e o próprio celeberrimo Jurisconsulto, *De tutela viarum*, pág. 469. Embora este crime seja *mixti-fori*, o seu conhecimento pertence aos Inquisidores do Santo Ofício, onde é mais suavemente punido que no juízo secular, Alvará de 18 de Janeiro de 1614, apud. cit. Ord. Colecção I, N. 1.

LENOCINIO

§ XIV — Aqueles que têm esposas *mercáveis*, como primos-rosamente diz o Jurisconsulto na lei 5 do tit. *De conditione*

ob turpem causam do Código, são açoitados, enfeitados com coroas de cornos, e degradados para sempre para o Brasil, Ord. liv. 5, tit. 25, § 9, Man. 15, § últ. Incorrem quase na mesma pena os que também têm filhas *mercáveis*, e não hesitam em prostituir a sua pudicícia, Ord. liv. 5, tit. 32, § 4, Man. 29, assim como os que alcovitarem freiras, virgens, ou viúvas honestas, Ord. cit. no fim do princípio, e § 1. Os que solicitarem mulheres alheias, ou a filha ou irmã daquele com quem viverem, ou alguma cristã para judeu ou homem de outra seita, são condenados à morte, na mesma Ord. tit. 32, no princ., e §§ 2 e 3. A pena ordinária só tem lugar no lenocínio *questuário*, isto é, no praticado por dinheiro, porquanto o *gratuito*, ou intentado, destituído todavia de fim e efeito, é punido com pena extraordinária, como a de degredo, segundo a muitas vezes citada Ord. tit. 32, § últ.

Este detestável crime, que causa o maior detrimento ao género humano, ficou impune, nas leis públicas, até D. Afonso IV, que foi o primeiro a punir os proxenetes e as alcoviteiras com a perda de bens e açoites, impondo-lhes, porém, em caso de reincidência a pena capital, Ord. Afons. liv. 5, tit. 16. D. João I estabeleceu-lhe penas mais severas referidas na mesma Ord. § 2, donde foram tiradas as Ordenações posteriores, que, devido à sua excessiva dureza, pois são desproporcionadas ao delicto, não estão em uso (Tit. I, § XXIX), sucedendo até (o que é lamentável) que actualmente um crime desta grandeza e qualidade não é punido com as penas justas e devidas por causa da lassidão dos costumes que vão de mal a pior. O lenocínio *gratuito* não faz perder a nobreza, Ord. liv. 5, tit. 32, § 4; não assim, o *questuoso*, Ord. liv. 5, tit. 138, § últ. Estas Ordenações assim se devem entender. Doutro modo entende Valasco, *Adlegatio* 13, n. 122.

EMBRIAGUEZ

§ XV — A *simples embriaguez* não é crime político ou civil, mas crime moral. Aos embriagados deve perdoar-se totalmente, ou atenuar, ou aumentar a pena ordinária do

do delicto que cometerem? Eis uma questão que as nossas leis não resolvem. Varia a opinião dos filósofos e legisladores nesta matéria (Tit. I, § VI, n. 2).

DELITOS POLITICOS

§ XVI — O facto que não ofende directamente a sociedade nem os cidadãos, mas pode ofendê-los pelas suas consequências, sendo, por isso, proibido pela lei, chama-se *delito politico* (delito de policia), de que há mais de uma espécie (§ I deste Título). Sendo estes factos só em si e por sua natureza innocentes e lícitos (exceptuado aquelle que fere os bons costumes e o pudor), são impunes, à falta de lei que os proíba; no entanto, bem podem os governantes proibi-los, se constituírem grande perigo para a nação. É o caso de todas as leis que proíbem a ociosidade, o jogo, a mendicidade, o luxo, o uso de armas e outras coisas que obstam a um sistema económico-jurídico bem ordenado.

Apraz-me explicar apenas com um ou outro exemplo, de harmonia com o plano do meu trabalho, esta matéria, que desejava um tratado mais vasto. Os mendigos válidos que pedem sem licença d'El-Rei ou do Intendente-Geral da Policia, são presos, Ord. liv. 5, tit. 103, Alvará de 25 de Junho de 1760, §§ 18 e 19. Os ociosos são castigados, conforme a sua qualidade, com as penas de prisão, degredo e açoites, Ord. tit. 68, e semelhantes. O homem que se vestir com trajo de mulher, e a mulher com trajo de homem, e os que nos espectáculos e dias de festa andarem mascarados, são açoitados, degredados, e multados, Ord. liv. 5, tit. 34. Penas mais graves applicam-se aos que usam armas prohibidas, Ord. tit. 80, Pragmática de 24 de Maio de 1749, cap. 14, e Alvará de 21 de Abril de 1751. Porém, estas Ordenações serão sempre frustres e inúteis para eliminar o ócio e a mendicidade, se não se fornecerem publicamente meios mais fáceis com que os homens possam com o suor do seu rosto obter o necessário à vida. É que estes males não são vícios naturais dos homens, mas provenientes de causas extrínsecas. Filangieri, tomo IV, cap. XLVII, tit. VII.

(Continua)

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CRIMINAL PORTUGUÊS

LIVRO ÚNICO

TÍTULO XI

DOS QUASE DELITOS

O QUE É UM QUASE DELITO

§ I — Até aqui falámos dos *verdadeiros delitos*, aos quais se opõem os *quase delitos*, isto é, os factos ilícitos cometidos sem dolo, e só por culpa (Tit. I, § III). Portanto, ao facto ilícito doloso chamam os Jurisconsultos *delito*, e ao facto ilícito culposo, *quase delito*, § 3 do tit. *De lege Aquilia* das Institutas. Pode-se notar esta diferença nas nossas leis, Ord. liv. 4, tit. 76, § 5.

DIFERENÇA ENTRE CULPA E DOLO

§ II — *Há culpa* (para usarmos as palavras de Grócio no *De jure belli ac pacis*, liv. III, cap. XI, § IV, n. I) *naquele que age sem verdadeiro conhecimento e vontade*, e dolo *naquele que não age verdadeiramente ignorante ou contrariado*; daí atribuir-se o dolo ao crime, e a culpa à imprudência. Por isso, no dolo há sempre mau propósito de delinquir, ao passo que a culpa resulta da preguiça, negligência ou leviandade, que sempre acompanha a imprudência.

Aristóteles, *Moralia*, liv. V, cap. X: *Se se causar um dano contra o que era de esperar, haverá infortúnio. Mas, se esse dano dalgum modo se podia esperar e prever, e isso se não fez com intenção inocente, ha-*

verá alguma culpa. De facto, é culpado aquele que tem em si o princípio de agir, e infeliz aquele que o não tem. Bem diz igualmente Séneca no *De ira*, I, 16 (1): *Não punirá* (as mais das vezes) *com a mesma pena duas pessoas responsáveis pelo mesmo delito, se uma pecou por negligência, e a outra com a vontade deliberada de fazer o mal.*

GRAUS DA CULPA

§ III — Há umas culpas mais graves que outras, sendo tantos os seus graus quantos os da diligência. Os intérpretes do direito romano dividem-na em *lata*, *leve*, e *levíssima*, consoante a diligência a que se opõe, é *mínima*, isto é, *ínfima*, *média*, e *máxima*. Vinnio, no § 2, n. 7, etc.... ao tit. *Quibus modis re contrahitur obligatio* das Institutas, aos quais se deve juntar o Genuense, *De jur. et offic.*, liv. I, cap. IV, § XVII. Mas o que se deve pensar desta divisão e dos exemplos com que costuma ser ilustrada, já o dissemos noutra lugar, nas nossas Instituições, liv. IV, tit. III, § V, Nota. Aqui apenas cabe perguntar: devem os quase delitos ser punidos mais severa ou brandamente, conforme a gravidade, qualidade e diferença das culpas? Cumpre responder com total afirmativa. O mesmo se deverá dizer dos verdadeiros delitos, conforme o grau de maldade.

Nos delitos e quase delitos há que ver sempre se se agiu com propósito, se com ímpeto, e, sobretudo, se foi uma dor justa, e uma causa justa ou provável que concitou esse ímpeto, lei II, § 2, do tit. *De poenis*. Com efeito, como diz Cícero no *De officiis*, I, § VIII, *os delitos que sucedem por algum movimento repentino são mais leves que os praticados com mediação e preparação.* E Platão no *De legibus*, Diálogo XI: *Convém impor penas maiores àqueles que de caso pensado mataram com ira, e mais leves aos que agiram de repente e impensadamente.* Na verdade, deve punir-se mais asperamente o delito que corresponde a um mal mais grave, e mais suavemente o que corresponde a um mal mais leve (Tit. I, § VI).

(1) Aliás, 19 (Nota do Tradutor).

§ IV — É também fora de toda a sorte de dúvida que não se devem punir do mesmo modo a injúria, isto é, o delito praticado por homens malvados com mau dolo e acinte, e a culpa originada pela imprudência. Por esta razão estou quase em entender que nos delitos cometidos por culpa e negligência somente pode ter lugar a pena pecuniária, e não a afflitiva de corpo, salvo se esta estiver extraordinariamente estabelecida em lei especial. António Mateus, no cap. IV, n. II, ao tit. *De poenis*, Renazzi, *Elem. Jur. Criminal.*, liv. I, cap. VI, § IV.

O ACASO NÃO RESPONSABILIZA NINGUÉM

§ V — Todos os delitos que acontecerem por acaso nenhum juízo humano pode prever, não podem ser imputados aos homens, mas *atribuem-se*, como diz o Poeta, *à fortuna que os maltrata*. Por isso, adverte Túlio nas *Tusculanas*, III, 16, *que não há culpa nenhuma, quando acontece aquilo que não pode ser regulado pelo homem* (Tit. I, § VI). Daqui o velho e célebre oráculo grego: *Mataste uma pessoa querida, quando querias socorrê-la; não cometestes nenhum crime; a tua mão ficou mais pura que antes.*

No entanto, a morte, embora dada por caso fortuito, não ficava antigamente impune de todo. Samuel Petit, nos coment. ao *Jus Atticum*, liv. VII, tit. I, recolheu esta lei de Platão e Pausânias: *O que matar outro por caso fortuito, será exilado da pátria durante um ano.* Sobre os Romanos deve ver-se Quintiliano, *De institutione oratoria*, liv. VII, cap. IV. Mas tais penas não se applicavam por causa do delito, antes eram prescritas para que os homens o detestassem, se acautelassem melhor, e se precavessem em seus actos. Também nos antigos cânones da Igreja, que António Agostinho coligiu no liv. XXXV, tit. 6, se acham penas impostas ao homicídio fortuito, para que aquele que com

facto seu, ainda que involuntário, levou outros a pecar, os chamasse com o testemunho da penitência e emenda à reforma de suas vidas. Gonzalez, ao cap. 2 do tit. *De homicidio*, n. 13.

SALVO SE FOR ACOMPANHADO DE CULPA

§ VI — Mas se o caso fortuito foi acompanhado de culpa, ou por esta originado, já não deve ser atribuído à fortuna, mas àquele que não se acautelou o bastante, como se impunha, ou se aplicou em coisa ilícita, o que não é permitido, ou em coisa lícita, mas inoportunamente. Por conseguinte, não será totalmente isento do crime que daí se seguiu, pois se presume que delinuiu por culpa sua; e neste sentido é verdadeiro aquilo que Marciano ensina na lei II, § 2, do tit. *De poenis: que até por acaso se delinquit*.

Para ilustrar esta matéria, costuma-se aduzir estes e outros exemplos semelhantes que têm fundamento no direito natural e civil. O atleta, que no estádio matou casualmente o seu competidor, deu causa ao acaso com culpa sua, pois devia proceder de forma a prostrá-lo e vencê-lo, e não a matá-lo, lei 7, § 4, do tit. *ad legem Aquilianam*. Aquele que expulsou dum campo o rebanho do vizinho, acontecendo com isso que os animais aterrorizados caíam por acaso numa cova e pereceram, não está livre de culpa, porque se empenhou numa coisa ilícita. O soldado, que divertindo-se a atirar setas em tempo de vigília, ou em lugar não destinado a tal exercício, atravessou um transeunte, é responsável pelo caso, pois está em culpa, visto se ter dedicado a uma coisa, lícita é certo, mas em tempo e lugar indevidos, § 4 do tit. *De lege Aquilia* das Institutas. Igualmente, o podador que arrojando um ramo do alto de uma árvore matou um passante, se o fez junto dum caminho público, e não gritou para que se pudesse evitar o caso, é réu de culpa, § 5 de igual tit. das Institutas.

É UM QUASE DELITO O FEITO DO JUIZ QUE FAZ SUA A LIDE

§ VII — Embora todos os malefícios cometidos se possam chamar, perfeitamente, quase delitos, no entanto tomam espe-

cialmente este nome: 1) o feito do juiz que faz seu o pleito, isto é, que julga mal, não por dolo e vil interesse, caso em que cometeria verdadeiro delicto, mas por imperícia e ignorância, no princ. do tit. *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* das Institutas. Por isso é que, se julgou por imperícia contra o direito expresso e as Ordenações alegadas, é condenado a pagar vinte cruzados, e suspenso de seu officio, Ord. liv. I, tit. 5, § 4. Pode ainda ser condenado nas custas do processo consoante o grau da culpa e negligência, Ord. liv. I, tit. 65, § 9. Valasco, *Consult.* 26, e ser acusado tanto cível como criminalmente, por acção *ex judicatu* (de coisa julgada), Ord. liv. I, tit. 60, Man. 41 e 42, Afons. 24. Além disso, todos os juizes são obrigados a tirar officiosamente devassa dos actos e procedimentos dos seus antecessores dentro dos dez dias seguintes aos de suas posses, Ord. cit. tit. 65, §§ 39 e seg. (Tit. V, § XI). Vide Heraldio, *De rerum judicat. auctoritate*, liv. I, caps. VII e VIII, Thomásio, *De iudice male judicante*.

DOUTROS QUASE DELITOS

§ VIII — Depois são obrigados por quase delicto, não no dobro do prejuízo causado como no direito romano, mas no simples e verdadeiro valor da coisa, o dono ou o inquilino, pelas coisas que lançarem ou derramarem os seus subordinados, libertos e fâmulos que com eles habitarem, § 1 do tit. *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* das Institutas; pelas coisas suspensas e colocadas sobre um lugar de passagem vulgar, se disso resultou prejuízo para alguém, lei 5, § 6, do tit. *De his qui effuderint vel dejecerint*. Os médicos são responsáveis pela imperícia no medicar, § 7 do tit. *De lege Aquilia* das Institutas, lei 6, § 7 do tit. *De officio Praesidis* (Tit. IX, § III). (Entre nós não há lei nenhuma contra os médicos e a sua imperícia. No Código Visigótico, liv. XI, tit. 1, lei 6, estabeleceu-se

a pena capital contra a imperícia dos médicos, e manda-se entregar imediatamente o médico aos parentes dos doentes, *para que estes possam fazer dele o que quiserem*. Definem-se os seus honorários, ou melhor o seu salário, e muitas outras coisas dignas de serem recebidas entre nós). Os estalajadeiros são responsáveis apenas pelo dano que os seus criados fizerem nas coisas dos viandantes, e não pelo causado por estranhos, pois neste caso são obrigados não pelo quase delicto, mas pelo quase contrato, § ult. do tit. *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* (Instituições, Das obrigações e acções, Liv. IV, Tit. IV, § IX). As leis pátrias não têm título especial sobre estes delictos, os quais, no entanto, são punidos com o pagamento do valor do dano, e duma multa a arbitrar pelo juiz, quando esta não estiver definida pelas leis municipais, ou então por decreto do magistrado policial. Todavia, veja-se, querendo, a Ord. liv. 1, tit. 68, §§ 31 e 40, e o que dissemos no Tit. VII deste livro.

Entre os quase delictos inclui-se, e com razão, a *miseriçórdia intempestiva* (a misericórdia mal entendida), de que Ulpiano nos fornece um belo exemplo na lei 7 do tit. *Depositii* do Digesto. Entre nós são réus deste delicto aqueles que, antes da sentença condenatória, facilitam a fuga aos homens entregues à sua guarda, impedindo, assim, que se lhes possa aplicar uma pena justa. Rhetes, na dissertação *De miseriçórdia intempestiva*. A *conivência*, pela qual alguém admite se cometa um delicto que podia e devia evitar, se não é um verdadeiro delicto, é pelo menos um quase delicto, lei 45 do tit. *ad legem Aquiliam*. Püttman, na sua dissertação especial *De crimine conniventiae*, mostra, com muitas razões e exemplos, os danos que advêm à República da conivência e indulgência do Príncipe, magistrados, maridos, mães, e outros, que dissimulam e encobrem os delictos dos que lhes estão sujeitos.

TÍTULO XII

DOS JUÍZOS CRIMINAIS

O QUE É O JUÍZO CRIMINAL

§ I — Juízo criminal é a *legítima discussão duma causa crime, e a sua decisão por juiz competente* (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. VII, § I). Não é despropósito tratar dele depois das várias divisões dos delictos.

Deve-se distinguir aqui, inteiramente, o juízo legítimo, público, e criminal, do juízo e *vindicta* particular, com que tanto se deleitavam os nossos maiores, a quem, evidentemente, se viam as próprias leis conceder o direito de punir por autoridade própria as ofensas feitas a si e aos seus, Ord. Afons. liv. 5, tit. 53. Este direito particular de vindicta e punição, de que ainda hoje existem muitos exemplos entre nós, passava naqueles tempos aos descendentes e herdeiros juntamente com os bens e a terra do ofendido, como se fosse um direito familiar e hereditário. Em algumas escrituras da Idade Média lemos: *Aquele a quem couber a herança da terra, deve pertencer a veste da guerra, isto é, a couraça, a vingança sobre o próximo, e o pagamento do alódio*. Vejam-se as nossas Instituições de Direito Público, Tit. II, § XXIII, Nota, e o Tit. IV, § XIII, deste livro. No Grão-Ducado da Toscana concedia-se a cada cidadão o direito de punir os delictos particulares, como o homicídio e a injúria; assim foi até ao tempo de Leopoldo, que acabou por revogar esta concessão no art. 52 do novo Código Criminal de Florença, publicado em 30 de Novembro de 1786.

§ II — Muitas coisas integram a natureza do juízo criminal, tal como a do civil, por exemplo, *juiz competente, ordem judiciária legítima, autor, réu, etc.*... Ord. liv. 3, tit. 20, e liv. 5, tit. 124. Os *procuradores e defensores* não pertencem à substância do juízo criminal, mas podem entrar nele em certas causas.

JUIZ E FORO COMPETENTE

§ III — Diz-se *juiz competente* aquele que tem jurisdição na respectiva causa e sobre as pessoas que são em juízo autor ou réu. E *foro competente* aquele que está sob o poder do *juiz competente* (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. VII, § XXIII).

O FORO DO MALEFICIO FAZ O JUIZ COMPETENTE

§ IV — O foro competente é o do delicto; por isso, o juiz competente é o do lugar, onde o maleficio foi cometido; esse juiz pode castigar aquele que delinuiu dentro do território da sua jurisdição criminal, Ord. liv. 1, tit. 7, §§ 1 e 4, tit. 76, § 1, liv. 3, tit. 6, no princ., e § 4, e liv. 5, tit. 117, § 9. E, assim, embora o delinquente tenha o domicílio noutro lugar, deve ser punido naquele em que delinuiu, pela razão de ser aqui que mais facilmente se acham as provas, Ord. liv. 3, tit. 54, § 13 (Instituições, Liv. IV, Tit. VII, § XXVIII).

Mas que dizer, se o delicto foi começado num lugar, e continuado e consumado noutro? Ambos os juizes são competentes, ressalvando-se, no entanto, o direito e prerrogativa da prevenção, lei 1 do tit. *Vbi de criminibus agi oporteat* do Código, e os respectivos comentários de Perez. O mesmo é de dizer do delicto praticado nos confins de duas ju-

risdições, quando não há certeza do lugar; neste caso, a punição do delicto parece pertencer àquele dos juizes que, tendo termos confinantes, previne a jurisdição do outro. Febo, P. II, *Decisio* 215, Mendes, in *Praxis*, P. II, liv. V, cap. III, n. 3.

E O FORO DO DOMICILIO, EM CASO DE QUERELA

§ V — Porém, o juiz do domicílio pode receber a *querela* dada por pessoa sujeita à sua jurisdição, por um delicto cometido fora do seu território, Ord. liv. 5, tit. 117, § 9, *ibi: E nenhum Julgador receberá querela, salvo sendo o quereloso morador na sua jurisdição, ou quando o crime for cometido em sua jurisdição, posto que o quereloso não seja nella morador.*

Todavia, o juiz do domicílio não pode receber *acusação*, nem inquirir officiosamente sobre o delicto, mas apenas deferir a *querela* dada por e contra uma pessoa sujeita à sua jurisdição, ainda que o delicto haja sido praticado em jurisdição alheia; assim se deve entender a Ordenação citada. Barbosa não entende bem assim no n. 41 dos seus comentários à lei *Heres absens* 19, § *Proinde* 2, do tit. *De judiciis*. A razão da differença deve buscar-se na diversidade da natureza da *querela, acusação e inquirição*, como se verá do que havemos de dizer (Tit. XIII, § XIII, Nota, deste livro).

FORO PRIVILEGIADO

§ VI — Deve exceptuar-se sempre o *foro privilegiado* em razão da *causa* ou da *pessoa*. E, assim, o crime eclesiástico será punido no foro eclesiástico, Ord. liv. 2, tit. 20. Os eclesiásticos devcm ser castigados neste foro, mesmo por crime civil, Ord. liv. 2, tit. 1, § últ., e liv. 5, tit. 88, § 16. Os soldados também gozam de foro privilegiado nas causas-crimes, Alvarás de 21 de Outubro de 1763, §§ 2 e 3, 14 de Fevereiro de 1772, § 2, e 26 de Fevereiro de 1789; igualmente, os cavaleiros das Ordens Mili-

tares do Reino, e os de Malta, Ord. liv. 2, tit. 12, § 1, Extravagante de 6 de Dezembro de 1612, § 6, etc..., que mencionámos nas Instituições, Do direito das pessoas, Tit. III, § LIV, e Das obrigações e acções, Tit. III, § XXXII.

JURISDIÇÃO CUMULATIVA

§ VII — Exceptuam-se também os crimes mais atrozes, cujos réus podem ser inquiridos e presos por todos os juizes em jurisdição alheia, pois a todos eles foi concedida a jurisdição promiscua, ou, como dizem, *cumulativa*, pelos Alvarás de 14 de Agosto de 1751, e 20 de Outubro de 1763, § 7 (Tit. VI, § XXIII, deste livro). Os Juizes do Crime de Lisboa também gozam entre si de jurisdição cumulativa, Extravagante de 25 de Dezembro de 1608, § 3.

ORDEM JUDICIÁRIA CRIMINAL

§ VIII — A *ordem judiciária legitima*, isto é, o processo absolutamente necessário em todo o juízo tanto cível como criminal (§ II), é *ordinária* ou *sumária*, conforme a diversa qualidade do crime, do *direito natural* ou *civil*, *acusatória* ou *inquisitória*. Deve, pois, trazer-se para aqui o que dissemos nas Instituições, Das obrigações e acções, Tit. VII, §§ IV e seg., acerca dos juízos cíveis, pois quase tudo se applica aos juízos criminaes.

PROCESSO ORDINÁRIO

§ IX — Chama-se *processo ordinário* o organizado e disposto pela ordem prescrita na Ord. liv. 5, tit. 124. Consta de citação, libelo, excepções, litis-contestação, réplica, tréplica, interrogatórios, dilações, provas, e outros elementos tirados do

processo civil ordinário para o criminal, que se acham claramente explicados naquela Ordenação. Em regra, tem lugar em todas as causas-crimes.

Todos vêem facilmente que a ordem judiciária variou com os tempos, tanto nas causas-crimes, como nas cíveis. A princípio era breve e simples, e sem mais solenidades que as requeridas pelo direito natural. D. Afonso V, em seu Código, liv. 5, tit. 4, aprovou, com poucos acrescentamentos, a ordem natural do processo. El-Rei D. Manuel fez muitos aditamentos, no liv. 5, tit. 1, e D. João III mais ainda, nas leis de 5 de Julho de 1526 e 14 de Agosto de 1529, apud Leão, p. 3, tit. 1, leis 7 e 11, com as quais se organizou o tit. 124 no Código que usamos. Todos estes aditamentos foram excogitados depois, e tirados, em parte, do direito canónico e civil, em parte da opinião e autoridade dos glosadores, e em parte, finalmente, das leis e costumes pátrios recebidos no foro criminal.

O SUMÁRIO USA-SE NOS DELITOS MAIS GRAVES

§ X — O processo *sumário*, que hoje se observa nas causas capitais, não exige nenhuma solenidades. No entanto, nele deve ter lugar tudo o que for necessário para demonstrar o delicto e o delinquente, como o *corpo do delicto*, os testemunhos contra o delinquente, os interrogatórios feitos de boa fé pelo juiz, as respostas do réu, e o mais que, sendo exigido pelo direito natural para a defesa dos réus, de modo algum se deve omitir, Ord. liv. 1, tit. 1, § 16, Decreto de 4 de Novembro de 1755, Lei de 25 de Junho de 1760, §§ 5 e 20, e Alvará de 20 de Outubro de 1763, § 1.

Na Ord. citada e noutras faz-se menção do *processo sumário*. Mas, contra o que era de desejar, não está definido no nosso direito qual seja o processo *sumário*, ou, como dizem, *verbal*, quais os seus elementos necessários, quais os dispensáveis, e com que método e modo deve ser instituído. Nas Extravagantes citadas eu entendo por processo *sumário*, *verbal*, e *de plano*, o processo do direito natural. E, embora seja do interesse público que os juízos criminaes, sobretudo os

capitais, sejam breves, e terminem o mais rapidamente possível, isto não quer dizer que possam ser tratados muito apressada ou atabalhoadamente, ou que se omita mesmo o mais insignificante elemento pertencente à substância do juízo ou à necessária defesa dos réus. Portanto, parece que as leis citadas se devem entender, como dizem os escolásticos, *demonstrativa* e não *taxativamente*; e, por isso, nelas apenas foram dispensadas as *solenidades* e não as partes *substanciais* do processo. Sendo assim, não se devem denegar ao réu as excepções, que dizem respeito à remoção do juiz *suspeito*, à reprovação das testemunhas, e o mais que constitui a essência do processo natural, muito embora nessas leis não se faça menção expressa disto (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. VII, §§ V, XIII e XIV).

E NOS MAIS LEVES

§ XI — Algumas vezes admite-se o processo sumário nos delitos mais leves, que o juiz prossegue officiosamente, como os de furto simples, interdição de armas, concubinato, e semelhantes; o que acontece, quando o Regedor da Casa da Suplicação visita, todos os meses, as prisões, visto estar determinado que, em sua presença, semelhantes delitos sejam punidos depois de prévia informação dos juizes criminaes, e sejam julgados segundo a prescrição das leis pelos Corregedores do Crime da Corte olhando só à verdade do facto, Ord. liv. I, tit. I, § 30, Alvarás de 31 de Março de 1742, § 7, 15 de Janeiro de 1780, e 5 de Março de 1790, §§ 6, 8 e 9.

O QUE É JURISDIÇÃO CRIMINAL, A QUEM COMPETE, E QUAL A SUA NATUREZA

§ XII — A jurisdição criminal, isto é, o poder de castigar os criminosos, compete somente áqueles a quem foi concedida por lei pública. Numa monarquia a sua *qualidade*, *extensão*, e *aplicação* dependem do arbítrio e vontade do Rei, visto que só a ele pertencem o juízo sobre a imputação das acções e o di-

reito de infligir penas. Seja, porém, qual for o modo e as pessoas a quem o Rei tiver dado esta jurisdição criminal, ela é exercida em nome do Rei. Por isso, entre nós deve ser sempre chamada régia, e não *patrimonial*, nem em verdade *feudal*.

No começo, os juizes do crime não se distinguiam dos do cível, pois toda a *jurisdição* competia aos juizes *ordinários* do lugar. Na mesma altura os *corregedores* mais pareciam ter império e *correição* que jurisdição própria. Depois, foram criados os magistrados especiais do crime, para punirem, só ou em colégios, os criminosos (Instituições, Do Direito Público, Tit. II, § XIII, Nota). Os *donatários* não tinham nenhuma jurisdição própria, *superior* ou *inferior*, *alta* ou *baixa*, como lhe chamam, mas apenas aquela que expressamente se continha na carta de doação; e os Reis podiam, conforme fosse do interesse público, limitá-la ou abrogá-la de todo; por isso, não era verdadeiramente *feudal* nem *patrimonial*, visto que a exerciam não em nome próprio, mas em nome do Rei. Além disso, a jurisdição criminal concedida aos donatários nunca comprehendia os crimes mais graves, mas só os mais leves, e sobretudo os económicos que causassem estorvo ou à cultura dos campos ou à economia especial do município decretada pela respectiva Câmara. Porém, o Rei moderava tudo com o seu arbítrio, por exemplo, por meio dos *Missi Regii* (em português, *alçadas*), que, percorrendo as terras dos Senhores, corregiam as suas fraudes *judiciais* e a sua defeituosa administração da justiça.

QUAIS AS PARTES MAIS IMPORTANTES DO JUÍZO CRIMINAL, E A ORDEM DOS ASSUNTOS A TRATAR

§ XIII — Sem autor e sem réu não se faz julgamento nenhum (§ II). Mas, como se chama autor áquele que em juízo pretende que qualquer coisa seja dada, feita ou pedida a alguém, e réu áquele que se demanda e de quem se pede, facilmente se vê que a *acusação* do réu, a sua *defesa*, e a *sentença*, são as partes mais importantes do juízo criminal, e nelas se costumam compreender vários capitulos especiais, de cada um dos quais vamos tratar, sumariamente, por sua ordem.

pode ser concedida a todos indistintamente, como elegantemente Cícero recomenda na Oração *Pro Sexto Roscio*, § XX.

QUANDO E COMO SE DEVE ADMITIR A ACUSAÇÃO PÚBLICA,
E DA «INSCRIPTIO IN CRIMEN»

TÍTULO XIII

DAS ACUSAÇÕES, QUERELAS, INQUIRIÇÕES
E DENÚNCIAS

O QUE É A ACUSAÇÃO

§ I — Genêricamente chama-se *acusação* a *legítima delação dum crime público ou particular feita ao juiz competente por pessoa pública ou particular*. E, assim, a acusação compreende no seu âmbito a *querela*, a *inquirição*, a *denúncia*, e qualquer acção criminal. E são estes actualmente os modos de inquirir e perseguir os crimes.

SUA DIVISÃO

§ II — Divide-se em *pública* e *particular*, consoante persegue crimes públicos ou particulares. Em juízo os crimes processam-se ou pela acção especial, que chamamos *querela*, ou pela *inquirição geral ou especial*, ou pela *simples acção criminal* para reparação do dano e pena. A *denúncia* não é uma verdadeira acusação, mas abre o caminho para a acusação e inquirição.

A LICENÇA PARA ACUSAR

§ III — Como a licença de acusar é igualmente útil e perigosa para a República, deve ser cautelosamente tomada, e não

§ IV — A *acusação pública* só se admite nos crimes públicos, que cada um do povo pode acusar. Quais sejam esses crimes, vê-se na Ord. liv. 5, tit. 117, no princ.. Não se admite a acusação sem fiador idóneo para as custas e dano, e sem o juramento de que é feita e prosseguida de boa fé e unicamente por causa da vingança pública, § 6. Deve também ser precedida da *querela* feita perante o juiz competente, Ord. cit., § últ., a qual, embora fale especialmente do homicídio, deve ser entendida de todos os delitos públicos. A *inscriptio in crimen* (assinatura de um termo de responsabilidade), pela qual o acusador se obriga, caso não se prove a acusação, a um suplicio semelhante ao que se applicaria ao réu, não está em uso. Hoje também o acusador não presta a caução de permanecer em juízo até à sentença, como o direito romano requer na lei 3 do tit. *De his qui accusare non possunt* do Código.

Hoje é quase ignorada no foro a acusação dos crimes públicos por pessoas particulares, quer porque traz consigo muitos inconvenientes, quer porque vulgarmente se crê ser pouco adequada aos deveres de um homem bom. Substituíram-na as *inquirições gerais*, as *querelas especiais*, e as acusações por meio dos procuradores fiscaes. No entanto, o seu uso não é proibido, e até se acha expressamente permitido na Ord. liv. 5, tit. 117, §§ 16 e seg., contanto que, primeiro, se faça a *querela* perante o juiz competente, e se pronuncie sentença sobre esta, Ord. cit., § últ.; de facto, é do interesse público que não se receba acusação sobre crime público sem o conhecimento do juiz. Agora, quanto a poder qualquer um do povo acusar os crimes públicos, foi isso tirado do direito romano, e difficilmente vigora hoje, depois que esses crimes começaram a ser vingados no foro pelo juiz, officiosamente, e a instâncias do *promotor de justiça*.

§ V — Podem acusar todos aqueles que não se acham especialmente proibidos. Mas, como este dever pode ser perigoso para a República (§ III), são dele afastados: os que não têm entendimento suficiente das coisas, como os impúberes e os menores; os que podem amedrontar o réu, como os magistrados e seus oficiais e outras pessoas mais poderosas; os que, acusando, ferem o pudor do sexo e a piedade, como os filhos e os libertos que acusam os pais ou o patrono, ou as mulheres que acusam os outros, ou, finalmente, os de qualquer modo suspeitos ao réu, como são os inimigos, Ord. liv. 5, tit. 117, §§ 2 e 4; os infames e os convencidos de falso testemunho, ou os que acusam por dinheiro, § 4; os presos que estiverem condenados a degredo perpétuo, § 14; o condenado em juízo criminal ou cível, o qual sem dúvida pode acusar os outros, mas não pode acusar de crime público o seu adversário, mesmo depois de acabada a execução da sentença, § 13. Todos podem acusar os crimes *privilegiados*, quais os praticados contra a majestade divina ou humana, o de moeda falsa, o de falsidade, etc..., § 2. Igualmente, todos podem acusar os delitos particulares, que respeitam à pessoa do acusador, e tendem a vingar a injúria feita ao acusador ou aos seus; por isso, podem fazê-lo os menores, as mulheres, os poderosos, os infames, e até os próprios inimigos, Ord. cit., §§ 2, 3 e 13, tit. 124, § 9.

Aquilo que o nosso direito estabelece acerca dos que podem ou não acusar, foi extraído das leis romanas no tit. *De accusationibus et inscriptionibus* do Digesto e do Código, e baseia-se, seguramente, na boa razão. Ao mesmo direito romano se deve a diferença entre acusação de *crime público* e *particular* (Tit. I, § IV, deste livro), e entre crimes *privilegiados*, que todos podem acusar, e crimes *comuns*, que só podem acusar aqueles que não laboram em suspeita nenhuma. A regra do direito romano e pátrio, pela qual se concede a todos indistintamente a faculdade de vingar a injúria particular, e que o nosso

direito aprova e confirma até nos próprios inimigos, uma só excepção se levanta na Ord. cit., tit. 117, § 14, excepção essa que abrange os presos condenados a degredo perpétuo que intentam vingar a injúria própria, o que lhes é recusado naquela Ordenação. Confesso, porém, que ignoro completamente a razão desta excepção.

QUANDO SE DEVEM ADMITIR OS PROCURADORES E DEFENSORES NOS JUÍZOS CRIMINAIS

§ VI — Nas causas criminais, salvo se forem de pequeno valor, não se admitem ao acusador e ao réu nem *procuradores*, Ord. liv. 5, tit. 117, §§ 21 e 22, e tit. 124, §§ 14 e 15, nem *defensores*, Ord. liv. 3, tit. 7, §§ 2 e 3 (Instituições, Liv. IV, Tit. VIII, § II), o que é conforme ao direito romano na lei 13, § 1, do tit. *De publicis judiciis*. Mas, cessando hoje a *inscriptio in crimen* (1) e o senhorio da lide, parece cessar a proibição de constituir procuradores nas causas criminais (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. III, § XI).

Admite-se a acusação por meio de procurador, com licença del-Rei passada no Desembargo do Paço. Mas a Extravagante de 6 de Dezembro de 1612, § 21, proibiu se desse esta licença, a qual não se vê restabelecida presentemente no novo Regimento do Desembargo do Paço, ou melhor, no Regimento de todos os Tribunais de 24 de Julho de 1713. Porém, bem pode o réu constituir procurador, não para o defender do crime, mas do ónus de comparecer em juízo por justa e necessária causa; este procurador toma o nome especial de *escusador*, Ord. liv. 3, tit. 20, § 3; e esta escusa até pode ser alegada por mulheres, menores, servos, e qualquer um do povo, sem procuração, Ord. cit., tit. 7, § 3. Nas causas capitais parece que se devem admitir tanto os procuradores como os defensores, porque esta função de humanidade, mormente quando se trata de salvar um cidadão, não deve ser recusada a ninguém, ainda contra a vontade do réu, pois não se deve fazer a vontade daquele que quer perecer, lei 6 do tit. *De appellacionibus* (Tit. XXII, § IV, Nota, deste livro).

(1) Veja-se o § IV deste Título (Nota do Tradutor).

§ VII — Quem quer pode acusar sem querela os crimes particulares, que contêm injúria e dano próprios, ainda que sejam de tal género que admitam *querela*, e persegui-los em juízo com acção criminal, sem dar caução e satisfação alguma, e sem prestar juramento, Ord. liv. 5, tit. 117, § 21, e §§ 5 e 6.

As inquirições e querelas, como não exigem a citação do adversário, e são, por isso, exorbitantes e perigosas, só se admitem com juramento e caução para pagamento do dano e custas, prestados os quais como que parecem purificar-se e legitimar-se; pelo contrário, a simples acusação criminal, em que se acciona sobre o dano e a pena legítima observando-se a ordem do direito, isto é, citando-se primeiro o réu, institui-se directamente e pela forma prescrita na lei; por isso, com toda a justiça e razão se omitem, ao fazê-la, as solenidades da caução e juramento.

PENA PARA O ACUSADOR, SE O RÉU FOR ABSOLVIDO

§ VIII — Posto que actualmente a *inscriptio in crimen* não tenha lugar (§ IV), todavia, em qualquer género de acusação, pública ou particular, o acusador é condenado pela mesma sentença, nas custas do processo e na restituição do dano causado, se o réu for absolvido, devendo, em qualquer caso, sofrer penas mais graves, ao arbítrio do juiz, se procedeu maliciosamente, Ord. liv. 5, tit. 118, Man. 43, Afons. 29 e 30 (Tit. XX, §§ VIII e seg. deste livro).

DO PROCESSO ACUSATÓRIO ORDINÁRIO

§ IX — A acusação *legítima* (§ I) requer processo *ordinário*, e, por isso, citação, libelo, contestação, e o mais que se acha

na Ord. liv. 5, tit. 124. É absolutamente indispensável a citação do acusado, que, no caso de se querer defender, deve citar o acusador, o qual deverá apresentar libelo acusatório. No homicídio tem de se citar a mulher do morto, seus filhos, e consanguíneos até ao quarto grau, Ord. liv. 5, tit. 124, § 9, e tit. 130, § 1. Um libelo devidamente formado deve conter os nomes do acusador, do acusado e do juiz, o crime com os indícios apresentados *por artigos*, o lugar e o tempo, Ord. cit., no princ., Mendes, *Praxis*, liv. 5, cap. I, § IV. A litis-contestação compreende em seu género tanto as excepções dilatórias como as preemptórias, que de qualquer modo contêm a defesa do réu. No número das primeiras, contam-se a da *incompetência do juiz*, sua *suspeição*, a de *prevenção*, a da *inabilidade do acusador*, *inaptidão do libelo*, e a de *caução ainda não prestada*. Quanto às segundas, qualquer uma delas põe termo à acusação e perime a lide. A resposta dada à acusação faz a contestação *negativa*, ou *afirmativa* com escusa, *geral*, ou *especial*; seja, porém, qual for o modo como é concebida, deve ser contrária aos artigos do libelo, Ord. tit. 124, § 1. As *réplicas*, *tréplicas*, *dilações provatórias*, *provas judiciais*, *reprovas*, e *perguntas*, serão feitas, tanto officiosamente como a pedido do adversário; e, para dizer tudo numa palavra, têm lugar no juízo criminal ordinário quase todos os modos de pedir e provar que se usam no juízo cível, Ord. cit., tit. 124, no princ., e §§ 1, 2, 4, 5, 24 e *passim*.

Este processo ordinário deve ser observado nos delitos particulares, quando alguém persegue injúria própria, e também nos públicos, quando é um particular o seu acusador solene, o que raro acontece. O mesmo se deve observar, quando a *Justiça* faz as vezes de acusador, e officiosamente inquire e acusa os criminosos. Exceptuam-se os crimes privilegiados, cujo processo é sumário (Tit. XII, § X). No respeitante à defesa dos réus, além do que anotaremos em seus lugares, deve-se fixar para já o seguinte: 1) nas causas mais graves pode o réu, mesmo depois de abertas e publicadas as atestações, alegar razões justificativas do delicto, Ord. tit. 124, § 8; 2) pode o juiz officiosamente perguntar as

testemunhas em qualquer parte do juízo, assim para a acusação, como para a defesa, mas não o pode fazer a requerimento do adversário, salvo se a causa for de tal condição, e estiver em tal estado que reclame novo exame das testemunhas ou a recepção de novas testemunhas, tit. 124, § 7, Febo, P. I, Aresto 136; 3) havendo mais de um culpado pelo mesmo delicto, devem ser libertados na primeira instância, no mesmo processo e perante o mesmo juiz competente, tit. 124, § 11, e liv. 1, tit. 79, § 31, Cabedo, P. II, após os Arestos; 4) antes de o réu contestar a lide, pode dar-se-lhe vista das perguntas e respostas feitas pelo juiz no começo do processo, se esse réu as pedir e afirmar que são necessárias à sua defesa, Febo, P. I, Aresto 137; 5) uma vez intentada *civilmente* a acção criminal, não tem lugar a criminal enquanto aquela estiver pendente, Febo, Arestos 154 e 160. E bastem estas anotações que faço, digamos, de passagem (Tit. XIX, § I). As fórmulas do libelo acusatório, da litis-contestação, da réplica e tréplica, usadas no foro, são exibidas por Mendes, P. I, liv. V, cap. I, Caminha, *De libellis*, e seu reformador Costa, *Adnot.* 96 e 97.

O QUE É QUERELA

§ X — Logo a seguir à acusação vem a *querela*, outro modo de investigar e perseguir os crimes (§ I). Entende-se por esta palavra a legítima delação, feita ao juiz competente, dum crime público ou particular que atinja o quereloso.

A querela é uma espécie de acusação, visto que, uma vez dada, se inquire do delicto e do delinquente, o qual é criminalmente acusado em juízo. No entanto, difere da acusação principalmente em as testemunhas dadas na querela serem inquiridas sem citação do réu, o qual, se as testemunhas fizerem prova, é pronunciado pelo juiz e preso; na acusação sem querela, não é assim, pois começa-se pela citação do réu.

E EM QUE CRIMES PÚBLICOS TEM LUGAR

§ XI — Os crimes públicos, que admitem querela, estão mencionados na Ord. liv. 5, tit. 117, no princ., Man. 42. São eles

a apostasia, a blasfémia, o crime de lesa-majestade, a magia, o homicídio, a rapina, o furto de certo montante, o falso testemunho, a falsificação da moeda, o lenocínio, o incesto, a poligamia simultânea, o ajuntamento com infiel ou com criada daquele com quem vive, o concubinato incestuoso ou sacrílego, a violência contra magistrados ou seus oficiais no exercício de funções, ou contra particulares em ajuntamento e motim, arrombamento da prisão, o cárcere privado, e os mais que vêm expressos na Ord. citada. Nesta matéria a regra máxima é a seguinte: *recebe-se querela de todos os crimes que padecem pena de açoites ou de degredo temporário*. Querela que se receba fora dos casos especialmente compreendidos na lei, é de nenhuma eficácia. Febo, P. I, *Decisio* 69, n. 1.

E NOS CRIMES PARTICULARES

§ XII — Nem todos os delictos particulares recebem querela, mas somente os três seguintes: adultério, corte de árvore de fruto, Cabedo, P. I. *Decisio* 126, e feridas sanguentas ou pisaduras, as quais se devem certificar por vista ou então por instrumento notarial feito com autoridade do juiz, Ord. liv. 5, tit. 117, § 1. Os outros delictos particulares, como a injúria ou o dano, perseguem-se pela via ordinária mediante simples accusação, Ord. liv. 5, tit. 117, § 5.

EM QUE ALTURA DEVE SER APRESENTADA

§ XIII — A *querela perfeita* deve ser apresentada dentro de um ano contado do dia em que se cometeu o delicto, e as testemunhas nomeadas pelo quereloso têm de ser dadas até aos vinte dias contados do recebimento da querela, Ord. liv. 5, tit. 117, §§ 1 e 18, e tit. 2, § 4, do mesmo livro. Com efeito, decor-

rido um ano, presume-se por lei que houve uma renúncia tácita, e faz-se lugar à acusação da justiça, a qual, no entanto, o quere-
loso, se quiser, pode ajudar, devendo, por isso, ser admitido, não
já como verdadeiro acusador, mas como mero e simplesaju-
dador da justiça, Ord. cit. tit. 117, § 19, no fim, *ibi*: *Porem se
quizerem ajudar a Justiça, podel-o-hão fazer.*

No nosso direito, faz-se muitas vezes menção da *querela perfeita*,
por exemplo, na Ord. liv. 5, tit. 2, § 4, e tit. 117, § 12; daí resulta que
também há a *querela imperfeita*; porém, qual seja uma e outra, não
está expresso no nosso direito. Quanto a mim, entendo por *perfeita* a
solenc e legítima de que especialmente trata a Ord. liv. 5, tit. 117, a
qual, sem dúvida, deve ser tratada em juízo pelo modo descrito na-
quela Ord.; e por *imperfeita*, a simples acusação ou queixa, isto é, a
acção criminal em que o réu é acusado em juízo segundo a via ordi-
nária, isto é, a citação, libelo, contestação, etc.. Por isso, a *querela
perfeita* deve ser interposta dentro de um ano a contar do dia do delicto;
de facto, sendo ela um modo especial de accionar, extraordinário e pe-
rigoso, que se propõe contra o réu sem ele ser citado nem ouvido, cum-
pre restringir ao máximo, e não ampliar, o tempo da sua interposição.
O mesmo se deve dizer da acusação verdadeira e pròpriamente dita,
visto que entre nós não é recebida senão depois de dada a querela,
Ord. cit., tit. 117, § últ.. Porém, a simples acusação sem querela, isto
é, a mera persecução criminal, em que se pede a reparação da injúria
e do dano, e a pena legal, como se trata pelo modo ordinário usado
em juízo, é perpétua e dura vinte anos, Ord. cit. § 1, vers. *E passado
o anno*, e liv. 4, tit. 79, e liv. 1, tit. 84, § 23, no fim, lei 22 do tit.
ad legem Corneliam de falsis do Código, leis 1 e 3 do tit. *De requi-
rendis vel absentibus damnandis* do Digesto, lei 13 do tit. *De diversis
temporalibus praescriptionibus* (Instituições, Do direito das coisas,
Tit. IV, § XIV; e Tit. XXIII, § II, deste livro). A querela *deserta*,
isto é, a não apresentada dentro de um ano contado do seu recebi-
mento, prossegue-a o juiz officiosamente nos casos em que a *justiça*
há lugar, Ord. tit. 117, § 19. Quais sejam estes casos declara-o a
Ord. liv. 5, tit. 122, Man. 42, Afons. 58. As penas para o desertor
da querela são as seguintes: 1) não é recebido para a repetir e prosse-
guir como verdadeiro acusador; 2) a acusação empreendida pela jus-
tiça é feita a expensas do querelante; 3) este é preso, se não tiver
bens donde pague as custas, nem der fiador para as pagar, salvo se

provar que não desertou da querela por malícia, mas por pobreza;
4) condenado o réu por sentença do juiz, não beneficiará o quereloso
de pena nenhuma nem receberá qualquer satisfação pelo dano sofrido,
Ord. cit. tit. 117, § 19.

O QUE DEVE CONTER O INSTRUMENTO DA QUERELA

§ XIV — Na acção da querela há de especial o seguinte:
1) o quereloso jurará que se queixa do crime, não com intenção
de caluniar, mas por justa causa e amor à virtude; 2) as teste-
munhas dadas serão identificadas com os nomes próprios, so-
brenomes, mesteres e moradas; 3) o juiz inquirirá sòmente as
testemunhas nomeadas pelo quereloso; 4) far-se-á instrumento
da querela, assinado pelo juiz e pelo quereloso; 5) dará o quere-
loso fiador idóneo para pagar o dano e as custas do processo.
Ord. liv. 5, tit. 117, § 6.

Nunca se dispensa o juramento, pois é elemento necessário numa
causa pública, mas dispensa-se a fiança na querela particular. Devem,
no entanto, prestá-la os officiaes da justiça, os clérigos, os religiosos,
e os cavaleiros das Ordens Militares, posto que quebrem de casos
de injúria e interesse seu, e, finalmente, todos os poderosos, visto
que difficilmente podem ser citados a juízo pelas despesas e dano,
Ord. cit., tit. 117, §§ 6, 7 e 8, e liv. 3, tit. 92 (Instituições, Do Direito
Público, Tit. V, § XXXVII). Pode-se intentar perfeitamente a sim-
ples acusação criminal sem qualquer fiança e juramento, e o acusa-
dor não é obrigado a prestá-lo, se não for expressamente pedido pelo
adversário; mas, se for omitido, não se vicia a acusação (§ VII deste
Título; e Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XIX, § VIII).
Na *querela perfeita* não é assim.

O QUE É A INQUIRIÇÃO, E SUAS ESPÉCIES

§ XV — A inquirição (ou, como se diz, a *devassa*), que é
outro modo de investigar sobre os crimes e os criminosos, é feita

oficiosamente pelo juiz, e nisto difere da querela e da simples acusação. É *geral*, quando se inquire genêricamente dos delitos e delinquentes, e *especial*, quando se dirige a determinado delito e pessoa. Coccey, na Disp. XXIV, *De eo quod iustum est circa inquisitionem*.

As inquirições chamamos *devassas*, ou porque são públicas e patentes a todos, donde o verbo *devasso*, *devassar*, ou porque se fazem sem citação da parte. Chamam-se *inquirições gerais*, não só as que se fazem sobre os delitos e os delinquentes em geral, mas também as que em certos e determinados tempos se dirigem a certas pessoas, como os oficiais de justiça, sem qualquer suspeita de crime; e *especiais* as que perseguem certo delito, como o homicídio, ou um ferimento feito de noite, que chegou ao conhecimento do juiz. Leitão, *De jure lusitano*, tratado *De inquisitionibus*, Quaest. I.

SUA ORIGEM

§ XVI — O processo *inquisitório* deve a sua origem ao direito canônico, isto é, a Inocência III, nos caps. 14, 16, 17 e 24 do tit. *De aduscationibus*, e no cap. 31 do tit. *De simonia*. O processo *acusatório* deve a sua origem ao direito romano, segundo o qual *não pode ser condenado o criminoso que não for acusado*, Cícero, *Pro Sexto Roscio Amerino*, § XX, lei 6 do tit. *De muneribus et honoribus*, lei 38, § 7, do tit. *ad legem Juliam de adulteriis*. A *acusação por via de querela* deve a sua origem às leis e costumes pátrios.

Os Romanos desconheciam a inquirição criminal recebida sem acusador e intervenção do juiz, e como eles os nossos maiores. Mas, depois que as Decretais começaram de ter grande autoridade no foro, as nossas leis aprovaram mais que tudo estas inquirições. Todavia, não se pode negar que, desde o início do Reino, os próprios reis, por si ou suas *aiçadas* (Tit. XII, § XII, Nota, deste livro), buscavam os homicidas, os ladrões de fama, e os salteadores de estradas; mas não se segue daí que, uma vez presos, não houvesse lugar a

acusação. De facto, uma coisa é buscar e prender os criminosos, função que entre os Romanos era desempenhada pelos irenarcas, denunciadores, espíões e postilhões, que eram obrigados a acusar os que tinham descoberto, e outra coisa devassar os delinquentes, em geral ou em especial, sem delação de ninguém, não já pelos crimes manifestos, notórios, e confessados em juízo, mas também pelos occultos de que não se suspeitava. Entre nós, os magistradores maiores, como os *corregedores*, *meirinhos*, *adiantados*, e *sobrejuizes*, prendiam os criminosos; na verdade, a sua principal função era esforçarem-se para que a comarca ficasse limpa de ladrões, inimigos, e malfeteiros. Para este fim sabemos que mais de uma vez se instituíram extraordinariamente tribunais ambulatórios, chamados *aiçadas de justiça* (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XXIII, § IX). E, como todos eles costumavam ouvir as queixas dos cidadãos, e interrogar as testemunhas por estes produzidas acerca dos crimes mais graves, daí veio o nome da acção de *querela especial*, e daí talvez o das inquirições, isto é, das devassas, que, sendo a princípio formadas pelos juizes segundo o seu engenho, depois os próprios legisladores, seguindo os decretos do direito canônico, não só aprovaram, mas até, como é costume, aumentaram muitíssimo.

INQUIRIÇÕES GERAIS

§ XVII — Hoje há lugar a *inquirição geral*, ainda que não se verifique nenhum clamor público, presunção ou infamação de crime, pois esta devassa não tem, por objecto, certo e determinado delito. Sendo, pois, uma inquirição extraordinária, exorbitante, suspeita, e assaz perigosa, sómente se deve tirar dos crimes mais graves e expressamente nomeados no direito, Ord. liv. I, tit. 65, § 68. Além disso, na mesma Ord. § 39, manda-se que os juizes *ordinários* tirem inquirição geral sobre os seus antecessores, dentro dos primeiros dez dias do seu serviço, e a terminem no espaço de trinta dias. Porém, não devem inquirir nem mais nem menos de trinta testemunhas, Ord. cit., § 39, Febo, P. I, Aresto 106, que sejam fidedignas e acima de toda a excepção, § 61, Febo, P. II, Aresto 116. Tais inquirições

pertencem ao officio do juiz ordinário ou de fora, e sobretudo ao corregedor da comarca, Ord. liv. 1, tit. 58, § 31.

Se bem que Inocêncio III só pareça admitir inquirições gerais sobre os crimes que foram precedidos de alguns clamores, caps. 21 e 24 do tit. *De adcusationibus*, todavia hoje procede-se a elas, mesmo que não haja infamação e clamor público, Cabedo, P. I, *Decisio* 78. Mas facilmente quem quer entende as consequências funestíssimas que daí resultam para a Religião, o Estado, e os cidadãos, como, aliás, o reconhece a própria Ordenação Régia, liv. 1, tit. 65, § 31, nestas palavras: *Por se evitarem os inconvenientes, que contra serviço de Deos, e nosso se seguirião de se tirarem devassas geraes, mandamos a todas as Justizas que as não tirem.* Veja-se, querendo, Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De adcusationibus*, § LXXXI, Thomásio, *De origine processus inquisitorii*.

INQUIRIÇÕES ESPECIAIS

§ XVIII — São mais admissíveis as *inquirições especiais*, visto que supõem e perseguem certo e determinado delicto. Devem ser iniciadas dentro de oito dias da prática do delicto, e terminadas no espaço de trinta, Ord. liv. 1, tit. 65, § 31. Também aqui se exigem trinta testemunhas, salvo nas devassas feitas a pedido das partes, nas quais se requerem apenas oito, dita Ord. §§ 31 e 32. E tal como as gerais só se podem tirar sobre os casos expressos no direito, visto também serem extraordinárias e exorbitantes da razão do direito. Quais sejam, porém, esses casos, esclarece a Ord. citada, à qual se devem juntar as Extravagantes que vêm na Colecção I, Nn. 8, 9 e 13 à Ord. liv. 1, tit. 58, § 31, e N. 3 ao tit. 65, § 31, e a Lei de 24 de Outubro de 1764, § 5, e outras, que só o referir seria longo. Veja-se, querendo, Leitão, *De jure lusitano*, no tratado *De inquisitionibus*, Quaestio III.

Depois, a inquirição especial é *simples*, ou *qualificada*, isto é, solene. Aquela não requer nem a citação do réu, nem em rigor a infa-

mação do delicto, pois não é mais que uma simples informação ou devassa (§ XXIV, Nota, deste Título). A *qualificada*, isto é, a solene, é a própria acusação feita officiosamente pela *justiça*, que o juiz prossegue, para vingança pública, contra o réu já infamado e suspeito do crime, mas não convencido, depois de ouvido e citado. Leitão cit., Quaestio IX.

EXCEPÇÕES CONTRA AS INQUIRIÇÕES GERAIS OU ESPECIAIS

§ XIX — Anulam o processo inquisitório as seguintes excepções, que se podem opor em qualquer altura, mesmo após a sentença: 1) quando nele não consta do corpo do delicto, Alvará de 4 de Setembro de 1765, § 2; 2) quando consta do delicto, mas não se declaram as circunstâncias que o aumentam, diminuem ou desculpam, § 3 do mesmo Alvará; 3) quando o processo foi ordenado sem qualquer denúncia, presunção e indícios, o que apenas se deve entender da *inquirição especial*, porquanto a *geral* não requer hoje infamação alguma, Cabedo, P. I, *Decisio* 78; 4) quando não se acham expressos o local, causa, e tempo do delicto, Ord. liv. 5, tit. 124, no princ., e § 1; 5) se a inquirição teve por objecto um crime de que o réu já fora absolvido por sentença do juiz, Ord. liv. 5, tit. 130; 6) se o crime estiver abolido ou prescrito, Ord. liv. 1, tit. 84, § 23, no fim; 7) se a inquirição não for acabada dentro de trinta dias, ou nela não for interrogado o número de testemunhas que a lei manda, ou se foi feita sobre crimes que não podem ser inquiridos, Ord. liv. 1, tit. 65, §§ 31, 39 e 69; 8) se as testemunhas foram examinadas por outras pessoas que não o próprio juiz, Ord. cit., § 33, e tit. 7, § 25, no fim; 9) ou por juiz incompetente, Ord. liv. 3, tit. 75, inimigo ou suspeito em direito, Ord. liv. 3, tit. 62, § 2, ou por tabelião, na mesma Ord.; ou, finalmente se as testemunhas produzidas não são dignas de fé, Ord. liv. 1, tit. 65, § 61, *ibi: perguntando pessoas de boa fama, e de que se*

presuma, que dirão verdade, e que sabem parte das laes cousas.
Mendes, in *Praxis*, liv. V, cap. III, P. I e II.

Nós aqui chamamos juizes competentes áqueles a quem, por lei pública ou particular, foi concedida a faculdade de inquirir sobre os crimes em geral ou em particular. Estão neste caso, sobretudo, os juizes do crime e os corregedores das comarcas, aos quais essa faculdade compete por direito de magistratura. No entanto, há certos juizes que gozam dessa faculdade por direito singular, naquelas coisas que respeitam ao seu officio e múnus especial, como o Juiz da Índia e Mina, Ord. liv. I, tit. 51, no princ., e § 4, o Ouvidor da Alfândega de Lisboa, tit. 52, § 11, o Juiz do Fisco, § 36 do respectivo Regimento, o Conservador da Junta do Comércio, Alvará de 30 de Maio de 1759. Não cabem aqui as visitações episcopaes, que provêm de outro direito mais santo, pois não se devem considerar como inquirições verdadeiras e próprias no sentido do direito civil; mas, se se considerarem, não podem competir aos visitadores senão por beneficio de lei especial. Os Juizes das Ordens, ou porque gozam de jurisdição eclesiástica, ou porque não lhes foi expressamente concedida a jurisdição secular de inquirirem officiosamente sobre os crimes, não podem tirar inquirição geral ou especial sobre os delitos dos próprios cavalleiros. Não obstante, se estes forem de qualquer modo pronunciados ou presos como réus pelos outros juizes, devem ser remetidos com os autos para os juizes das Ordens, os quais devem ordenar novo processo criminal, visto que o instituído perante o juiz *a quo* é nulo por notório defeito de jurisdição, Ord. liv. 2, tit. 12, § 1, Febo, P. II, Arcostos 164 e 166, Leitão, tratado *De inquisitionibus*, Quaestio IV, n. 21.

QUE COISAS NECESSARIAMENTE CONTEM A INQUIRIÇÃO GERAL, E DO «CORPO DO DELITO»

§ XX — A substância da inquirição entendemos que pertencem, principalmente, estes três pontos: 1) o delicto foi cometido?; 2) por quem?; 3) em que circunstâncias? Portanto, primeiro, deve o juiz certificar-se da verdade do crime, cumprindo, assim, investigar antes de mais se o delicto existe; esta

investigação, que se chama *corpo do delicto*, é o fundamento de todo o processo inquisitório, Ord. liv. 3, tit. 62, § 1, a Lei chamada *da Reformação da Justiça*, § 4, lei I, § 4, do tit. *De Senatus-consulto Silaniano*, Boehmero, *Jus Eccles. Protest.*, liv. V, tit. I *De adcusationibus*, § XC, onde confirma esta matéria com um exemplo notável.

QUANDO SE DEVE FORMAR O «CORPO DO DELITO» NOS DELITOS DE FACTO PERMANENTE, OU TRANSITÓRIO

§ XXI — Nos delitos *de facto permanente*, que deixam vestígios, o corpo do delicto forma-se por inspecção ocular com a comparência de médicos e cirurgiões. Por isso, em caso de homicídio, o cadáver e os ferimentos devem ser vistos por peritos, e examinada a qualidade das armas, cicatrizes e envenenamento (Tit. VIII, § XII, deste livro). No furto, há que investigar a qualidade, valor e designação das coisas roubadas, e se houve arrombamento de portas ou utilização de escadas. Nos delitos *de facto transitório*, o corpo do delicto forma-se de conjecturas, que se baseiem o mais possível na inspecção ocular, e do exame sumário de testemunhas, que deponham sobre o delicto praticado. Por conseguinte, tudo o que possa demonstrar o malefício e sua qualidade e circunstâncias, deve ser investigado pelo juiz, antes de ele chegar à inquirição especial; e disso tudo deve fazer-se acto notarial, Ord. liv. I, tit. 65, § 38, e liv. 5, tit. 117, § 1, Boehmero cit., Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. III, cap. IX, § CCCXLVIII.

O AUTOR DO DELITO CONHECE-SE POR CONJECTURAS OU PELO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS

§ XXII — Depois de por inquirição geral se saber o suficiente acerca do delicto, inquirir-se-á, genericamente, do seu autor

e circunstâncias (§ XX). O autor conhece-se ou por conjecturas ou pelo depoimento jurado das testemunhas. Quanto às circunstâncias, nunca se devem omitir, pois alteram em extremo a natureza dos delictos.

QUE CONJECTURAS SE EXIGEM PARA A INQUIRIÇÃO ESPECIAL

§ XXIII — Por conjecturas entendemos aqueles argumentos que, embora não provem o delicto e o delinquente, contudo fazem alguma fé sobre a sua perpetração e o seu autor. Ora, estes argumentos são *remotos* ou *próximos*, *communs* a todos os delictos, ou *próprios* de cada um; deles falaremos em seu lugar (Tit. XVIII, § II, deste livro). Aqui apenas cumpre fixar que sem conjecturas, isto é, sem indícios *próximos* e *próprios* do delicto (quais elles sejam, necessariamente se deve deixar ao arbítrio do juiz), não há lugar nem à captura dos réus nem à *inquirição especial*.

QUANDO A DEVE O JUIZ FAZER

§ XXIV — Deve-se, por fim, chegar à inquirição especial, sempre que pela inquirição geral se forma o corpo do delicto, e se obtêm indícios que tornem certa pessoa suspeita de crime. Esta inquirição só a dirige o juiz que, presente o tabelião, pode inquirir sobre o crime, no tribunal ou na própria casa, o réu solto ou preso, e, por isso, antes ou depois da pronúncia da inquirição geral.

Leitão, na obra citada, chama às inquirições gerais *devassas*, e considera-as simples *informações*; à acusação e inquirição judiciária e especial do réu, officiosamente empreendida, chama inquirições especiais (§ XVIII, Nota).

§ XXV — O fim da inquirição especial é saber, com a maior certeza e rapidez, se o inquirido é o verdadeiro autor do crime, o verdadeiro réu, ou se está inocente. Daqui resulta o seguinte: 1) entretanto o inquirido não deve ser considerado réu antes da sentença condenatória; 2) deve-se inquirir, primeiro, genericamente, do seu nome, idade, officio e morada; 3) deve-se inquirir apenas do crime de que é suspeito e sobre o qual precedeu inquirição geral; 4) e sem juramento, para não se dar ocasião a perjúrio, Ord. liv. 3, tit. 53, § 11; 5) deve ser inquirido em pessoa, e não por meio de curador, defensor ou procurador, os quais, no entanto, são inteiramente de conceder nos outros artigos, excepto nos *responsórios*; 6) deve ser examinado calma e tranquilamente; 7) não se devem usar persuasões dolosas e promessas de impunidade ou de pena branda; 8) nem perguntas capciosas e complicadas, inadequadas à sua intelligência; 9) nem, finalmente, quaisquer sugestões, palavra em que abrangemos mesmo o chamado *bom dolo*, Coccey, Disput. LXXVI *De suggest.*, cap. últ. desde o n. 19; 10) durante o exame deve-se prestar atenção ao vulto, palidez, e outros sinais exteriores do inquirido, Ord. liv. 1, tit. 86, § 1, lei 10, § 5, do tit. *De questionibus*; 11) a resposta deve ser fielmente registada pelo escrivão com as próprias palavras do inquirido, Ord. liv. 1, tit. 79, § 3, e liv. 5, tit. 117, § 11; 12) findo o exame, deve-se ler a resposta por inteiro, para que o inquirido possa corrigir nela qualquer erro, Ord. cit., tit. 79, § 30; 13) deve-se inquirir de cada uma das circunstâncias do crime, as quais devem ser declaradas, em separado, por artigo ou pergunta, a fim de mais facilmente se entenderem; 14) e dos sócios no crime, visto que, algumas vezes, há mais de um culpado no delicto; 15) devem-se indicar ao réu os principais pontos de defesa; 16) devem-se-lhe comunicar as provas e conjecturas que pesam contra ele, e o mais que se verá do que havemos de dizer

(Tit. XVII, § XI, deste livro). Boehmero, *Elementa Juris prudentiae Criminalis*, Sect. I, cap. X, § CLXXXV.

O QUE É A DENÚNCIA

§ XXVI — A *denúncia*, isto é, a *simples delação do crime sem intenção de acusar* abre o caminho à inquirição. O denunciante não é obrigado a caucionar as custas, nem a provar o crime denunciado, cuja punição entrega ao juiz, e nisto difere da acusação e querela.

SUA DIVISÃO

§ XXVII — Divide-se em *pública*, quando o delator diz o seu nome, ou *oculta*, no caso contrário; em *jurada* ou *simples*; e em *voluntária*, quando a faz de livre vontade, ou *necessária*, quando a faz por mandado da lei.

Não pertence aqui nem a *denúncia evangélica*, de que fala Mateus, XVIII, nem a que se faz ao juiz eclesiástico, com o fim, não de ele inquirir judicialmente *ex officio* sobre o delicto, mas de corrigir com seu múnus pastoral o suspeito delinquente, ganhá-lo para o Senhor, e induzi-lo com bons conselhos a confessar espontaneamente a sua falta.

É APROVADA PELO NOSSO DIREITO

§ XXVIII — As nossas leis aprovam estas espécies de denúncia. Com efeito, não só admitem a *oculta* e *necessária* no crime de blasfémia, Ord. liv. 5, tit. 2, § 5, lesa-majestade, tit. 6, § 12, adulteração da moeda, tit. 12, § últ., crime *nefando* e semelhantes, tit. 13, § 5, mas as Ordenações citadas até premeiam os delatores. Por isso, se vêem admitir a denúncia *voluntária*, quer pública, quer particular, isto é, com expressão ou supres-

são do nome, de todos os delitos públicos, em que há lugar à inquirição geral ou especial, e à querela, Ord. liv. 1, tit. 65, § 31, vers. *E isso mesmo*, e liv. 5, tit. 118; e a *necessária* somente em certos crimes expressamente nomeados na lei.

SOBRE SE É DE ADMITIR A DENÚNCIA SECRETA

§ XXIX — No entanto, este capítulo do direito criminal, que admite as denúncias secretas, parece carecer, se houvermos de dizer a verdade, de grande emenda em toda a parte. De modo notável se exprime S. Paulo, nos Actos dos Apóstolos, XXV, 16: *Porque não é costume dos Romanos condenar homem algum, antes de o acusado ter presentes os seus acusadores, e antes de se lhe ter facilitado a defesa para se lavar dos crimes.*

Seria de desejar por razões de segurança pública e particular que se ab-rogasse toda a fé aos delatores occultos. Beccaria, no Tratado *Dei delitti et delle pene*, tomo I, pág. 28, edição de Veneza, 1781, Mr. Bernardi, *Principes des loix criminelles*, P. III, § II. Realmente, se alguém comete um acto digno de repreensão, por que não há-de ser combatido em campo aberto? Mas, se está inocente, nem a boa fé nem a recta razão padecem que seja atacado durante muito tempo por um adversário desconhecido, cujos laços occultos não pode evitar. Merece leitura integral, sobre este ponto, a oração de Cícero *Pro Sexto Roscio Amerino*, § XX, onde a odiosa carta dos delatores é pintada com cores vivas e veementemente fustigada.

E SOB QUE CONDIÇÕES

§ XXX — Porém, não desejamos que estas palavras sejam entendidas como se as delações occultas nunca possam ter lugar, porquanto, sendo do interesse público que os delitos não fiquem impunes e os facinorosos não busquem a noite para seus delitos

e fraudes e sobre eles lancem como que uma nuvem, a denúncia é muitas vezes útil. Parece-me, pois, que deve ser admitida sob certas condições: 1) sobre os delitos mais graves, mormente os que estão para se cometer, e não os já cometidos e consumados; 2) apenas sobre os que se perpetraram contra o Príncipe ou o Estado, por exemplo, os de lesa-majestade, traição, moeda falsa, etc...; 3) cumpre providenciar para que os delatores não deponham como testemunhas na matéria, ou conspiram com as testemunhas para a morte do réu; 4) mal se deve dar crédito às testemunhas que sejam da família ou casa dos delatores; 5) nunca se deve admitir denúncia dum inimigo, ou de uma pessoa suspeita por qualquer outra razão, ou de homem malvado e turbulento, mas só de indivíduos recomendáveis por vida honesta e bons costumes; 6) deve-se declarar ao denunciado o nome do denunciante, se se vir que isso é necessário para ele fundamentar a sua defesa, ou afastar a inquirição; 7) há que ser condescendente para com os laços de sangue e amizade íntima; e, por isso, os filhos, os consanguíneos e os amigos não devem ser obrigados a denunciar os pais, os parentes próximos, e os amigos, ou, caso algumas vezes sejam obrigados, se não os denunciarem, nem por isso podem ser condenados à morte, mas antes devem ser inteiramente desculpados, ou então punidos com pena extraordinária mais branda, conforme a qualidade do delito e das circunstâncias. O autor do livro, que saiu em Paris, no ano de 1775, sob o título *Derniers sentiments des plus illustres personnages condamnés à mort*, diz o seguinte no tomo I, pág. 470: *Tous les gens de bien pleurerent un homme, qui périssoit à l'âge de trente cinq ans, pour n'avoir pas voulu dénoncer son meilleur ami* (Tit. V, § XIII, deste livro); 8) finalmente, deve-se admitir a denúncia *específica*, e instruída com aquelas circunstâncias que induzem o ânimo do juiz a confiar no denunciante; 9) e somente sobre aquelas coisas *que não se podem dissimular muito tempo sem escândalo ou tolerar sem perigo*, como diz o Pontífice no cap. 24 do tit. *De adcusatio-*

nibus; 10) deve o denunciante prestar juramento sobre a verdade do que denuncia, não merecendo, por isso, qualquer consideração a denúncia escrita anónima. Boehmero, *Jus Ecclesiae Protestantis*, ao tit. *De adcusationibus*, §§ XCII e seg., Püttman, *Opuscula Juris Criminalis*, Prolusio *De delatoribus praemiis haud excitandis*.

genêricamente aprovados na Ord. liv. 5, tit. 23, no fim do princ., e tit. 117, §§ 18 e 19, Leitão, *De jure lusitano*, Tratado III *De inquisitionibus*, Quaestio X.

QUANDO TEM LUGAR A PRONÚNCIA PARA A CAPTURA DO RÉU

§ IV — A pronúncia *de reo capiendo* (de captura do réu) sòmente deve ser dada nos delitos mais graves, em que por direito caiba a pena corporal ou de prisão, obtida primeiro a prova legítima, que, se fosse judicial, bastaria para condenar o denunciado à pena ordinária ou pelo menos à extraordinária do delito. E é esta a regra máxima.

QUAIS OS CONSECTARIOS DESTA REGRA

§ V — Desta regra segue-se: 1) que o juízo criminal não deve começar pela captura do denunciado; 2) que para a decretar não basta a querela do moribundo; 3) nem a suspeita de fuga; nem 4) a fama ou o rumor público do delito; nem 5) a informação meramente verbal; 6) é necessária a informação escrita, constante dos autos e do *sumário*; 7) e não qualquer prova, mas a *legítima*, isto é, a chamada *plena* ou *semiplena*, a qual, suposto não chegue para a condenação do réu, basta nos delitos mais graves para a sua captura.

Apenas o réu *verdadeiro* ou *presumido* deve ser preso; porém, a presunção só pode ser deduzida das testemunhas produzidas no instrumento da *querela* ou *inquirição*, mesmo que não se haja citado a parte. Não bastam as *meras conjecturas* para a captura; mas parece que bastam as *conjecturas veementes*, Leitão, *De inquisitionibus*, Tratado III, Quaestio X, n. 4, ainda que não cheguem para a condenação, como diremos em seu lugar (Tit. XVIII, § V, deste livro). Porém, neste ponto, atribuir-se-á muita importância ao arbítrio do

TÍTULO XIV

DA PRONÚNCIA DOS RÉUS

O QUE É A PRONÚNCIA

§ I — A pronúncia, não é mais do que o decreto dado pelo juiz sobre a inquirição ou querela, e que contém o nome do réu e o modo como se deve purgar do crime de que é acusado.

DIFERE DA SENTENÇA CRIMINAL

§ II — Difere da sentença *absolutória* ou *condenatória*, porque esta absolve ou condena o réu, e decide a causa criminal, ao passo que a pronúncia apenas torna o réu suspeito do crime e declara o modo de *livramento* que ele deve seguir, conforme a qualidade da suspeita e do crime.

DIVERSOS MODOS DE PRONÚNCIA

§ III — A pronúncia do juiz sobre a inquirição ou querela, e o livramento do réu do crime de que é acusado, é *ordinária*, quando o réu *solto* se purga do crime, ou *especial*, quando *seguro* ou *preso* dele se livra. E são exactamente estes os modos de pronúncia e livramento, seguidos no foro, que se vêem

prudente juiz, Ord. liv. 5, tit. 117, § 12, no fim. Em caso de rixa, deve o magistrado prender, sem qualquer inquirição e apenas por inquirição verbal, os que julgar culpados, soltando-os, no entanto, dentro de dois dias, se não houver culpa formada, Ord. liv. 1, tit. 65, § 37.

Podem igualmente prender os que forem denunciados por crimes capitais, os quais, no entanto, devem ser inteiramente libertados, se contra eles não houver culpa formada dentro de oito dias, Lei chamada *Da reorganização da Justiça* de 6 de Dez. de 1612, § 14. Se exceptuarmos estes dois casos, parece que apenas deve ser preso aquele que em querela *perfeita* ou em inquirição *especial* aparece como criminoso, e é esta a regra da Ordenação liv. 5, tit. 119, no princ., confirmada por várias leis de D. Afonso IV, D. Pedro I, e D. João I, mencionadas na Ordenação Afonsina liv. 5, tit. 58 (Tit. XV, § X, Nota, deste livro). Os nobres de primeira ordem não são presos sem licença de El-Rei, Ord. cit., tit. 119, § 3. O culpado que está em território doutro juiz, deve ser preso por carta precatória a este enviada, a qual conterá, sumariamente, o nome do delinquento, o delicto, e o género de prova, Ord. tit. 119, § últ. (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. IX, § X). Contra o decreto de captura do réu pode-se interpor *agravo*. Febo, P. I, Arresto 101, Mendes, in *Praxis*, P. II, cap. I, § I, n. 1.

A PRONÚNCIA SOBRE O LIVRAMENTO DO RÉU

«COMO SEGURO»

§ VI — A pronúncia, que concede a liberdade ao réu *como seguro*, deriva mais da praxe e estilo forense que das leis. Tem lugar nos crimes mais leves, que admitem a concessão de *cartas de seguro* pelo juiz, e também nos mais graves, não plena e devidamente provados, isto é, não provados no suficiente para o juiz decretar a captura, Ord. liv. 5, tit. 117, §§ 18 e 19, *ibi*: *quando pelos summarios das querelas não for tanto provado, per que os querelados devam ser presos*. E, deste modo, defende o nosso Leitão, lugar cit., nn. 20 e 21, esta praxe, que, eu confesso, não tem lei em que se apoie.

§ VII — Nos crimes mais leves, conhecidos por ocasião dalguma querela geral, tem lugar a pronúncia, que chamamos *ordinária*, ou porque incide sobre crimes ordinários, ou porque se forma na ordem ordinária dos juízos, ou porque o réu defende-se solto; não pode, por isso, ser preso antes da sentença, nem é obrigado a estar na audiência. Leitão cit., n. 22.

Também nos delitos capitais, se o réu estiver preso, deve-se-lhe conceder o livramento *ordinário*, assim como também se deve acusar o crime pelo modo ordinário, isto é, com libelo, contestação, etc..., e defender o réu, quando, da inquirição especial contra ele tirada ou da sua confissão, o crime não surge plena e perfeitamente provado, caso este em que não há lugar ao livramento *sumário*.

NÃO SE DEVE PRESTAR FÉ NENHUMA AS TESTEMUNHAS PRODUZIDAS EM PROCESSO INQUIsitÓRIO

§ VIII — Cumpre, finalmente, advertir aqui que não se deve dar fé alguma às testemunhas produzidas em querela, e em inquirição geral ou especial, naquelas matérias que dizem respeito à decisão ou condenação da causa criminal, visto haverem sido oferecidas sem citação da parte, Ord. liv. 1, tit. 86, no princípio. No entanto, fazem fé ao juiz para ele dar a pronúncia da querela ou inquirição.

As testemunhas devem ser examinadas perante o adversário, ou pelo menos deve-se-lhes dar juramento na presença dele, Ord. cit., tit. 86, no princ.: *O qual juramento lhe será dado perante a parte, contra quem he chamada, se ella a quizer ver jurar*, e liv. 3, tit. 62, § 1, *ibi*: *perguntando as testemunhas outra vez, e vendo a parte como jurão* (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVII, § VI).

§ IX — Por conseguinte, não fazem fé nenhuma as testemunhas produzidas sem a parte ser citada, salvo se forem examinadas novamente com citação dela, Ord. liv. 3, tit. 62, § 1, ou salvo também se forem consideradas e aprovadas pelo réu como *judiciais*, do que se lavrará instrumento especial, assinado pelo réu e autenticado pelo tabelião e duas testemunhas, Ord. liv. 1, tit. 24, § 20, e liv. 3, tit. 32, § 1. Todavia, eu não desejaria que isto se entendesse no sentido de que as testemunhas, tornadas judiciais pelo consenso e expressa ratificação do adversário, façam prova perfeita sobretudo nos delitos mais graves, ou sejam indiscriminadamente admitidas em todos os juízos criminais, mas no de que algumas vezes validam o processo inquisitório, em direito rigoroso inválido por falta de citação, ressaltando-se sempre as excepções ao réu, o que muito importa notar. Com efeito, nas causas-crimes, tal como nas cíveis, nunca se devem admitir as ficções ou as presunções de direito, mas apenas as provas verdadeiras (Tit. XVII, § VII, deste livro).

CONSECTARIOS DA DOCTRINA EXPOSTA

§ X — Nestes termos, podem-se tirar daí os seguintes consec-tários: 1) o réu, que fez das testemunhas de *justiça* testemunhas judiciais, pode confutá-las e rejeitá-las, pois com a ratificação não renunciou ao seu direito, mas apenas supriu e dispensou, com a aprovação da lei, o efeito e solenidade da citação que a lei introduziu em seu favor; 2) esta ratificação ou renúncia sòmente pode ter lugar nos delitos mais leves, a que foi imposta pena pecuniária; 3) não tem importância e efeito nenhum nos crimes capitais ou semelhantes, que admitem as penas de morte, infâmia, ou exílio além de dez anos; 4) por isso, mesmo

que espontâneamente feita pelo réu, não deve ser admitida nestes crimes, tendo as testemunhas que ser de novo interrogadas depois dele citado e na sua presença; pode, na verdade, acontecer que no segundo interrogatório acrescentem ou tirem algumas coisas em seu favor; 5) as testemunhas mortas ou ausentes do Reino não fazem fé nas causas-crimes, mas só nas cíveis; e assim se devem entender as Ordenações, liv. 3, tit. 16, § 1, no fim, e tit. 62, § 1; 6) no processo *sumário* prescrito na Ordenação, liv. 1, tit. 1, § 16, em que se manda o réu falar de direito e factó dentro de cinco dias, as testemunhas oferecidas na inquirição devem ser examinadas na presença do réu, depois deste citado, ainda que ele não queira e se oponha, visto que ninguém é dono de seus membros, nem, além disso, a autoridade dos juízes nem o sentido humano dos nossos tempos padecem que, quando se trata duma vida humana, se omita o mais insignificante daqueles elementos que se presumem contribuir, de qualquer modo, para absolver ou punir o réu com as penas devidas. Acresce que a razão natural e civil, e a recta ordem dos juízos, que rigorosamente se deve observar, sobretudo nas causas capitais, parecem exigir ao máximo este reexame das testemunhas. É, portanto, absurda a praxe em contrário, para cuja legitimação não basta a autoridade de Febo, P. II, Aresto 188. São muito melhores os ensinamentos de Mendes, in *Praxis*, liv. V, cap. I, § VI, onde quase concorda conosco. Apraz-nos notar aqui de passagem, como último consec-tário, que os erros do processo criminal, quer os chamados *substantanciais*, quer os *acidentais*, viciam o processo, e nem mesmo na Relação podem ser supridos, pois, que eu saiba (a Ord. liv. 1, tit. 5, § 12, e o Assento da Casa da Suplicação de 20 de Março de 1606 determinam o contrário), nenhuma lei até hoje deu à Relação semelhante poder; em boa verdade, a Ord. liv. 3, tit. 63, fala das causas cíveis.

TÍTULO XV

DO RÉU PRESO SOB HOMENAGEM
OU COM FIADORESCHAMAM-SE PRESOS OS RÉUS SOB HOMENAGEM
OU SOB FIANÇA, E PORQUE

§ I — Dizem-se, verdadeiramente, presos, não só os detidos em cárceres públicos, mas também os soltos, que se defendem sob homenagem ou com fiadores, visto não poderem, impunemente, deixar de comparecer em juízo nem afastar-se do local destinado. Febo, P. I, *Decisio*, 3, nn. 3, 4, 5 e 6.

O QUE É HOMENAGEM

§ II — Chama-se aqui homenagem ao *privilégio que livra os nobres dos cárceres públicos, enquanto não for dada a sentença criminal, sendo-lhes designado certo lugar para custódia.*

Há mais de um significado de *homenagem*; no entanto, toma-se, em sentido especial, pelo juramento de *fidelidade* ou *clientela*, e pelo direito de livre custódia, que deve ser concedida aos nobres, mais branda ou mais rigorosamente, conforme a qualidade deles e do delito (Tit. I, § XX, deste livro; Liv. II, Tit. III, § LXIII).

§ III — É concedida aos nobres citados na Ord. liv. 5, tit. 120, Man. 67, Afons. 94, quais são: 1) os fidalgos de nascimento; 2) os assentados no livro dos nobres; 3) os nobres que chamamos simplesmente Cavaleiros; 4) os feitos cavaleiros na guerra, e confirmados por diploma régio especial; 5) os Cavaleiros das Ordens Militares do Reino; 6) os desembargadores; 7) os doutores de ambos os Direitos, e de Medicina; 8) os escrivães da Fazenda Real e do Senado; 9) as mulheres e as viúvas dos sobreditos, enquanto levarem vida honesta. A estes costuma-se juntar vulgarmente os magistrados inferiores, como os corregedores, os provedores, os juizes de fora, os doutores de Teologia e Filosofia, os professores públicos e régios (Ver Decreto de 14 de Julho de 1775), os advogados, e talvez outros, que não vêm mencionados na Ord. citada. Os pais gozam da nobreza dos filhos, e, por atenção a estes, do direito de homenagem. Febo, *Decisio* 154, e Aresto 76.

E EM QUE DELITOS

§ IV — Porém, a homenagem só foi concedida nas causas pecuniárias, não tendo, por isso, lugar nos crimes por sua natureza infamantes, em que se perde a nobreza, ou nos não infamantes, que são punidos com a morte natural ou civil, Ord. citada. Ora, diz-se que morrem civilmente não só os *banidos*, os proscritos, e os privados dos direitos de cidadania pela lei, ou pelo homem, isto é, por sentença do juiz, mas também os desterrados perpétua ou temporariamente com confisco de bens. Febo, P. II, *Decisio* 155 (Instituições, Do direito das pessoas, Tit. II, §§ XII e XIII, e Tit. V, § XXI).

POR QUEM E COMO DEVE SER CONCEDIDA, E DA PENA
PARA O QUE QUEBRA A HOMENAGEM

§ V — A homenagem deve ser pedida ao juiz que decretou a captura, Ord. cit., tit. 120, no princípio, *ibi: serão presos sobre suas homenagens, as quaes devem fazer aos Juizes, que os prenderem, ou mandarem prender*. Porém, quando a nobreza do réu é manifesta e notória, a homenagem ser-lhe-á concedida pelo juiz sem prévia informação e sem citação do adversário, Ord. liv. 3, tit. 86, § 18, *ibi: será preso conforme a qualidade de sua pessoa*. Na dúvida, não deve ser concedida sem se ouvir o adversário, ficando entretanto o réu detido em cárcere público, Febo, P. II, Aresto 50. O juiz, de quem se concede apelação ou agravo, não pode ampliar ou estender a homenagem que deu; todavia, havendo justa causa, pode fazê-lo o Regedor da Casa da Suplicação ou o Governador da Relação do Porto. Valasco, *Adlegatio* 13, nn. 10 e 11. Aquele que quebrar a homenagem, e se afastar do local destinado, perde o privilégio, devendo, por isso, ser lançado na prisão, donde só pode ser solto por Alvará especial do Rei que lhe conceda a restituição da homenagem quebrada, Ord. liv. 5, tit. 12, § últ. (Tit. I, § XX).

A SIMPLES PROMESSA DO RÉU NÃO O LIVRA DA PRISÃO

§ VI — Pelo nosso direito, não se solta o réu detido em cadeia pública com base na sua simples promessa, por mais leve que seja o delito, e maiores os seus recursos. No direito romano, não é assim, lei 1 do tit. *De custodia et exhibitione reorum*.

NO ENTANTO, LIVRA-O A FIANÇA CRIMINAL, E QUE COISAS
ESTA COMPREENDE

§ VII — Todavia, solta-se o réu, dando fiadores de que comparecerá perante o juiz em qualquer tempo que for cha-

mado, ficando as fianças obrigadas às custas e danos, e à multa chamada *emenda*, Ord. liv. 5, tit. 131, no princ., *ibi: serão obrigadas á emenda, satisfação, e custas*. Se o réu fugir, o fiador sofre a mesma pena que o réu deveria sofrer, se não fugisse. Quanto às custas, dano, e emenda, o fiador é obrigado a elas, se a fiança for de qualquer modo quebrada, o que acontece, e o réu não comparecer em juízo nos dias fixados, Ord. cit., § 1.

Pouco ou nada interessa conhecer as fianças criminaes, derivem elas dos Romanos, ou dos Germanos e povos vizinhos. Heinéccio, *Elementa Juris Germanici*, liv. III, tit. IX, § CCCXLIX. Uma coisa é certa: o seu uso já era forte no reinado de D. Dinis, visto que ele deu uma lei em 5 de Junho do ano 1356 da Era, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 51, Filip. tit. 131, em que proibiu se soltassem, antes da sentença, os réus presos e detidos em cadeias públicas, e se confiassem à fé própria ou alheia, ou libertassem sob fiança. Todavia, com o andar dos tempos, esta faculdade, que antes de D. Dinis competia a cada magistrado, foi estendida ao Desembargo do Paço e só a este concedida, e a tanto ficou reduzido o direito antigo. As disposições, que o direito romano tem no tit. *De custodia et exhibitione reorum* do Digesto, nem todas quadram às nossas leis e costumes.

EM QUE CRIMES E POR QUE JUIZES DEVE SER
ADMITIDA A FIANÇA

§ VIII — Nos delitos, que levam à pena capital ou corporal, não se admitem fiadores; realmente, ninguém se pode obrigar a sofrer essas penas, visto ninguém ser senhor dos seus membros. Mantém-se, no entanto, a obrigação, no que respeita às despesas, satisfação e emenda. Mas, se um encarcerado por delito capital, tiver e alegar em seu favor tantas coisas, que não seja de recear a sua condenação à morte, então devem-se admitir fiadores, e, uma vez eles dados, soltar o preso. No entanto, como tal libertação contém certa dispensa das leis, só o Desembargo do Paço a concede, depois de obtida a informação do juiz sobre o delito, Regimento do Desembargo do Paço, §§ 24

e seg., tirado da Extravagante que vem em Leão, p. 1, tit. 4, lei 1, § 105. O Conselho Geral do Santo Officio concede, tal como o Desembargo do Paço, alvará de fiança criminal aos seus officiais e outros privilegiados, Alvará de 4 de Fevereiro de 1645, apud Guerreiro, *De privileg. familiar.*, cap. XVI, no fim (e na Colecção I à Ord. liv. 1, no fim, ao cit. § 24 do Regimento do Paço, N. 3).

E DE QUE MODOS SE DISSOLVE

§ IX — A obrigação do fiador criminal dissolve-se por estes modos especiais: 1) com a captura do réu principal, Ord. liv. 5, tit. 131, § 1, *ibi: e os fiadores ficarão desobrigados da fiança, tanto que elles presos forem;* 2) com a sentença criminal dada dentro do tempo do rescrito de fiança, porquanto o fiador apenas se quis obrigar até à sentença; 3) e, assim, logo que esta seja proferida, dissolve-se a obrigação, mesmo antes que o réu compareça em juízo, seja preso, ou pague a condenação, Febo, P. II, *Decisio* 131, n. 6; 4) com a morte do réu principal, porque, ocorrendo ela, já não pode haver questão sobre o crime, ou a fiança por esse crime ocasionada; e 5) com a morte do fiador; com efeito, esta obrigação accessória, visto que tem por fundamento um delicto, deve ser considerada criminal, e não passa aos herdeiros; 6) com a extinção do tempo que foi compreendido no rescrito da fiança. Por isso é que, se esse tempo for prorrogado, não se considera prorrogada a fiança, sem expresso consentimento do fiador; na verdade, em chegando o dia do primeiro rescrito, a obrigação da fiança extingue-se por estar restringida a esse dia; e nenhuma razão civil ou natural permite que essa obrigação se estenda ao segundo ou terceiro rescrito, depois concedidos no Desembargo do Paço. Mendes, in *Praxis*, P. II, liv. V, cap. I, Apêndice III n. 29.

Obsta a Ordenação citada, tit. 131, § 3, Man. 92, onde a fiança criminal dada por certo tempo não se extingue com o termo deste,

ibi: E quando alguma pessoa for dada sobre fiança, para se livrar até certo tempo, e depois lhe for reformado huma vez, ou muitas, sempre a fiança ficará obrigada, como d'antes era, sem os fiadores, e abonadores poderem allegar, que não fiarão mais quo até certo tempo. Por esta mesma Ordenação, os fiadores dados por certo tempo para o contrato de rendas régias, são obrigados para sempre, e só se livram pagando a dívida, *ibi: O que tambem haverá lugar em quaesquer fianças feitas para quaesquer contractos, ou rendas nossas. E posto que os fiadores nas fianças digão, que fãõ com contraria condição sem embargo desta Ordenação, a tal clausula não valerá cousa alguma.* Porém, nada há mais absurdo do que uma pessoa ser obrigada, contra a sua firme vontade, para além daquilo que prometeu e expressamente estipulou; no entanto, é isso que está estabelecido na Ordenação citada, a qual eu não ousou defender de manifesta iniquidade. Bem sei que Febo, P. II, *Decisio* 131, e outros, a entendem do tempo convencionado para pagamento, não do convencionado para a obrigação, como pensando que a obrigação dura, se o tempo for aposto ao pagamento, e se extingue, se for aposto à obrigação; e, deste modo, julgam que aquela Ordenação está bem e conforme com a razão do direito. Mas, além de esta questão ser difficil de explicar, e de, seja qual for o modo como se conceba, se verificar em todo o caso que o fiador se obriga sem consentir, o que a razão do direito de modo nenhum admite, a referida Ordenação pouco faz para defesa do fiador. Deve, portanto, ser attribuída, por um lado, ao sumo e estrito direito romano, atento o qual o tempo não era um modo de solver a obrigação, e, por outro, ao favor especial e extraordinário do fisco, que sobretudo nas últimas leis dos Romanos dominava em absoluto; estes dois factores levaram os Compiladores a estabelecer que os fiadores criminaes ou cívics, dados por contrato, fossem, com a prorrogação do tempo, obrigados em favor do fisco, ou a pagar, ou a comparecer em juízo, mesmo contra sua firme vontade. Porém, esta jurisprudência, que não se apoia em razão nenhuma, mas em mera subtiliza, não pode hoje ter lugar (Instituições, Do direito das coisas, Tit. VII, § VIII, e Das obrigações e acções, Tit. V, § V).

DA CUSTÓDIA SOB FIANÇA

§ X — Até aqui falámos do livramento do réu sob fiança judicial, da qual trata a Ord. cit., liv. 5, tit. 131, Man. 92. Se-

gue-se a fiança especial inventada pelo nosso direito, pela qual o réu pretende livrar-se, não do crime, mas da cadeia pública, dando fiadores que se responsabilizam pela sua custódia; nós chamamos-lhes *fiéis carcereiros*, e deles fala nomeadamente a mesma Ordenação, tit. 132, Man. 91. Embora estas fianças sejam diversas por sua natureza, sendo, por isso, cada uma delas tratada em títulos diferentes, todavia, porque visam o mesmo fim principal, isto é, a libertação da cadeia pública, mal se distinguem entre si, e costumam juntar-se no mesmo alvará, Ord. cit. tit. 132, Febo, P. II, Aresto 133.

Semelhavelmente, não as concedem os juizes do crime, mas o Desembargo do Paço, apenas nos delitos mais leves, Ord. citada. Ora, a livre custódia sob fiança deve ser favorecida ao máximo, pois por meio dela as leis criminais, exageradamente rígidas, de certo modo abrandam-se e fazem-se mais humanas. Expliquemos porquê. Não podem ser lançados na cadeia senão os apanhados *em flagrante*, ou os condenados por sentença do juiz, ou os convencidos por confissão própria, ou pelo menos os suspeitos por *indícios violentos*, e, além disso, não está decretado que o *habeas corpus* (religiosamente observado na Inglaterra) tenha lugar nos crimes pecuniários, mas só nos capitais ou quase; todavia, as leis de todas as nações deixam neste ponto larga margem ao arbitrio do juiz, o qual nada mais ignora que o seu officio, e por summa ignorância ou malícia se persuade de que pode prender um inocente por três dias, mesmo sem quaisquer indícios ou com indícios insuficientes, de *motu próprio*, ou como dizem de *poder próprio*, quer a pedido dos poderosos, quer para fins correcionais, jurisprudência esta que é a mais perigosa que se pode imaginar para o género humano. Por estas razões, enquanto não se reformarem para melhor as leis criminais, e não se virem juizes dotados de tal sagacidade e sabedoria, que se lhes possa confiar com o menor risco o juízo sobre a vida e liberdade dos cidadãos, sou de opinião que ou o réu deve ser preso, ou confiado aos fiadores, ou, finalmente, à sua promessa, conforme a qualidade do crime que lhe é imputado, ou atendendo a suas enormes honras e recursos, ou conforme a dignidade do acusado; e, por consequência, que não se deve encarcerar aquele que está pronto a dar fiadores. E é quase esta a doutrina do

direito romano, nas leis 1 e 3 do tit. *De custodia et exhibitione reorum*, que vemos aprovada e ampliada no novo Código do Grão-Ducado da Toscana, §§ XV e seg., nas Instruções dadas para a elaboração do Código da Rússia, §§ CLVIII e seg., e na Constituição da Pensilvânia, cap. II, Sect. XXXIX.

gar, como aprovou ao nosso Mendes, mas de manter, e, se possível, ampliar ao máximo (§ IX, Nota, deste Título).

TÍTULO XVI

DAS CARTAS DE SEGURO

O QUE SÃO AS CARTAS DE SEGURO, E EM QUE DIFEREM DO LIVRAMENTO SOB FIANÇA E DO SALVO-CONDUTO

§ I — Entendemos aqui por *carta de seguro*, o decreto em que o juiz competente concede, ao réu pronunciado para captura, a faculdade de comparecer impunemente em juízo, e, sob certas cláusulas, regressar solto do crime de que é acusado. Difere do livramento sob fiança: 1) porque não requer nenhuns fiadores; 2) porque, em rigor, não é concedida pelos desembargadores do Paço, mas pelos corregedores e outros juizes, de quem falaremos no § IX deste Título; 3) porque é dada somente aos réus pronunciados para captura, mas ainda soltos, e não aos já recebidos em cadeia pública. Outras diferenças, expõe-nas Febo, P. II, Aresto 161. Difere também do salvo-conduto judicial, porque este apenas é concedido, sob caução de fiança ou pelo menos de penhor, ao réu ausente que o pede. Boehmero, *Elementa Jurisprudéntiae Criminalis*, Sect. I, cap. VIII, §§ CLIII e CLXI.

DA SUA ORIGEM E JUSTIÇA

§ II — A sua origem é devida às leis e costumes nacionais. E, como de princípio foram introduzidas por justa causa pública, que ainda agora dura, acho que o seu uso não é de ab-ro-

Debalde se busca a origem das cartas de seguro no direito romano, como já disse noutro passo (*História do Direito Civil Português*, no Prefácio, pág. XLIV). D. Pedro I concedeu, a rogo do povo nas Cortes de Elvas, cartas de seguro *gerais* para todos os crimes, excepto os de traição. D. João I fixou em certos limites o seu uso geral, por uma lei especial, referida na Ord. Afons. liv. 5, tit. 57, da qual foi tirada a Ord. Filipina, liv. 5, tit. 129, e a Man. tit. 49. Juntaram-se, depois, as Extravagantes de 6 de Dezembro de 1612, de 10 de Janeiro de 1692, 29 de Março de 1719, 16 de Agosto de 1722, e outras, cujo número só por si seria difficilissimo calcular, visto ser quase infinito. Os principais motivos que determinaram a sua concessão foram os seguintes. *Primeiro*, porque se deve dar pouca fé às inquirições, querelas, e denúncias, quer gerais, quer especiais, occultas, secretas, e extrajudiciaes, isto é, tiradas na ausência do adversário ou sem a sua citação. *Segundo*: como tais inquirições finalmente recebidas entre nós começavam a ser cada vez mais frequentes, e os juizes até pronunciavam para captura pessoas levemente suspeitas mesmo de crimes leves, acontecendo, assim, que alguns, aliás bons cidadãos, com medo da prisão (a que mesmo o varão constante não é inacessível) fugiam e ausentavam-se do Reino, demandando países estrangeiros, bem e sábiamente se estabeleceu que, sem qualquer temor, se livrassem, *seguros*, do crime que lhes era imputado. No Artigo 84.º das Cortes de Elvas lê-se: *Ao que dizem no oitenta e quatro artigo, que muitos natuæes da nossa terra andam fora della por alguis malleficios, em que os culpam, e receam de vir estar a direito, porque som tiradas em seus feitos enquirições devassas, as quæes a elles som muito sospeitas, por alguis testemunhas que hi som perguntadas, que per direito lhes nom empeceriam seus ditos, e por Taballiaens outro sy: e que se seguros fossem, ataa que contra elles fosse achado judicialmente per que devessem ser presos, veriam pera a terra, e povoalla-hiam, o que a Nós seria serviço: e pediamnos por mercee, que mandassemos dar a todos Cartas Geraaes, per que fossem seguros pollos malleficios, que lhes era dito que fezerom, perante os Juizes das Comarcas, pela guisa suso dita*. Nestes termos, e enquanto subsistirem semelhantes leis criminaes, é útil e necessário o uso das cartas de seguro, o qual de maneira nenhuma se deve ab-rogar, como desejava o nosso Mendes.

§ III — Há que distinguir as cartas de seguro das chamadas *seguranças reaes*, de que fala a Ord. liv. 1, tit. 7, § 20, e liv. 5, tit. 128, Man. 50. Com efeito, os juizes do crime não concedem estas seguranças aos criminosos e culpados, que vão ser presos, mas aos inocentes e aflitos, que, como diz o Imperador Marciano na lei 5 do tit. *De his qui ad Ecclesiam confugiunt* do Código, *podem ir ao juiz e pedir-lhe legitimo auxilio, quando entendam que alguém pratica contra eles actos atentatórios das leis*. Pertencem ao officio de todos os juizes, e devem ser concedidas, mediante breve informação extrajudicial tomada pelo juiz, a todos os que têm alguma coisa a recear doutro, e, por isso, imploram o auxilio da *justiça*. Cabedo, P. I, *Decisio* 25.

E DAS SEGURANÇAS CONCEDIDAS PELO DIREITO DE ASILO

§ IV — A imunidade, ou asilo civil concedido a certos lugares, é uma espécie de segurança, e as cartas dadas pelos juizes especiais desses lugares concedendo, para durante certo tempo, livre trânsito pelo Reino ou algumas das suas províncias, chamam-se, e bem, cartas de seguro, Ord. liv. 5, tit. 123, Man. 52, Afons. 6r. Não obstante, todos facilmente vêem que elas são completamente diversas e distintas das seguranças de que estamos tratando.

Caminha, Nouvel e outras povoações dos extremos do Reino eram outrora havidas por nós como espécies de cidades de refúgio, e davam asilo aos culpados; porém, isto, com a vinda de melhores tempos, acabou por ser ab-rogado por D. Pedro II, na Carta de Lei de 10 de Janeiro de 1692 (Instituições, Do Direito Público, Tit. VI, § XV, Nota).

§ V — Ora, as nossas cartas de seguro são ou *afirmativas*, isto é, *confessativas*, Ord. liv. 5, tit. 129, no princ., e § 1, tit. 124, § 23, e liv. 1, tit. 15, no princ.; ou simplesmente *negativas*, Ord. citada; ou *negativas coarctadas*, Carta de Lei de 6 de Dezembro de 1612, § 1, apud Ord. liv. 5, tit. 129, Coleção I, N. 1.

DA CARTA DE SEGURO AFIRMATIVA

§ VI — Pede *carta confessativa* aquele que confessa haver cometido o delicto, mas em defesa de seu corpo, ou por outra justa causa que exclua o delicto, e que ele deve, por isso, declarar. Porém, esta confissão do delicto para conseguir a segurança, como não é feita espontaneamente, mas com medo da cadeia, não basta para a condenação do réu, salvo se por outro meio legal se provar o delicto, Ord. liv. 5, tit. 124, § 21, *ibi: o tomar da Carta, ou Alvará, e o quebrantamento della o não obrigue a pena alguma*. Cabedo, P. I, *Decisio* 67, n. 2, Febo, P. I, Aresto 126, Valasco, *Adlegatio* 67, n. 37.

DA NEGATIVA, E COARCTADA

§ VII — Pede *carta negativa* aquele que, seguro da sua inocência, nega absoluta e simplesmente o delicto, devendo ser-lhe imediatamente concedida, sem necessidade de qualquer informação prévia. Neste caso, não se requer menção especial do delicto; basta que o réu apresente petição geral ao juiz para que o dê *seguro* de todos os crimes que por direito pode, Febo, P. I, Aresto 136, Leitão, *De securitatibus*, Quaestio XV. Algumas vezes concorre a *afirmativa* com a *negativa*, o que acontece, quando o réu confessa um delicto com defesa, e nega ou-

tros em geral ou especial. Aquele que pede carta *negativa coarctada*, nega realmente o delicto, mas, além disso, acrescenta que, no dia em que dizem ter sido cometido, estava tão longe do lugar, que não o poderia cometer pela força das circunstâncias, Ord. liv. 5, tit. 124, § 1. Para se alcançar esta carta, é necessário descrever o delicto com todas as qualidades, que o costumam diminuir ou aumentar; além disso, não é concedida sem vista prévia do processo de inquirição ou querela, segundo a citada Extravagante de 6 de Dezembro de 1612, § 1.

ANTES DA CONCLUSÃO NÃO SE DEVE ENCARCERAR O SEGURO

§ VIII — Uma vez concedida a carta de seguro, não deve o réu ser preso antes da conclusão da causa, assim como também não, mesmo que esta esteja conclusa, se, visto o processo, for evidente que ele deve ser absolvido, Ord. liv. 5, tit. 124, §§ 5, 22 e 23. E é este o principal e natural efeito de semelhantes cartas, que o juiz e o réu tiveram diante de si na sua concessão, e que se prova admiravelmente com a cláusula habitualmente nelas posta: *Que não seja preso até se achar contra elle tanto, per que o deva ser*. Daí resulta que: 1) o réu não deve ser encarcerado enquanto se examinam as testemunhas e seus depoimentos; nem 2) durante a contestação da lide; ou 3) quando se dá por conclusa a causa, salvo se dos autos se vir claramente que o réu deve ser condenado; e, por isso, 4) que a carta de seguro, quer confessativa, quer negativa, concedida por qualquer juiz (desde que competente) livra o réu da cadeia até à conclusão da causa, enquanto ele não transgredir os termos nela prescritos.

No entanto, muito obsta a Ordenação, liv. 5, tit. 129, § últ., tirada do Alvará del-Rei D. Sebastião de 21 de Janeiro de 1564, apud Leão, p. 3, tit. 3, lei 3, onde, sem embargo de carta de seguro nega-

tiva, o juiz, que conhece da causa, deve encarcerar o réu, que estiver pronunciado para captura pelos juizes nessa Ordenação designados. Muito obsta também a Extravagante de 6 de Dezembro de 1612, §§ 3 e 4, onde se manda prender o réu, que obteve carta *confessativa* ou *negativa*, se, ao tempo da contestação da lide, se vir que ele deve ser condenado pelas provas da devassa, e que, vista esta, não lhe cabe nenhuma defesa do delicto. Porém, estes novos direitos foram motivo para os *Praxistas* travarem, durante muito tempo, grandes disputas sobre se e quando deve o seguro ser preso, e quando se considerará o delicto tão provado, que, não obstante a carta de seguro, deve ser encarcerado por isso. Por mim entendo que a segurança concedida por juiz competente, por injusta que seja, deve ser religiosamente observada, contanto que haja sido dada de harmonia com a lei. Depois, sou de opinião que as provas deduzidas de inquirição geral ou especial, embora bastem para pronunciar a captura, não são suficientes para a condenação do réu. Por consequência, o réu, antes de contestar a lide, e deduzir as suas excepções, não deve ser havido como verdadeiro culpado nem encarcerado. Daí resulta também que é manifestamente injusta e iníqua a lei que ordena que o juiz quebre a palavra, que deu, de não prender o réu, enquanto o seguro, que recebeu a sua palavra, não transgredir os termos nela prescritos. Doutro modo pensam Febo, Valasco, Leitão, *De securitatibus*, Quaestio III, e outros, que não há lugar de referir.

POR QUE JUIZES, EM QUE CRIMES, E QUANDO DEVE SER CONCEDIDA A SEGURANÇA; E, UMA VEZ CONCEDIDA, QUANDO PODE SER QUEBRADA

§ IX — As seguranças são concedidas em todos os delictos, mesmo nos mais graves, como o de apostasia tratada em juízo secular, traição cometida sob aparência de amizade, moeda falsa, sodomia, violência contra juizes ou seus officiaes, e homicídio doloso, sobre os quais dão carta de seguro os Corregedores do Crime da Corte, depois de visto o processo na Relação, Ord. liv. 1, tit. 7, §§ 8, 9 e 10, Carta de Lei de 6 de Dezembro de 1612, § 1. Para os outros crimes dão carta de seguro

os Corregedores das Comarcas, Ord. liv. 1, tit. 58, § 40. Os Ouvidores dos Senhores não as concediam sem privilégio especial, mas hoje, como estão iguallados aos Corregedores régios e usam o mesmo nome, podem concedê-las. Pelo que respeita aos officiaes da justiça, só o juiz da Chancelaria lhes concede a segurança pelos delitos que cometerem em seu officio, Ord. liv. 1, tit. 7, § 13, e tit. 14, § 1. O réu de delito económico ou de policia, como o que usa armas defesas, se arroga honras e direitos indevidos, ou exerce o monopólio, não pode obter carta de seguro, Alvarás de 9 de Dezembro de 1606 e 29 de Março de 1719, Decretos de 3 de Outubro de 1672, 25 de Janeiro de 1679, 1 de Março de 1692, e 1 de Julho de 1752. Os juizes, a quem compete a faculdade de conceder cartas de seguro, podiam passar até três, Ord. liv. 5, tit. 129, § 2; a quarta não era passada sem alvará especial do Desembargo do Paço, § 80 do seu Regimento. Hoje, porém, ab-rogada a Ord. liv. 5, tit. 129, §§ 2 e 6, nos delitos capitais apenas a primeira carta de seguro quer confessativa quer negativa é concedida pelos Corregedores do Crime da Corte e só depois de examinado o delito na Relação; a segunda só pelo Desembargo do Paço pode ser concedida com conhecimento da causa; cada uma delas dura um ano, e, decorrido este, os réus são presos, Carta de Lei de 10 de Janeiro de 1692 e Decreto de 13 de Setembro de 1691. Podem ser pedidas e obtidas logo após a prática do delito. No entanto, para os homicídios e ferimentos graves, só se pode pedir a negativa, passados que sejam, respectivamente, três meses ou trinta dias, Ord. liv. 5, tit. 129, no princ., tirada da Lei de D. João I, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 44. A *confessativa* pode-se pedir immediatamente. A *negativa coarctada* não se concede, nestes mesmos crimes, antes de acabada a devassa sobre eles, segundo a dita Carta de Lei de 6 de Dezembro de 1612. Hoje por esta mesma Carta de Lei, § 5, a carta de seguro não vale nem defende o réu da prisão, sem estar inteiramente concluída e despachada na Chancelaria; mas antigamente,

com o desembargo para a carta de seguro, podia o réu andar seguro durante três dias, Ord. liv. 1, tit. 7, § 14, e liv. 5, tit. 129, § 3. Quebra-se a carta, e prende-se o réu: 1) se este não se apresentar em juízo dentro dos nove dias nela prescritos; 2) se não comparecer nas audiências, Ord. liv. 5, tit. 124, § 20, e liv. 1, tit. 26, § 6; 3) se não faz citar o adversário dentro do tempo designado; 4) se o réu de homicídio for preso no local do delito, Leitão, *De securitatibus*, Quaestio X; 5) se se acolher à jurisdicção eclesiástica por excepção de *clericato*, ou outras semelhantes excepções *declinatórias*, Ord. liv. 5, tit. 124, § 13.

A frase de Juliano, que vem na lei 20 do tit. *De legibus*, *Não podemos dar a razão de todas as coisas que foram estabelecidas pelos nossos maiores*, parece ter muito especial cabimento nas nossas cartas de seguro. Com effeito, introduzidas por grandes razões e confirmadas por lei pública, eram a princípio admitidas, mesmo nos crimes mais atrozes; mas, depois, ou se deixou de conhecer e considerar sufficientemente a razão da sua introdução, ou se desprezou essa razão, por haverem surgido outros princípios. Pareceu, por isso, aos nossos legisladores, ou melhor, aos nossos juriconsultos, que elas se baseavam mais na equidade natural *simples*, que na *composta*, isto é, na verdadeira e legal. Daí resultou que as cartas de seguro, que ainda hoje se passam, por exemplo, no homicídio, por respeito às leis antigas, são recusadas no crime de monopólio e em outros semelhantes, sem dúvida muito mais leves. Deste modo, as novas leis restringiram muito o uso dessas cartas, quando ele devia ser integralmente mantido e talvez até ampliado. Se com razão, se sem ela, outros que o vejão. Quem, no meio de tamanha diversidade de leis, as puder conciliar, e delias deduzir os axiomas e princípios gerais de direito, e destes tirar, por assim dizer, espontaneamente, conclusões particulares, será para mim o grande Apolo (§ II deste título).

falazes, não fazem plena fé, nem certificam o juiz sobre o autor do crime (Tit. XVIII, § V).

TÍTULO XVII

DA PROVA DOS CRIMES

O QUE É A PROVA

§ I — Chama-se prova o *acto judicial pelo qual se faz plena e legítima fé ao juiz que inquire sobre a verdade do delicto cometido pelo réu*. Da *prova espúria* nas acções criminaes trata Boehmero, na Exercit. especial intitulada *De probatione in criminalibus spuria*, tomo IV, pág. 146.

COMO SE FAZ FÉ E PROVA PLENA

§ II — Faz-se fé e prova plena ao juiz, ou por meio de testemunhas fidedignas e acima de toda a excepção, ou por *confissão* espontânea e judicial do delicto, ou por *instrumentos*.

Embora estes meios de prova não sejam de tal género, que deles se possa tirar a *certeza metafísica*, ou aquela que chamam *física*, mas tão só a certeza *moral*, pois são por natureza falíveis, no entanto, como todos os povos os admitem e não temos outros mais seguros, deve o juiz necessariamente dar-lhes crédito.

E A MENOS PLENA, OU POR INDÍCIOS

§ III — A prova *menos plena* tira-se, geralmente, de conjecturas, e sobretudo de indícios, que, sendo de sua natureza

Muito se disputa há longo tempo, entre os juriconsultos, e os retóricos ou oradores, se pelo menos se devem incluir entre os legítimos modos de prova os chamados indícios *indubitáveis*. Vai com outros pela afirmativa António Mateus, *De criminibus*, liv. XLVIII, tit. 15, cap. 6, apoiado principalmente na autoridade dos Imperadores na lei últ. do tit. *De probationibus* do Código, a qual confirma com muitos argumentos de peso. São também desta opinião Quintiliano, *De institutione oratoria*, liv. V, caps. IX e XII, Cícero, *De oratore*, liv. II, § XL, e *De divinatione*, liv. I, § XXVII, onde diz: *Dois árcades amigos viajavam juntos. Chegados a Mégara, um foi para uma estalajem, e o outro para uma hospedaria. [Após a ceia foram repousar, e durante a noite] o que foi para a hospedaria viu em sonhos o seu amigo pedindo-lhe auxilio, porque o estalajadeiro o queria matar. Despertou atemorizado, levantou-se, e, vendo que nada havia por que temer, recompôs-se e tornou-se a deitar. Quando adormeceu, appareceu-lhe de novo o amigo, pedindo que, pois o não socorrera, ao menos vingasse a sua morte; que o estalajadeiro o havia morto, posto o seu corpo num carro, coberto de estrume. Pedia ao seu amigo que de manhã estivesse à porta da cidade, antes de o carro dela sair. Perturbado com este sonho, mal amanheceu, apresentou-se à porta da cidade, e, quando surgiu um boeiro conduzindo um carro, perguntou-lhe o que levava. O homem atemorizou-se e fugiu; descobriu-se o morto; e patenteado o crime, o estalajadeiro foi devidamente punido*. Isto prova por conjecturas que o homem foi morto pelo estalajadeiro. Outros, apelando para a lei 5 do tit. *De poenis*, onde vem que *não se deve condenar ninguém por suspeitas*, negam simplesmente que mesmo o sobrecarregado com os mais graves indícios não deve sofrer pena alguma, visto não estar verdadeiramente convencido. Diodoro Tulden, no comentário n. 22 ao tit. *De probationibus* do Código, segue com outros o meio termo, entendendo que o convencido ou agravado com argumentos muito pesados não pode realmente levar a pena *ordinária*, mas bem pode levar a *extraordinária*, conforme a qualidade dos indícios. Porém, eu não entendo como se pode chamar indícios *indubitáveis* aos que não convencem plenamente o juiz, nem o certificam do delicto e do delinquente. Pois, se o convencem e fazem plena fé, já não teremos indícios, mas a certeza, isto é, a prova legítima (Tit. XVIII, § III).

§ IV — Por isso, na prova dos crimes deve-se fixar os seguintes axiomas:

1. Ninguém deve ser condenado sem prova legítima e plena, mais clara que a luz do Sol, lei 16 do tit. *De poenis* do Código, lei últ. do tit. *De probationibus* do Código, lei últ. do tit. *Si ex falsis instrumentis* do Código.

2. Tal é a que se forma segundo as prescrições da lei.

3. A que faz o juiz sabedor seguro do facto ilícito e seu autor.

4. Portanto, a prova plena não resulta de presunções e indícios por sua natureza falazes.

5. Nas causas-crimes quase não se deve fazer caso nenhum da prova chamada *semiplena*.

6. E não exceptuamos os crimes privilegiados, pois, quanto mais grave o delicto, maiores provas se requerem.

7. O réu, acusado dum crime, e por isso mesmo encarcerado, não deve ser havido como culpado, antes de ser dele convencido.

8. É plena e perfeita a prova a que o próprio juiz aquiesceria, se com ela fosse condenado por outro.

9. As provas, quanto mais distintas e separadas entre si, maior fé fazem.

10. A convicção íntima, que o juiz obteve por si mesmo, por exemplo, com os seus próprios olhos, embora seja mais certa do que a obtida através das testemunhas ou doutra origem, não faz fé, visto não resultar dos autos, segundo os quais o juiz deve julgar.

11. Nas causas-crimes os termos *probatórios* não são *peremptórios*, devendo-se, por isso, admitir até à sentença tanto as provas da parte do réu, como da parte do autor (Tit. I, § XXVIII). Filangieri, tomo III, cap. XV, P. I.

§ V — A prova legítima faz-se pelo mínimo de duas testemunhas oculares, ajuramentadas, acima de toda a excepção, contestes no objecto, lugar e tempo, e que dêem a razão conveniente do seu testemunho.

Em rigor não se requer que o réu confesse o delicto, pois só esta prova basta para a sua condenação. Coccey, *Jur. controvers.*, ao tit. *De testibus*, Quaestio I.

TESTEMUNHAS ÚNICAS, E DE OUTIVA

§ VI — Como para fazer fé são precisas pelo menos duas testemunhas (§ V), segue-se que uma não basta, por maior que seja a sua autoridade, cultura e nobreza, ainda nos delictos mais atrozes e *privilegiados*. Valério Máximo, liv. IV, cap. I, n. 11, Fabro, in. Cod., liv. IV, tit. 14, Definit. 67. As testemunhas de outiva deve-se dar a mesma fé que ao autor que elas nomeiam (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVII, §§ X, XI, XII e XIII).

Quando uma testemunha única afirma que o réu cometeu o delicto, e este nega, divide-se a prova, tornando-se, assim, necessário chamar um terceiro para decidir a questão. Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. II, cap. III.

TESTEMUNHAS NÃO AJURAMENTADAS, SUSPEITAS, E EXTRAJUDICIAIS

§ VII — Não provam as testemunhas *não ajuramentadas*, seja qual for a sua dignidade, nem as que depõem *por credulidade, pela opinião* de outrem, genérica e vagamente, sem razão

alguma, nem as outras a que com justiça se opõem as excepções de *inimizade*, *falsidade*, *infâmia de direito* ou de *facto* (Instituições cit., § II). Também não provam as testemunhas *extrajudiciais* produzidas sem citação da parte. Por isso, as testemunhas interrogadas nas inquirições gerais ou especiais pouco provam no tocante à condenação do réu, mesmo que por este sejam consideradas judiciais (Tit. XIV, § IX, deste livro). De *facto*, em todo o processo, e mormente nas provas dos crimes, deve-se sempre antepor a verdade às ficções e presunções do direito.

Assim é de entender nas causas capitais ou quase, pois, embora o réu considere as testemunhas como judiciais e não apresente nenhuma defesa, nem por isso deve sofrer nessas causas a pena ordinária, se faltarem outras provas, a não ser que as testemunhas sejam perguntadas de novo na sua presença ou pelo menos depois de ele ter sido citado. E assim me parece se deve entender a dita lei *Da reformação da Justiça*, § 18.

PODEM RETRACTAR O JURAMENTO

§ VIII — Deve-se, porém, permitir inteiramente à testemunha que possa não só esclarecer e modificar o seu juramento, mas até retractá-lo de todo, sem pena de perjúrio. É, pois, injusta a lei que considera como perjúrio qualquer retractação do juramento, desde que feita de boa fé e com recta intenção. Todavia, cabe à consciência do juiz julgar, pelas circunstâncias, se se deve dar fé ao primeiro, se ao segundo juramento, ou se nem a um nem a outro.

Entre as obrigações do juiz (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. VII, § XXI) não é a mais insignificante a de advertir, primeiro, a testemunha sobre a inviolabilidade do juramento. Cumpre até adverti-la de que às vezes o seu juramento será feito com as outras testemunhas e com o réu. De *facto*, estas duas observações tornam a testemunha mais atenta e solícita em dizer a verdade.

QUE FE FAZEM OS SUSPEITOS, NOS DELITOS MAIS GRAVES OU DE PROVA DIFICIL

§ IX — Ora, se as testemunhas por qualquer razão não merecem crédito e nem sequer são admitidas nos delitos mais leves, muito menos serão e merecerão plena fé nos delitos mais graves ou de prova difícil, em que se trata não do direito de águas caídas dos telhados, mas da pena de morte de um cidadão. Veja-se, querendo, Brissot, *Théorie des Loix Criminelles*, cap. III, Sect. V, Pastoret, *Des Loix pénales*, tomo I, cap. X, d'Alembert, *Encyclopedie*, palavra *Certitude*, d'Aguesseau, Discurso *Sur la prévention des Magistrats*, tomo I, pág. 192. É, de *facto*, *péssimo e perigoso condenar alguém por suspeita*, como se lê nas *Capitulares*, liv. VII, § 186, e bárbaro o dito popular de que *Nos crimes muito atrozes é permitido ao juiz transgredir as leis, e bastam as mais leves conjecturas*, conforme já mais de uma vez repisámos.

Todavia, nos crimes de prova difícil, parece dever admitir-se como princípio especial que duas testemunhas de vista, insuspeitas, e acima de toda a excepção, façam fé, muito embora não sejam contestes no lugar e tempo, mas estejam de acordo quanto à realidade do delicto.

QUANDO FAZ FE A CONFISSÃO DOS RÉUS

§ X — A *confissão*, segundo modo legítimo de prova (§ II), faz plena fé, se com ela concorrer o seguinte: 1) se constar do corpo do delicto; 2) se for voluntária; 3) e espontâneamente oferecida; 4) clara e específica sobre o delicto, e não vaga, indefinida, e geral; 5) provável, verosímil, e compatível com a natureza, a inteligência, e os sentidos; 6) judicial e feita perante o juiz competente e no mesmo lugar onde se tratar o feito; 7) feita por pessoa ciente e inteligente; 8) sem erro, medo da prisão, ódio e tédio da vida, mas apenas

com ciência e consciência do crime. Destes termos, resulta, por consequência, que não faz fé plena a confissão dos menores mesmo intervindo a autoridade dos tutores, a dos surdos-mudos, e a dos que ignoram a língua do tribunal, visto ser tirada de conjecturas e sinais quase sempre enganadores; nem a confissão feita na inquirição officiosa do juiz, visto não ser verdadeiramente espontânea nem oferecida de livre vontade; não obstante, prova, se for conforme com os indícios e provas constantes dos autos. A confissão *tácita*, que resulta da transacção do delicto com o ofendido, ou a *ficta*, que resulta da contumácia do réu que não responde sob pena de confesso e convencido, nas causas-crimes pouco ou nada provam (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XX, §§ II e III).

Aquele que quer perecer, não é ouvido, visto que não é senhor dos seus membros, conforme está preceituado tanto pelo direito natural como pelo civil romano. Por isso, sobretudo nos crimes capitais, a confissão não faz prova plena, a não ser que concorram todos os elementos, de que falámos acima, e que, realmente, se acham, como é seu costume, bem e sãbiamente dispostos e coligidos pelo illustríssimo Heineccio, na Exercit. *De religione iudicis circa reorum confessiones* (Do escrúpulo do juiz quanto às confissões dos réus). Portanto, bem e oportunamente diz Ulpiano na lei I, § 17, do tit. *De quaestionibus* do Digesto: *Não se devem tomar as confissões dos réus como estando os crimes averiguados, se nenhuma prova instruir a consciência de quem conhece da causa; e no § 27: Se alguém confessar espontaneamente um malefício, nem sempre se lhe deve dar crédito, pois há os que às vezes confessam por medo ou por outro motivo.* Paulo Rizzi, *Animadversiones ad Criminalem Jurisprudentiam*, apud Brisson, *Bibliothèque Philo-sophique*, tomo II.

O QUE SE DEVE OBSERVAR NA INQUIRIÇÃO DOS RÉUS

§ XI — O juiz deve inquirir o réu, ou officiosamente ou a pedido do ofendido, e logo após a captura ou então depois de

ambas as partes fazerem a sua defesa, e de formados os chamados *artigos inquisitórios*, os quais ou são *gerais*, quando o réu é interrogado sobre o seu nome, pai, naturalidade, profissão e coisas semelhantes, que é naturalmente por onde se deve começar; ou *especiais*, que se formam, especificamente, sobre o delicto e suas circunstâncias e devem ser deduzidos dos depoimentos que as testemunhas fazem na inquirição geral ou especial, ou então de provas obtidas noutras fontes. O seu fim é fazer com que a verdade apareça com a maior clareza, e não com que o réu seja vexado com tais interrogatórios. Nas inquirições dos réus, todos os dolos, habilidades, sugestões, pressões e promessas devem ser inteiramente evitados e punidos com penas severíssimas. Portanto, abusam em extremo do seu officio os juizes que, ou por ignorância (defeito vulgar), ou, o que é pior, por maldade, envolvem os réus em interrogatórios difficilimos, os aterrorizam, e ameaçam com cárceres secretos e açoites. O réu há-de ser inquirido no lugar onde corre o processo e pelo próprio juiz do crime, Ord. liv. I, tit. 65, § 33, e tit. 86, § 3, perante dois escrivães ou testemunhas que certifiquem o termo, Ord. liv. I, tit. 24, §§ 19 e 20, e liv. 3, tit. 32, § 1. A resposta será reduzida a escrito por um escrivão nos precisos termos empregados pelo réu, a quem deve ser lida depois de acabado o interrogatório, para que ele possa corrigir qualquer erro (Tit. XIII, § XXV, deste livro).

O exame do réu é feito por inquirição do juiz, para que das circunstâncias se prove com maior certeza o crime ou a inocência do réu; deve, por isso, conter também os artigos que levam à defesa do réu. E estes artigos devem ser organizados por forma que em nada sejam falazes, capciosos, e difíceis, mas breves, claros, transparentes, pertinentes à matéria, e apenas respeitantes ao réu, pois, como bem diz o Pontífice no cap. I do tit. *De confessis, segundo as determinações de ambos os direitos, os que confessam de si, não devem ser interrogados acerca das consciências alheias.* O processo criminal *público*, tal como o *secreto*, que alguns chamam uma *iniquidade pública*, contém, confesso, muitos inconvenientes; não cabe, porém, a mim dizer como se

podem evitar esses inconvenientes e pôr as coisas no sã. Entre nós, o réu e as testemunhas são secretamente perguntados pelo juiz, na presença do escrivão que copia as suas palavras, Ord. liv. I, tit. 86, § 3, tirada do mau entendimento da lei 14 do tit. *De testibus* do Código. Eu, porém, determinaria que, nos delitos capitais, assistissem ao exame pelo menos dois juizes, e outros tantos escrivães e testemunhas; a razão é porque, podendo dar-se o caso de o juiz ordinário ser inimigo occulto do réu, injusto, e extremamente desconhecedor do seu officio, a sua ignorância ou dolo seria corrigida com a presença do outro juiz. Também se deve conceder ao réu o poder de recusar, livremente e sem qualquer justificação, pelo menos dois juizes, o que entre os Romanos era permitido por lei pública *em favor da vida*, Sigónio, *De judic.*, liv. II, cap. XXVII; os Ingleses já há muito o observam religiosamente, Blackstone, tomo VI, cap. XXVII. Não se deve obrigar o réu, inquirido sobre delicto seu, a fazer juramento, conforme o Presidente Lamignon demonstrou com grandes razões no *Procès verbal de l'Ordonnance* 1670; e é esta a praxe entre nós, como referem Cabedo, P. I, Aresto 36, Mendes, liv. V, cap. I, § II, n. 38. E, além disso, o réu não é obrigado a responder aos interrogatórios criminaes, Ord. liv. 3, tit. 53, § II, nem o seu silencio e contumácia em não responder devem ser havidos como verdadeira confissão ou prova.

O QUE É A CONFRONTAÇÃO

§ XII — Ora, porque muitas vezes o réu e as testemunhas discordam quanto às circunstâncias do delicto, pertence ao officio do juiz acareá-los e ajustá-los; esta acareação chama-se *confrontação* e costuma definir-se assim: *Acto judicial em que o juiz junta na sua presença as testemunhas umas com as outras, ou o réu contumaz com as testemunhas, ou mesmo com o co-réu, a fim de indagar a verdade*, Boehmero, *Elementa Jurisprudentiae Criminalis*, Sect. I, cap. XII, § CCXXI.

A *confrontação*, introduzida tanto para indagar a verdade do crime como a inocência do réu, faz-se de três maneiras: ou se acareiam as testemunhas entre si, ou os inquiridos uns com os outros, ou as testemunhas com o inquirido. A *reconhecimento*, isto é, o acto pelo qual o

juiz põe o réu diante dos olhos das testemunhas para que o reconheçam, difere da *confrontação*, embora se conjugue útilmente com ella. Por conseguinte, acareiam-se os sócios no crime, ou as testemunhas umas com as outras ou com o réu, sempre que, contumazmente negando ou confessando o crime, divergem quanto às circunstâncias e não se acordam quanto ao lugar, tempo, vestuário, armas, ocasião, e outras coisas que costumam aumentar ou diminuir a gravidade dos delictos. Na realização desta *confrontação*, deve-se observar diligentemente tudo o que mais acima dissemos sobre o officio do juiz nas inquirições dos réus e testemunhas.

PROVA INSTRUMENTAL

§ XIII — O outro modo de prova, por *instrumentos* e documentos escritos pelo réu (§ II), tem a força de confissão extrajudicial, e, por isso, não faz plena fé, o que se deve entender tanto das escrituras particulares como das públicas. Semelhantemente, não fazem prova plena os testemunhos instrumentaes, como extrajudiciaes que são. Por outro lado, o tabelião só nos negócios civeis, ordenados de harmonia com a lei, reveste o carácter de pessoa pública; nos criminaes deve ser considerado como um particular. Boehmero, cit., Sect. I, cap. XI, § CCXIV, onde alega a Constituição Austriaca, art. 17.

As escrituras, se não forem reconhecidas em juízo, ou pelo réu, ou por meio de testemunhas, ou pelo confronto da letra que deve ser tomado com cautela, não têm nenhuma força provatória; por isso, este género de prova tem, nos feitos-crimes, aquella mesma força e poder que são devidos à confissão judicial, ou extrajudicial, ou às testemunhas. Benjamin Carrard, *Jurisprudence Criminelle*, tomo II, cap. IV (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVIII, § XII, Nota).

§ XIV — Do exposto plenamente se conclui que as chamadas provas *semiplenas*, muito embora sejam admitidas nas causas cíveis, por assim dizer, contra a vontade da jurisprudência (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVI, § III), não fazem fé plena nas causas-crimes, e nunca, à falta de verdadeiras provas, bastam para a condenação do réu, Ord. liv. 3, tit. 52, no princípio, *ibi: E isto ha lugar assi nos feitos civeis, como nos crimes civelmente intentados.*

A este respeito disse bem o mui grande Cujácio, nos Comentários ao tit. *ad legem Juliam majestatis* do Código: *Erram os que afirmam que uma só testemunha faz aquilo que chamam prova semiplena, o que provam com o seguinte argumento: duas testemunhas — dizem eles — fazem prova plena; logo, uma só faz prova semiplena. Porém, esta dedução está errada, e equivale a dizer: dois fazem um número perfeito; logo, um só ou uma só coisa é um número imperfeito ou semipleno, o que é falso, pois a um só não se pode chamar número. Além disso, tal como a verdade, a prova não pode ser cindida: a verdade, que não é plena, é claramente falsidade, e não semiverdade. Assim, a prova, que não é plena, é claramente prova nenhuma. Finalmente, os Jurisconsultos não conheciam nenhuma prova semiplena (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVI, § III, Nota). Deve ler-se, inteiramente, Mr. de Bielfeld, *Erudít. Compl.*, Liv. I, cap. XXIII, § XIV.*

DA PROVA PELA TORTURA

§ XV — Nada temos a dizer da *tortura*, isto é, dos interrogatórios judiciais, em que os réus ou as testemunhas de crimes mais graves são levados a dizer a verdade mediante a aplicação de vários tormentos corporais, visto que dela nenhuma prova legítima se pode tirar. E até o seu uso deve ser inteiramente proscrito dos tribunais cristãos como bárbaro e injusto

que é, conforme Cristiano Thomásio demonstrou numa Dissertação especial. O mesmo dizemos do *atemorizamento* tanto *real* como *verbal* (Tit. I, § XXIX, deste livro).

E é esta a voz unânime de todos os Filósofos, cuja simples referência seria longa. Baste o testemunho de S. Agostinho, que diz no *De civitate Dei*, liv. XIX, cap. VI: «Quando se inquire se o réu é culpado, atormentam-no, e fazem-no sofrer, inocente, penas certíssimas por um crime incerto, não por se haver descoberto que cometeu o crime, mas por se ignorar que não o cometeu. E por isto a *ignorância do juiz é quase sempre a calamidade dum inocente.* E o que é mais intolerável, lamentável, e, se possível, digno de ser banhado em fontes de lágrimas: como o juiz tortura o acusado para não matar por ignorância um inocente, acontece *por misera ignorância* que tortura e mata um inocente, que atormentara precisamente para não matar. Com efeito, se, segundo a sabedoria destes, o acusado preferir a fuga desta vida a sofrer por mais tempo os tormentos, diz que cometeu o que não cometeu. Condenado e morto o réu, fica o juiz sem saber se matou um culpado se um inocente; atormentou-o para não matar por ignorância um inocente; e, assim, atormentou um inocente, para saber, e matou-o por não saber».

TÍTULO XVIII

DOS INDÍCIOS FALÍVEIS DOS CRIMES

O QUE SÃO INDÍCIOS

§ I — Por indícios entendemos os argumentos, suspeitas, presunções, conjecturas, e o mais com que de qualquer modo se vê convencer ou absolver o réu.

SUA DIVISÃO

§ II — Costumam dividir-se em presunções ou indícios *do homem, do direito, e juris et de jure* (do direito e por direito); em *remotos e próximos, leves e veementes*; e em *comuns* a todos os delitos, ou *próprios* de certos delitos. Chamam-se presunções *do direito* as que são extraídas pela lei; *do homem* as que são tiradas pelo homem das circunstâncias do facto; *juris et de jure* as que a lei introduz, por forma que não admitem prova em contrário (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVI, § VII). Os indícios são *remotos e próximos*, conforme é maior ou mais forte, ou menor, o nexo entre eles, o delito, e o seu autor; *próprios e comuns*, consoante se ajustam a todos ou apenas a certos delitos especiais.

Entre os indícios *comuns, remotos ou próximos* (pois nesta matéria divergem os escritores), contam-se a *fama, a fuga, o arrombamento da prisão, os costumes do acusado, as ameaças simples ou qualificadas, a indicação do sócio do crime*, Ord. liv. 5, tit. 134, etc... No furto,

é indício *próprio* o achamento da coisa roubada em poder do acusado; e, no homicídio, apanhar o réu no lugar do delito com armas e vestuário ensanguentados. Omitto outros exemplos.

QUE PARTICULARIDADE OS DISTINGUE DA PROVA

§ III — Os *indícios* não provam o delito. Por isso, o argumento, que se extrai das circunstâncias e suspeitas, toma a designação de indício, enquanto com ele não se prova plenamente o facto ilícito, pois, uma vez provado o crime, já não temos indício, mas a verdadeira certeza. E com esta nota especial se distinguem os indícios da verdadeira certeza, isto é, da prova. Portanto, a prova verdadeira e plena torna o juiz certo quanto ao delito e ao delinquente; e os indícios e presunções, dúbio e incerto. E isto se deve entender mesmo dos indícios próximos e violentos, visto que, não esclarecendo a questão por completo, não convencem seguramente nem o réu nem o juiz, mas apenas o tornam mais ou menos suspeito (Tit. XVII, § III, deste livro).

O EFEITO DA PRESUNÇÃO «JURIS ET DE JURE» NAS CAUSAS-CRIMES

§ IV — Igualmente, a presunção chamada *juris et de jure* não deve ser havida como prova plena que resulta da certeza *física ou moral*, visto estar dentro dos termos da presunção. Também não exclui a prova em contrário, porque esta nem sequer é excluída pela prova verdadeira. E somente perderia o nome de presunção e passaria a verdade, se fizesse prova plena. Boehmer, Exercit. *De collisione praesumptionum*, cap. I, §§ V e VIII.

Não obstante, as Ordenações, liv. 5, tit. 25, § últ., tit. 48, § 2, e semelhantes admitem as presunções *juris et de jure* nos feitos-crimes (§ VI deste Título, e § VIII do Tit. IV deste livro).

§ V — Ora, como por indícios ninguém pode ser plena e perfeitamente convencido, e nas causas-crimes se exige prova mais clara que a luz do Sol, isto é, que torne o juiz certo do delito e do delinquente (Tit. XVII, § IV), segue-se daí: 1) que, não havendo verdadeira prova, ninguém deve ser condenado por indícios; 2) não se exceptuarão os indícios *veementes* nem as presunções *juris et de jure*, visto que deles também não se extrai a certeza do delito, mas apenas uma probabilidade, que é a natureza de todas as presunções; nem 3) os crimes mais atrozes, pois nestes requere-se prova mais plena e clara; de facto, assim como interessa à sociedade que os delitos não fiquem impunes, assim também muito mais importa que não sejam castigados os inocentes; 4) para a condenação do réu não basta que o acusador público ou particular alegue contra ele quaisquer indícios, se legitimamente não provar o delito com outros elementos; 5) a regra vulgar, segundo a qual a presunção prova a intenção do autor e é considerada como prova verdadeira enquanto não se provar o contrário, e que transfere o ónus da prova para o adversário, não pode ter lugar nas acções criminais; 6) a maior parte dos indícios, ainda que *violentos* e *veementes*, aumentam a probabilidade, mas não fazem a certeza, condição indispensável para a condenação do réu. Boehmer, *Elementa Jurisprudéntiae Criminalis*, Sect. I, cap. XI, §§ CCXVI e CCXVII; Coccey, *Jur. controv.*, ao tit. *De probationibus*, Quaestio X; Cujácio, Coment. ao Código, liv. IX, tit. 8; Püttman, *Elementa Juris Criminalis*, liv. II, caps. IX e XVII; Mr. de Pastoret, tomo I, cap. X; Benjamin Carrard, tomo II, cap. I; Bernardi, *Discours couronnés*, pág. 106; Servan, *Législation Criminelle*, Dissert. *De la nature et force des preuves et présomptions*; Brissot, *Bibliothèque Philosophique*, tomo IV, pág. 245, tomo VI, págs. 155 e seg., e tomo VII, págs. 223 e 345.

Os indícios avaliam-se pelas regras da probabilidade que os Dialécticos costumam dar; dessas regras extrai-se, não a certeza, mas a probabilidade, que é tanto mais forte, quanto mais estreitamente se conjugam os indícios com o delito. A regra do direito romano, pela qual, se o autor não fizer a prova, o réu é absolvido, lei 4 do tit. *De edendo* do Código, apoia-se na razão natural e civil. Em contrapartida, afasta-se de toda a razão a opinião dos Intérpretes, segundo a qual as presunções transferem indistintamente para o réu o ónus da prova, pois a ela se antecipa o direito natural impondo tal ónus ao autor. Coccey citado. Porém, determinou o divino Trajano, numa constituição dirigida a Assíduo Severo, que ninguém devia ser condenado por suspeitas, lei 5 do tit. *De poenis; de facto*, como aí mesmo diz Ulpiano, é muito melhor deixar impune o crime dum culpado que condenar um inocente. Em boa verdade, a afirmação assaz desumana dalguns (que me envergonho de referir), segundo a qual *E preferível punir alguns inocentes a deixar impune um só criminoso*, é absolutamente bárbara e repugnante à sã razão e às leis, que, nas coisas duvidosas e ambíguas, mandam seguir a opinião mais humana, lei 10, § 1, do tit. *De rebus dubiis*, lei 192, § 1, do tit. *De regulis juris*. Por isso, sempre que não se sabe ao certo do autor do delito, o réu deve ser absolvido, ou pelo menos, se houver indícios iguais ou maiores contra ele, deve empregar-se a antiga frase: *Non liquet* (Estou na dúvida). Conta-se dos Areopagitas que eles, numa causa ainda duvidosa e ambígua, mandaram o acusador e o réu, que era acusado, comparecerem de novo em juízo cem anos depois, Gélío, *Noctes Atticae*, XII, 7, o que equivalen a absterem-se de dar sentença nessa questão, que para eles *non liquabat* (não estava clara). Püttman, *Elementa Juris Criminalis*, § 879. Porém, mesmo os Filósofos e Jurisconsultos mais humanos concordam mutuamente em que, nos crimes muito atrozes contra a sociedade ou o seu Regedor, o réu suspeito por indícios gravíssimos deve ser punido com uma pena extraordinária, que baste ao menos para afastar o perigo.

INDÍCIOS FALIVEIS

§ VI — E, finalmente, que fé se deve dar aos indícios de sua natureza falíveis? Digamos algumas coisas apenas acerca daqueles que mais acima citamos (§ II, Nota). A *fama*, isto é,

o rumor público acerca do delinquente, é falaz ao máximo, pois pode nascer de pessoas malevolentes, faladoras e inimigas; além disso, *não se devem ouvir as vãs vozes do povo*, como bem dizem os Imperadores na lei 12, § 1, do tit. *De poenis* (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XVII, § XIII). O indício, que se tira *da fuga* daquele sobre quem recai a suspeita, é o mais falaz de todos; de facto, quem ignora que até os inocentes fogem, e, além disso, como verdadeiramente diz Plauto (*Mostellaria*, V, 1, 52), *quão receosa coisa é ir à presença do juiz?* Quanto ao *arrombamento da cadeia*, por que razão não há-de ele antes ser atribuído à sua miséria que à consciência do crime? (Tit. IV, § VIII). Os *costumes e vida* do acusado, muito embora não se devam desprezar na investigação dos crimes, muitíssimas vezes enganam, e são indícios que só em delitos desse género podem às vezes achar lugar; há, de facto, para me servir deste exemplo, quem tome por espécie de divertimento e brincadeira frequentar os prostíbulos e cometer adultério, e, no entanto, considere supremo crime furtar ou roubar, sendo capaz de antes cometer dez adultérios que praticar um único furto. As *ameaças* de qualquer género são indícios falíveis, pois acham-se muitos homens que costumam vomitar insolentemente milhares de ameaças fulminantes, como que parecendo destruir todas as injúrias só com as armas da sua língua, ao passo que aquele que medita uma injúria violenta contra outro, encobre-a e dissimula-a hábilmente. Também não é menos falível a *indicação do sócio do crime* feita pelo réu, que é sempre suspeito; ela pode facilmente partir da maldade deste, ou duma sugestão, ou de qualquer outra causa sinistra. No furto, é indício *próximo e próprio* aquele que se tira do achamento da coisa furtada em poder de alguém; mas não se segue daí certamente que seja esse alguém o ladrão, visto poder acontecer que tivesse achado tal coisa no caminho, ou a tivesse comprado, ou lha tivessem dado. No homicídio, é indício *violento* o que se extrai de apanhar o réu no lugar do delito com vestuário e armas

manchadas de sangue; no entanto, não convence o juiz, pois a causa desse indício pode ser outra que não o crime, conforme os escritores das *Causas Célebres* confirmam com muitos exemplos. De facto, não pode ter acontecido que o sangue haja escorrido do nariz do acusado sobre os seus próprios vestidos, ou que ele se haja manchado com o sangue do ferido e desembainhado a espada, ao tentar socorrê-lo? Quem repreenderia o marido, que estando dez anos fora e encontrando no regresso em sua casa uma criança de um ano, acusou a mulher de adultério? Mas mesmo este indício, por mais *violento* que seja, não está acima de toda a excepção, visto que a mulher *podia ter concebido por ajuntamento forçado, ou durante o sono, ou embriagada por obra dum terceiro*. Püttman, *Elementa Juris Criminalis*, liv. II, cap. XVII, § 877. Ninguém dirá que a criança de um ano é filha do marido que esteve ausente durante esse tempo, lei 6 do tit. *De his, qui sui, vel alieni juris sunt*. Mas já é uma questão diferente saber se cometeu adultério aquela mãe, cujo filho nasceu na ausência do marido dentro do tempo provável da paternidade deste, o mesmo Püttman. Quem desejar mais ampla informação, leia Coccey, *Disput. LXXV*, tomo I, pág. 1037, Püttman cit. *Disert. De lubrico judiciorum*, Robert, *Rerum Iudicatarum*, liv. I, tit. IV, Paulo Rizzi, *Animadversiones ad Jurisprudentiam Criminalem*, cap. I, etc..

TÍTULO XIX

DA DEFESA DOS RÉUS

NÃO SE PODE RENUNCIAR A DEFESA; A QUEM COMPETE ELA, E QUANDO DEVE SER ADMITIDA

§ I — A defesa deve ser admitida contra todos os crimes, mesmo notórios, e o réu não pode renunciar a ela, visto ela ser do direito natural, e pertencer ao direito público, o qual *não pode ser alterado por acordo dos particulares*, lei 38 do tit. *De factis*. Deve ser concedida, em primeiro lugar, ao réu, depois aos parentes, e finalmente aos estranhos, lei 33, § 2, do tit. *De procuratoribus*, lei 6 do tit. *De adpellationibus* (Tit. XXII, § IV, Nota, deste livro). É admitida em qualquer parte do julgamento, mesmo após a publicação das inquirições e a proferição da sentença; e assim se deve entender a Ordenação, liv. 5, tit. 124, §§ 5, 7 e 8 (Tit. XIII, § IX, Nota).

Deve o juiz nomear sempre um defensor officioso ao réu, mesmo que este não constitua advogado, ou renuncie à defesa, ou a queira fazer só por si. Assim o exige o favor da defesa, pois quase sempre a perturbação de ânimo e a grandeza do perigo costumam tornar os homens irresolutos.

QUE MEIOS SE DEVEM DAR AO RÉU

§ II — O juiz deve conceder, sem restrições, ao réu e ao seu defensor, todos os meios necessários à defesa. Eis porque deve não só permitir ao réu a mora e dilações justas, mas tam-

bém comunicar-lhe, e dar-lhe vista, a si ou ao seu defensor, das provas, das inquirições gerais ou especiais, e, em resumo, de todos os autos judiciais ou extrajudiciais, juntando também aquelas coisas que servem para desculpar o réu.

A determinação, segundo a qual se deve dar vista do processo ao réu com as inquirições do acusador cerradas e seladas, não deve ter lugar nas causas criminaes, quer o réu já esteja preso, quer se defenda sob fiança; e assim se deve entender a Ordenação, liv. 5, tit. 124, § 5, vers. últ., Cabedo, P. I, Aresto 84, Valasco, *Adlegatio* 67, n. 55. Febo, P. II, Aresto 134.

PRINCIPAIS PONTOS DE DEFESA

§ III — E assim como, segundo os Retóricos, há vários géneros de réus, pois uns negam ter praticado o facto de que os accusam, outros confessam-no, outros afirmam terem-no cometido com razão, e outros alegam merecer menor pena, assim também há vários géneros de defesa, que se podem fundamentar ou nas circunstâncias do facto ilícito ou na pessoa do juiz, do acusador, e das testemunhas, ou, enfim, na falta de solenidades. Cabem, portanto, ao réu tanto as excepções *dilatórias* como as *peremptórias*. Pode, efectivamente, exceptonar com a deficiência, dubiedade ou incerteza do *corpo do delicto*; ilidir os depoimentos das testemunhas e os indícios com outras testemunhas e indícios; rejeitá-las como suspeitas e inábeis; confutar os instrumentos como falsos, ou contraditórios; impugnar a confissão, por erro ou outra justa causa; repelir o acusador, a acusação, e o juiz, com as excepções de *inabilidade*, *incompetência do juiz*, ou *da acção*; ou diferir a acção opondo a excepção de *litispendência*, como no caso de ser acusado do mesmo crime por vários. Mas, se confessar o facto de que é acusado, pode objectar que, muito embora o facto seja por sua natureza ilícito, ele não é um criminoso, quer porque o cometeu coagido por força maior ou em sua defesa, ou, final-

mente, excepcionar com a obrigação de o juiz diminuir a pena, atendendo a que não procedeu com dolo, ou delinuiu por se lhe ter dado a ocasião, ou prestou notáveis serviços à República. Quintiliano, *De institutione oratoria*, liv. 5, cap. XIII.

Estes são os principais pontos de defesa dos réus. Pelo que respeita à sua desculpa, para, como é nosso costume, não deixarmos de dizer algo, costuma-se, primeiro que tudo, duvidar se, na punição dos delitos, há que fazer algum caso da ocasião. Heineccio nos *Elementa Juris Naturae et Gentium*, liv. I, cap. IV, § CXIV nega com estas palavras: *Não tem, realmente, desculpa aquele que a ocasião levou a pecar. De facto, devia não só evitar a ocasião, mas até resistir e lutar contra a sedução dos vícios. Aquelle que não faz assim, e succumbe aos seus appetites, é culpado.* Não obstante, há que ter alguma indulgência para com a fraqueza humana. E, como merecem mais severa punição os crimes cometidos com propósito deliberado do que os praticados inesperada e impulsivamente, parece-me que as penas devem ser suavizadas, atendendo à ocasião que levou a delinquir, contanto que esta não haja sido procurada, mas tenha derivado de outra fonte, duma causa externa, que o réu não previu, e seguiu súbitamente contra a sua expectativa. Püttman, *Prolusio An et quatenus delinquendi occasio delictum, ejusque poenam minuat* (Se e em que medida a ocasião de delinquir diminui o delicto e a sua pena). Deve ver-se a petição de desculpa que o nosso Luís de Camões dirigiu ao Regedor da Casa da Suplicação em favor de uma mulher que foi condenada por adultério ocasionado pela ausência do marido na Índia, tomo II, edição de Paris, ano de 1759, pág. 378 (Tit. VI, § XV, Nota). Finalmente, entendendo que os méritos do réu para com o País também valem para levantar ou diminuir a pena, quando: 1) forem grandes e notáveis; 2) o crime for cometido, não com meditação e desígnio, mas por impulso repentino e perturbação de ânimo; 3) o réu se arrepende do delicto; 4) houver esperança em que de futuro ele seja virtuoso, e venha a fazer prosperar o País ou pelo menos a ajudá-lo; 5) o povo pedir ou ao menos esperar uma diminuição da pena; 6) não for de recear que a graça concedida ao réu excite os outros a delinquir, o mesmo Püttman, *Prolusio XI*, pág. 293. Outros não pensam assim, o que costuma acontecer, quando a matéria não está definida em direito. Também não há que trazer para aqui a lei 31 do tit. *De poenis*, Brunquell, in *Opuscula*, tomo I, § 313 (Tit. I, § XXV, Nota).

TÍTULO XX

DA SENTENÇA CRIMINAL, E SUA EXECUÇÃO

DEVE-SE APLICAR AQUI O QUE DISSEMOS DA SENTENÇA
E COISA JULGADA NOS FEITOS CIVEIS

§ I — A sentença criminal, tal como a cível, é *definitiva* ou *interlocutória*, e esta *mera* ou *mista*. Na sua pronúncia e no exame dos autos, o juiz deve observar tudo o que dissemos a respeito da sentença cível nas Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XXI, e seria supérfluo repetir aqui.

QUAIS E QUANTOS JUIZES SE REQUEREM NAS
CAUSAS CRIMINAIS

§ II — Os juízos *capitais* sòmente são feitos nos Conventos jurídicos, que chamamos Relações, e não podem ser despachados por menos de seis juizes, incluindo o *relator*, Ord. liv. I, tit. I, § 6. Os *não capitais* pertencem aos juizes *ordinários*, dos quais se interpõe apelação para os Ouvidores do Crime da Casa da Suplicação.

A Ordenação Manuclina, liv. I, tit. I, § 23, manda que as causas cíveis sejam relatadas na Casa da Suplicação na presença dos litigantes ou seus procuradores, o que por maioria de razão me parecia de estender às causas criminaes. As *capitais* devem ser despachadas o

mais depressa possível, e conclusas dentro de seis meses. Decreto de 13 de Setembro de 1691, Coleção II, N. 5, à Ord. liv. 5, tit. 129, Alvará de 31 de Março de 1742, Coleção I à Ord. liv. 1, tit. 1, n. 1, § 2 (Tit. I, § XIX, Nota). Teodósio, no tit. *Vi intra annum criminalis quaestio terminetur* do seu Código, marcou um ano para conclusão dos feitos-crimes. Justiniano, um biénio, na lei 3 do tit. *Vi intra certum tempus criminalis quaestio terminetur* do Código.

A SENTENÇA DEVE SER PUBLICADA E NOTIFICADA AO RÉU

§ III — Deve-se publicar e notificar a sentença ao réu, para que ele, previamente advertido do suplício, possa ter tempo de se preparar para enfrentar a morte, Ord. liv. 5, tit. 137, § 2, e dispor de seus bens, Ord. liv. 4, tit. 81, § 6.

E DADA A EXECUÇÃO EM TRÊS DIAS

§ IV — Publicada a sentença, e rejeitados os embargos que têm de ser postos e decididos em três dias, procede-se à execução, Ord. liv. 5, tit. 137, § 1. Para que a execução possa servir de exemplo, deve ser feita em local público, *onde muitíssimos possam ver e comover-se com tal espectáculo*, como diz Quintiliano, na *Declamatio* CCLXXV, Pedro Fabro, *Semestr.*, liv. 1, cap. VIII. O réu é conduzido para o lugar do suplício na companhia dos juizes do crime, Confraria da Misericórdia, e sacerdotes, que se esforçarão por exortá-lo a receber a morte com fortaleza e paciência, como bom cristão, Ord. cit.. Outras solenidades da execução, inventadas e excogitadas pelos antigos para causarem o terror no povo, quase se desprezam actualmente.

O condenado à morte não deve ser levado logo para o patíbulo, mas ser-lhe-á concedido tanto tempo, isto é, três dias, quanto for suficiente para mitigar o horror da morte, e necessário para lavar os seus

pecados no sacramento da penitência; depois, dar-lhe-ão a Santíssima Eucaristia, Ord. cit., § 2, Gama, no tratado especial *De sacramentis praestandis ultimo supplicio damnatis*. Os condenados por El-Rei sem ordem de juízo, só são supliciados passados vinte dias, Ord. liv. 5, tit. 137, no princ., Man. 60, Afons. 70. (Instituições, Do Direito Público, Tit. III, § III; História do Direito Civil Português, § XLIV).

QUANDO DEVE SER DIFERIDA

§ V — Difere-se a execução: 1) se estiver proibido que ela se faça sem conhecimento do Rei; 2) se houver justa causa que reclame a sua dilação. Ora, esta dilação é concedida, ou por atenção ao delinquente, ou por atenção a outra pessoa, ou ao País. Em ninguém se deve executar a pena de morte no lugar onde está o Rei, sem o seu conhecimento, Ord. liv. 5, tit. 137, § 1, vers. *Porém*. Daqui resulta que, no mesmo dia em que a sentença for publicada, o Desembargo do Paço, vista a sentença da Casa da Suplicação, leva consulta a El-Rei, para, em face das circunstâncias, confirmar a pena ordinária, ou a substituir por uma pena mais branda. O Desembargo do Paço usa e goza deste direito, não porque seja reconhecido como superior à Casa da Suplicação, que é chamada na Ord. liv. 1, tit. 1, no princípio, *o maior Tribunal da Justiça*, o qual já desempenhou a sua função, mas porque as *graças* devem ser levadas à consulta de El-Rei através do Desembargo do Paço, que por isso mesmo se chama *Tribunal Gracioso*. O fidalgo condenado à morte não é supliciado sem conhecimento de El-Rei, Ord. cit., vers. últ. Há também certos crimes capitais, cujos réus, mesmo que deles plenamente convencidos e confessos, não são supliciados sem consulta de El-Rei; tais são os de *bigamia* no caso contemplado na Ord. liv. 5, tit. 19, § 1, o de *adultério* de nobre com plebeia, Ord. liv. 5, tit. 25, no princ., o de *homicídio* praticado por fidalgo de grande solar, Ord. liv. 5, tit. 35, § 1, etc... Como dissemos, oferece justa causa para diferir a execução o favor devido ao

delinquente, por exemplo, se ele sofrer de doença grave, ou se após a proferição e publicação da sentença emergir o crime de *falsidade* das testemunhas por cujos depoimentos o réu foi condenado. Também dá justa causa o favor devido ao País, por exemplo, no caso de os réus serem poderosos e haver perigo iminente na execução da sentença, assim como também se for necessário descobrir e aprisionar os sócios do crime. Mas sobretudo o que impõe dilação é o favor devido ao parto, até que a condenada dê à luz; e este favor deve ser ampliado por tal forma, que nem mesmo ela deve ser inquirida, nem notificada da sentença, durante a gravidez e trinta dias após o parto, lei 3, do tit. *De poenis*. Por isso Zacchias parece-me destituído de todos os sentimentos humanos, ao escrever nas *Quaestiones Medico-legales*, liv. IX, tit. II, Quaest. única, n. 20, que *a mulher culpada e condenada à morte pode ser aberta viva, para dela se extrair vivo o feto*.

DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA NOS DEGREDADOS

§ VI — Os degredados são enviados, presos, aos juizes do local do exílio com uma carta na qual se contém resumidamente o seu delicto e pena, Ord. liv. 5, tit. 140, e tit. 142, § 1. Os que são degredados do lugar onde vivem e têm domicílio, não podem voltar à antiga habitação, nem vir à Corte, enquanto não se extinguir o tempo do exílio, Ord. liv. 5, tit. 140. Embora às vezes por Corte se entenda o lugar onde está o Rei, a Cidade Real, e a Casa da Suplicação, todavia o simplesmente degredado da Corte somente não pode entrar no lugar onde o Rei estiver e seu arrabalde, Ord. liv. 5, tit. 141. Os que forem achados fora dos lugares para onde foram degredados, são punidos com exílio mais severo pelo mesmo tempo, Ord. liv. 5, tit. 143, no princípio. Mas ao degredado para o Brasil por certo tempo, dobra-se-lhe o degredo que estiver por cumprir, e ao

degredado para sempre, condena-se à morte, caso se afaste do local destinado ou fuja do navio, Ord. citada, tirada duma lei especial de D. Afonso V incluída em seu Código, liv. 5, tit. 67. Nesta mesma pena incorrem os condenados às galés por toda a vida, se delas fugirem, Carta de Lei de 26 de Setembro de 1603, apud Ord. liv. 5, tit. 140, Coleção I, N. 3.

Na dita Ord. liv. 5, tit. 143, no princ., considera-se o exílio para o Brasil mais grave que para a África ou outros domínios dos Descobrimentos. Por isso é que o condenado a degredo perpétuo para o Brasil sofre a pena de morte, se se afastar do lugar do exílio. Mas já não levam essa pena os que, embora condenados a degredo perpétuo para África ou Ásia, daí fugirem, pois é um exílio mais suave que não supõe um delicto tão grave. Diferem ainda em que não se pode decretar degredo para o Brasil inferior a cinco anos, Ord. liv. 5, tit. 140, § 1, e sem destino a local certo, Decreto de 18 de Janeiro de 1667, Coleção II, N. 4, à mesma Ord., ao passo que já no degredo para África se não declara lugar certo, e o tempo é o que parecer ao julgador, Ord. liv. 5, tit. 140, § 2. As mulheres não podem ser condenadas a degredo para África, Ord. citada; e os nobres, os menores de dezasseis anos, os maiores de cinquenta e cinco, e os enfermos, às galés, na mesma Ord. § 4.

E NOS CONDENADOS A MULTA

§ VII — A execução da sentença de condenação em multa pecuniária faz-se pelo modo ordinário, com a tomada e venda de penhores. O réu, que nada tem de seu, não deve por isso ser retido nem lançado na prisão, Deliberação da Relação de Lisboa de 18 de Agosto de 1774, apud nova Coleção, Num. CCLXX (Instituições, Das obrigações e acções, tit. XXII, § XVIII).

A multa pecuniária era uma espécie de negociação, que as próprias leis, os Príncipes, e os Barões usavam, com o fim indistinto de locupletar o erário público ou patrimonial. Pode-se a cada passo achar exemplos nas leis *Feudais, Visgóticas, Ripuárias, Saxónicas, Longo-*

bárdicas, etc...., que as nossas leis forais seguiram mais que tudo. Não admira, pois, que não só as Ordenações antigas, mas até a Filipina, liv. 5, tit. 36, aprovem a aplicação das penas pecuniárias em favor do fisco e não do ofendido. O mesmo faz a tabela da Câmara Apostólica, apud António Genuense, *Lezioni d'Economia Civile*, P. I, cap. XXI, pág. 446, onde, entre outras coisas, se lê: *Pela absolvição do Presbítero, que uniu em matrimónio parentes em grau proibido, e celebrou na presença deles, (devem pagar-se) 7 grossos. Por aquele que conheceu mulher numa igreja, 6 grossos. Pelo leigo que tirou objectos sagrados dum lugar sagrado, 7 grossos. Pelo perjuro, 6 grossos. Pelo leigo, que matou um Abade, ou outro Presbítero inferior a Bispo, um monge, ou um clérigo, 7, 8, ou 9 grossos.* Porém, todos vêem quão feio é remir a dinheiro os crimes de adultério, furto, rapina, e homicídio. Genuense citado (Tit. I, § XVII, deste livro; Instituições, Do direito das coisas, Tit. X, § II, Nota, e Das obrigações e acções, Tit. II, § XII, Nota, e § XIV).

O QUE SÃO CUSTAS CRIMINAIS, SUA DIVISÃO, E QUEM AS DEVE PAGAR

§ VIII — A execução da sentença pertencem de modo muito especial as *custas criminaes*, isto é, as despesas feitas com o conhecimento da causa-crime ou por ele ocasionado. Se respeitarem à demanda, chamam-se *custas do processo* ou *judiciais*; se à pessoa do réu e ao dano por ele sofrido, *pessoais*, ou *extrajudiciais*. As *custas do processo* são pagas pelo vencido em todas as causas cíveis ou criminaes, ainda que ele tenha justa causa para litigar (Instituições, Liv. IV, Tit. XXI, § VIII), e as *pessoais*, só quando não tiver essa justa causa, Ord. liv. 3, tit. 67, no princ., cap. 4 do tit. *De poenis* das Decretais. São contadas pelo modo expresso na Ord. liv. I, tits. 90 e 91.

A regra, segundo a qual o vencido deve ser condenado a pagar as custas ao vencedor, cap. 4 do tit. *De poenis* das Decretais, tem lugar tanto nas acções cíveis como nas criminaes, e tanto por parte do autor e do réu como do juiz, que tiver sido o causador das despesas, no fim do § 1 do tit. *De poena temere litigantium*.

O ACUSADOR PAGA AS CUSTAS, SE O RÉU FOR ABSOLVIDO

§ IX — Por consequência, no caso de o réu ser absolto, o acusador paga todo o dano causado com a accusação, e todas as custas, no *simples*, no *dobro* ou no *tresdobro*, conforme a grandeza e qualidade do dolo, Ord. liv. 5, tit. 118, no princ., e § 1, Man. 43, tirada das leis de D. Dinis e D. Afonso IV, incluídas na Ord. Afons. liv. 5, tit. 29 (Tit. XIII, § VIII).

Se o réu for absolvido, o autor paga os danos e as custas de qualquer género, as quais o réu pode pedir no próprio juízo criminal, visto pertencerem ao officio do juiz, ou então com esse motivo intentar uma acção cível perante o juiz competente do acusador. Paga as custas *singelas*, se tiver tido causa provável e justa para accusar; mas, se fez a accusação dolosa ou levementemente, será condenado no *dobro* ou no *tresdobro*, pois assim se deve entender a Ord. liv. 5, tit. 118. Como as custas *singelas* visam à reparação do dano, também devem ser pagas pelos herdeiros; mas o *dobro* ou o *triplo* não, visto ser uma pena que não transita para os herdeiros. Deve, porém, o juiz condenar sempre o vencido a pagar as custas ao vencedor, Ord. liv. 5, tit. 118, no principio, *ibi: Se alguém querelar d'outro, e o reo accusado for livre per sentença do maleficio, e querela, por se não provar o conteúdo nella, mandamos, que o tal quereloso seja nessa mesma sentença condemnado nas custas, e em todo o damno, e perda, que o reo por razão dessa querela e accusação receber, o que todo pagará da cadeia. Porem sendo o quereloso achado em malícia, será condemnado nas custas em dobro, ou em tresdobro, segundo a malícia, em que for achado.* Portanto, em face desta Ordenação, não há nenhuma sentença judicial sem condenação nas custas, sendo, por isso, vã a questão sobre se o réu, *simplesmente* absolvido, pode demandar, pelos danos e custas do processo, o acusador que não foi condenado nas custas, ou então pedi-las, caso não lhe tenha ficado salvo o seu direito na sentença absolutória. Com efeito, sendo o juiz obrigado pela dita Ordenação a condenar nas custas o acusador ou quereloso injusto, a sentença dada contra a lei não pode impedir que o réu vencedor reclame em juízo o seu direito e peça a reparação do dano, que uma accusação injusta o obrigou a sofrer. Valasco, *Adlegatio* 95, n. 3. Nem o contrario se deduz da Ord. liv. 5, tit. 117, § 15, porquanto nela fala-se dos crimes de *suborno* e *falsidade* incidentalmente accusados em juízos cíveis; e, como as querelas neste

caso se presumem caluniosas, só tendo ficado expressamente reservado o direito de as propor, são recebidas nos juízos criminaes, segundo a mesma Ordenação, a qual é de aplicar apenas no caso especial de que fala.

NAO ASSIM, O PROCURADOR DA JUSTIÇA E O DO FISCO

§ X—O *Promotor da Justiça*, ou o Advogado do fisco, que por dever de officio accusou alguém, não deve ser condemnado nas custas, se depois o acusado for achado innocente, a não ser que tenha agido com manifesta calúnia, Ord. liv. 3, tit. 67, §§ 3 e 6, Cabedo, P. II, *Decisio* 119, desde o n. 25, Mateus, *De criminibus*, ao liv. XLVIII, tit. XVII, cap. IV.

Parece-me absolutamente desumano que o réu, que foi absolvido, depois de obrigado a sofrer os maiores prejuizos com a accusação, chegando até a ser preso innocente, seja ainda por cima obrigado a pagar as custas do processo. Ora, é de certo modo a sociedade que as deve pagar, e ressarcir o dano ao réu, por meio do etário judicial, ou das multas pecuniárias a que são condemnados os verdadeiros delinquentes, da mesma maneira que se devem reparar a fama, a honra, e quaisquer danos feitos ao réu, cuja innocência se verificou após a proferição e execução da sentença, ou então aos seus herdeiros. *Discours sur les réparations dues aux accusés innocens*, tomo VI, Brissot, *Bibliothèque Philosophique*, pág. 169, e tomo IV, pág. 277. *Des moyens d'indemniser l'innocence injustement accusée, et punie*, Mr. de Pastoret, tomo II, P. IV, cap. XX. Efectivamente, como a sentença criminal condenatória e definitiva não passa em coisa julgada, admite sempre a restituição, se for provada a innocência, Boehmero, *Exercit. LXXXVII, De sententiis in rem judicatam non transeuntibus*, § XL, e tit. *De sententiam passis et restitutiis* do Digesto (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XXI, § XV).

SE E QUANDO PAGA O DENUNCIANTE AS CUSTAS

§ XI—Os delatores, que temerária e dolosamente deram azo a inquirição judicial com denfincia firmada em juramento,

são condemnados à restituição das custas, caso o réu seja inteiramente absolvido, pois pouco interessa se alguém accusou temerariamente, se denunciou com calúnia, Ord. liv. 5, tit. 118, § 2, Cabedo, P. I, Aresto LII, Valasco, *Adlegatio* 95, n. 8, Barbosa no coment. 79, n. 161, à lei *Eum, quem temere* do tit. *De judiciis*, Boehmero na *Exercit. especial De expensis criminalibus*, tomo VI, cap. III, § XIV, Mateus, *De criminibus*, liv. XLVIII, tit. XVII, cap. IV, António Genuense, *Della Diceosina*, tomo II, cap. XIX.

E O RÉU CONDENADO A MORTE

§ XII—Assim como o accusador vencido deve ser condemnado a pagar as custas ao réu, assim também o réu, embora condemnado à morte, ou a outra pena afflitiva do corpo, deve ser condemnado a pagar as custas ao accusador. Mateus citado, e Boehmero, cap. II, § VII.

Como a morte apaga tudo, parece muitíssimo iníquo a Júlio Claro, Carpzov, e outros, que se condene nas custas o réu que perdeu a vida; todavia, confutamos bem Matens e Boehmero citado, e Püttman, *Elementa Jursprudentiae Criminalis*, liv. II, cap. XXVIII, § 1072.

E O JUIZ

§ XIII—Também não está imune da restituição das custas e da reparação do dano aquele juiz que condenou o réu por imperícia ou mau dolo, Ord. liv. 1, tit. 65, § 9 (Tit. V, § X, deste livro). Eis por que, condemnado nas custas, é obrigado a pagá-las ou do seu dinheiro, ou do salário, isto é, da paga que o Rei lhe dá para seu sustento e vestuário, Ord. liv. 1, tit. 1, § 40, no fim. E isto é de notar, porque os salários dos juizes não podem ser penhorados por quaisquer dívidas civis.

Ord. cit., Alvará de 10 de Março de 1778 (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XXII, § IX).

Pecam gravemente e demonstram a máxima estupidez e avariza aqueles juizes que, a título de custas criminaes, utilizam, usurpam e vendem os *pannicularia*, isto é, as coisas que os presos trouxeram consigo para o cárcere.

TÍTULO XXI

DAS APELAÇÕES

DEVE-SE RECEBER A APELAÇÃO NAS CAUSAS-CRIMES

§ I — Tanto o direito romano como o pátrio admitem também a apelação nas causas-crimes, leis 6 e 16 do tit. *De adpellationibus*, lei 6, § 9, do tit. *De injusto, rupto*, Ord. liv. 5, tit. 122, Man. 42, Afons. 58. Pode interpô-la não só o réu condenado por sentença judicial, mas em certas causas também o próprio juiz officiosamente, Ord. cit.

Tanto pode apelar o próprio réu, como outros em seu nome, e não julgo necessário distinguir se essoutros são parentes ou estranhos, lei 6 do tit. *De adpellationibus*. Interpõe-se dos juizes inferiores para os Ouvidores do Crime da Casa da Suplicação, Ord. liv. 1, tit. 11 e tit. 41. Ajusta-se à apelação nos feitos-crimes quase tudo o que vigora nos feitos-cíveis, devendo-se, por isso, aplicar aqui o que dissemos nas Instituições, Das obrigações e acções, tit. XXIII.

E QUANDO DEVE O JUIZ APELAR OFFICIOSAMENTE

§ II — Os juizes são obrigados a apelar em certas causas-crimes, posto absolvam o réu; constitui isto um caso especial, pois nas causas cíveis só o vencido e condenado pode apelar. Ora, esta apelação tem lugar em todos os delictos que admitem

querela, e é esta a regra máxima, Ord. liv. 5, tit. 122, no princ., que sofre algumas excepções nesta mesma Ordenação referidas.

Esta apelação necessária, que o juiz é obrigado a interpor sob a pena cominada na cit. Ord., § últ., visa a defesa da sociedade e do réu, visto ser do interesse público que os delitos não fiquem impunes. A sua origem remonta a D. Afonso IV e seu filho D. Pedro I; foi confirmada por lei especial que D. João I deu em Évora a 15 de Janeiro do ano 1459 da Era, apud Ord. Afons. liv. 5, tit. 58, §§ 7 e seg., que passou aos Códigos posteriores com poucos aditamentos e supressões. A revista não tem lugar nas causas criminaes, salvo sendo especialmente concedida (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. XXIII, § XXVIII). A apelação para o tribunal divino, ou seja, para o vale de Josafat (que em português se chama *emprazamento*), indevidamente tirada de Joel, cap. III, vers. 2: *Juntarei todas as gentes, levá-las-ei para o vale de Josafat, e aí entrarei com elas em juízo acerca de Israel, meu povo e minha herança, a quem eles espalharam por entre as nações, e acerca da minha terra, que eles dividiram entre si, é vã, e debalde se lhe atribui efeito quer devolutivo quer suspensivo. Püttmann, Elementa Jurisprudentiae Criminalis. P. II, cap. XXII, § 970, onde se citam vários escritores desta matéria. Appel à la Postérité par Mr. Linguet.*

TÍTULO XXII

DA REQUISIÇÃO OU CONDENAÇÃO DOS AUSENTES

OS RÉUS AUSENTES DEVEM SER REQUERIDOS

§ I — Pertence ao officio do juiz requerer o réu fugitivo ou ausente, e fechar ao que se esconde todas as vias de evasão. Deve, por isso, ele mesmo procurá-lo nos lugares do seu provável refúgio, ou então, se suspeitar que ele está escondido fora do termo da sua jurisdição, enviar carta precatória aos respectivos juizes para que estes o busquem e remetam, Ord. liv. 1, tit. 58, §§ 38 e 39, e liv. 5, tit. 104, §§ 2 e 3, e tit. 119, § últ. (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. IX, § X).

PROCESSO QUE O NOSSO DIREITO ADMITE CONTRA OS AUSENTES

§ II — E os ausentes devem ser não só requeridos, mas também condenados, Ord. liv. 5, tit. 126, Man. 44. No nosso direito, para que o juiz admita officiosamente um processo contra os ausentes, faz-se mister o concurso das seguintes limitações: 1) não deve ser intentado e ordenado contra um ausente, que está em local certo onde facilmente pode ser buscado e preso, mas só contra aquele cujo local de habitação se ignora; 2) nem contra todos e quaisquer fugitivos, visto que também os inocen-

tes fogem aos julgamentos (Tit. XVIII, § VI), mas só contra aqueles que, mediante as provas da lei, já estiverem pronunciados pelo juiz como réus de crime; 3) nem contra os réus de crimes menores, mas só dos mais graves que levam à pena de morte natural ou civil, ou à pena afiliva do corpo; 4) nem contra aquele que de modo nenhum, isto é, nem verdadeiramente, nem por presunção do direito, foi chamado a juízo. Por consequência, deve-se, primeiramente, citar o ausente por meio de éditos públicos, afixados no lugar do tribunal, na terra onde aquele morou, e naquela onde vivem seus amigos e parentes, para que lhe possam levar notícia do que se passa. Ser-lhe-ão dados pelo menos dois meses, com a declaração de que, não comparecendo nesse tempo, será havido como verdadeiro revel e punido com a pena ordinária do delito, Ord. citada. Também é citado por éditos aquele réu que, na cidade de Lisboa ou onde estiver El-Rei, se acolher na casa de algum grande, Ord. liv. 5, tit. 104, §§ 4 e 5 (Instituições, liv. IV, Tit. IX, § IX), ou se refugiar numa igreja ou outro lugar de asilo, Ord. liv. 5, tit. 126, § 4. Cumpridas estas condições da lei e dos costumes, no nosso direito o réu que não comparece é considerado como confesso e convencido, o que não se deve entender como bastando esta confissão ficta, à falta de verdadeira prova, para o condenar, uma vez que nem a confissão verdadeira, sem essa prova, chega para condenar o réu (Tit. XVII, § X). E, realmente, não se deve atribuir maior força e poder à ficção que à verdade.

Que não se pode proceder contra os ausentes nem condená-los em juízo criminal por delito a que cabe a pena de morte ou afiliva do corpo, prova-o Henrique Coccey na Disputa especial intitulada *De iustitia poenae in absentes*, tomo II, pág. 1013, que seu filho Samuel transcreveu no seu *Jus controversum*, ao tit. *De requirendis vel absentibus damnandis*, Boehmero, Exercit. *De potestate procuratoris in criminalibus*. No entanto, as nossas leis e costumes, assim como os de outras nações, admitem processo contra os ausentes nos delitos capitais; mas nos não capitais, só a requerimento do ofendido, Ord. cit. tit. 126, § 3, Groeneveg, *De legibus abrogatis*, à lei *Absentem* 6 do tit. *De alicusa-*

tionibus do Código. Quanto à execução da pena de morte ou qualquer outra afiliva do corpo na imagem do réu, ainda há poucos anos ela se fazia (Ver Carta Régia de 19 de Junho de 1684), e, se o réu depois era preso, não o livrava da verdadeira pena. Actualmente já não tem lugar no foro a execução *em effigie*, pois não corresponde ao fim das penas. E quem poderá conter o riso, ao ver açoiar ou degolar uma imagem simulada do réu? Pode-se, pois, aplicar a semelhante acto aquele verso de Horácio: *Não rireis ao ver tal quadro, amigos?*

NO DIREITO ROMANO NÃO É ASSIM

§ III — Todavia, o direito romano não admite, nos juízos capitais, processos contra os ausentes, lei 1 do tit. *De requirendis vel absentibus damnandis*: *Seguimos o direito que não permite se condenem os ausentes, pois a razão da equidade não padece que se condene alguém sem o ouvir*; lei 5, no princípio, do tit. *De poenis*: *Podem-se sentenciar penas pecuniárias ou outras que affectam a reputação, e proceder até à proscricção, contra os ausentes, que, apesar de avisados muitas vezes, não comparecem; mas, no caso de lhes caber pena mais grave, como a de trabalhos nas minas ou a morte, não lhe será aplicada*. O mesmo vemos estatuído nas Clementinas, cap. *Pastoralis* 2 do tit. *De sententia et re iudicata*, e nos cânones 1, 2, 3, 4 e outros da Causa III, questão IX.

NÃO SE ADMITEM PROCURADORES NAS CAUSAS CRIMINAIS

§ IV — O nosso direito não concede ao ausente nem procurador nem defensor (Tit. XIII, § VI, deste liv.), o que não é de admirar, visto também os não conceder ao réu presente, nos delitos que levam a pena corporal ou desterro para sempre. Todavia, admite o procurador especial, chamado *escusador*, não para que ele defenda o réu do delito, mas da revelia, po-

endo, para este fim, alegar as justas causas da ausência. Também os que se refugiam nas igrejas ou outros lugares a que foi concedida imunidade, e forem citados por éditos, constituem de igual modo procurador que os defenda, não na causa principal, mas somente na garantia de asilo e imunidade do lugar, Ord. liv. 3, tit. 7, § 3, e liv. 5, tit. 126, §§ 1 e 4, Valasco, *Adlegatio* 96, desde o n. 20 (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. VIII, §§ III e IV).

Estas Ordenações aprovaram a regra do direito civil romano, que não admite, nos feitos crimes, o procurador do ausente ou presente, a tratar de matéria respeitante ao merecimento da causa. O principal fundamento dessa regra residia no facto de o *senhorio da lide* passar para o procurador mediante a contestação, resultando daí ser a sentença proferida e executada no procurador. Mas hoje que cessou esta razão e o *judgado* não prejudica o procurador mas o dono da demanda, também devem cessar as mencionadas Ordenações, visto não terem aplicação nenhuma no foro; por consequência, parece-me que se devem admitir procuradores tanto nas acções cíveis como nas criminaes. Boehmer, *Exercit.* XXIII às Pandectas, *De potestate procuratoris in criminalibus*, § XXVI (Instituições, Das obrigações e acções, Tit. III, § XI, Nota). Como quer que seja, é muito para notar a diferença entre a defesa, que em nome alheio é assumida pelo procurador como tal, e aquela que é feita *por dever comum de piedade*, ou por interesse público ou particular. As leis romanas não admitem o verdadeiro procurador nas causas capitais; no entanto, admitem a defesa por razões de humanidade, ou por utilidade pública ou particular. E, assim, por este direito pode o parente ou estranho falar pelo réu presente, ou ausente, e até pelo relutante já condenado à morte, e assumir a sua defesa, não em nome próprio, mas (1) em nome da sociedade, visto a causa da inocência ser uma causa pública, lei 33, § 2, do tit. *De procuratoribus*, e lei 6 do tit. *De appellationibus*. Também o senhor pode defender o seu servo, e o pai o seu filho, pois defendem causa sua e demandam interesse próprio, lei 19 do tit. *De poenis*. O mesmo parece estabelecido ou de estabelecer no nosso direito, Ord. liv. 3, tit. 7, § 3,

ibi: para o que não tão somente será recebido o Procurador, mas ainda qualquer do Povo sem procuração, posto que seja menor de vinte cinco annos, mulher, ou escravo, e liv. 5, tit. 127, no principio, vers. *Porém, se em algum tempo*, Febo, P. II, Aresto 76, Mendes, in *Praxis*, liv. V, cap. IV (Tit. XIX, § I).

DOS BANIDOS

§ V — Os ausentes condenados ao último supplicio chamam-se banidos, da palavra *bannum*, Ord. liv. 5, tit. 126, § 7, Cabedo, P. II, *Decisio* 57, n. 8. O efeito deste *bannum* (banimento) é que qualquer um do povo os pode matar impunemente, Ord. cit. § 8. Entre outros exemplos desta horrível procrição, é digna de memória especial a sentença do Senado de Lisboa, de 9 de Julho de 1583, na qual D. António, Prior do Crato, filho do Infante D. Luís, foi pronunciado por banido, apud Sousa, tomo II das *Provas* ao liv. IV da *História Genealógica*, N. 87, pág. 531.

O significado das palavras *banimento* e *banido* varia com as diferentes leis e costumes das regiões, as quais de balde se esperarão que os recorde aqui. Para nós, *banimento* é a própria sentença condenatória, e *banido* o réu ausente nela condenado. Contudo, hoje já não é lícito matar o bandido, visto que *não se deve conceder a cada um aquilo que públicamente deve ser feito pelos magistrados*, lei 176 do tit. *De regulis juris*, e, por outro lado, não se livra da pena aquele que mata um homem culpado, lei 5, do tit. *ad legem Pompeiam de parricidiis*, lei 1, § últ., do tit. *ad legem Corneliam de sicariis*, Carpov, P. III, questão 140, nn. 131 e seg., Püttman, *Elementa Jurisprudentiæ Criminalis*, liv. II, cap. XXXVI, § 1044, Cabedo, P. I, Aresto 93.

NÃO SE LHES DEVE NEGAR A DEFESA

§ VI — Porém, mesmo ao réu banido deve ser concedida a defesa, em qualquer tempo que ele compareça; e não distin-

(1) Segundo o original, seria *ou*, mas é lapso evidente (N. do T.).

guimos se comparece dentro dum ano a contar da sentença, se depois, e ainda se aparece livremente, se contra vontade, ou se preso por outro. Com efeito, não bastando para a sua condenação a confissão tácita ou ficta, como é talvez a resultante da revelia do fugitivo (§ II deste Tit., e Tit. XVII, § X), mesmo que o banido seja aprisionado ou venha a juízo um ano depois de modo nenhum deve ser punido com a pena de morte, enquanto não for verdadeiramente convencido do crime e dele verdadeiramente confesso. E, como, além disso, a sentença criminal condenatória não transita em coisa julgada (Tit. XX, § X, Nota), pode ser sempre impugnada sobretudo pelo réu que não foi ouvido, ao qual se deve inteiramente conceder que, sem se fazer caso da referida distinção, possa opor as excepções de nulidade, juiz suspeito, e outras que Mendes resumidamente refere no liv. 5, cap. 4.

Em este direito usamos. Por isso, a Ord. liv. 5, tit. 126, § 7, nas palavras e vindo depois do dito anno, não será mais ouvido com defesa alguma, não foi recebida no foro; ou pelo menos deve ser entendida por forma tal que não proíba se ouça o réu sumariamente, pois seria desumano, mas apenas que se ouça *solenemente*, isto é, pelo modo do processo ordinário. Noutra Ord. do mesmo liv., tit. 127, no princípio, contrária àquela, concede-se a defesa ao réu que comparece em qualquer tempo, *ibi: Porém se em algum tempo se quizer vir escusar, e mostrar sem culpa do dito crime, será ouvido cumpridamente com seu direito*, Portugal, *De donationibus*, liv. III, cap. XL, n. 10. E assim me parece se devem entender e conciliar estas duas Ordenações.

DA ANOTAÇÃO DE BENS

§ VII — Como actualmente não estão em uso as disposições da Ord. liv. 5, tit. 127 relativas à *anotação* de bens, tirada do direito romano, não há por que falemos dela.

TÍTULO XXIII

DE QUE MODOS SE DISSOLVE A OBRIGAÇÃO CRIMINAL

MODOS DE DISSOLVER A OBRIGAÇÃO CRIMINAL

§ I — Acham-se constituídos no nosso direito certos modos de contrair e dissolver tanto as obrigações civis como as criminaes, tirados sobretudo do direito romano, entre os quais se contam a *prescrição*, a *abolição* do crime, a *morte do réu*, a *sentença absolutória*, e a *transacção*.

A PRESCRIÇÃO

§ II — A prescrição apaga todos os crimes. Assim se estabeleceu, ou para que as demandas tenham um termo, e cada um, enfim, possua a certeza e segurança do seu direito, e isto constitui o fundamento geral da introdução da prescrição, Institutas, tit. *De usucapionibus*, no princ.; ou por causa da dificuldade da prova, que é a razão especial que agrada a Thomásio, *De praescrip. bigam.* § VIII; ou, finalmente, porque, após o decurso do tempo legítimo, já não é necessária a punição, visto parecer mais que verosmíl que o delinquente durante tanto tempo haja emendado os seus costumes, regressado ao caminho da virtude, e sofrido com o remorso da consciência o suficiente

suplício. Lauterbach e Leyser, *De praescript. crimin.* Por conseguinte, a prescrição legítima extingue todo o conhecimento, acusação, e inquirição sobre o crime público ou particular. No direito romano, que o nosso aprova quase inteiramente, esta prescrição é ordinariamente de vinte anos, salvo se o delicto for permanente, lei 12 do tit. *ad legem Cornelianam de sicariis* do Código. Exceptuam-se o peculato, o adultério e outros crimes da carne, para os quais a prescrição é de cinco anos, lei 7 do tit. *ad legem Juliam peculatus*, lei 29, §§ 5 e seg., do tit. *ad legem Juliam de adulteriis*.

Na prescrição geral dos crimes também requer 20 anos a Ord. liv. 1, tit. 84, § 23, no fim, Barbosa, no n. 213, à lei 3 do tit. *De praescriptione 30 vel 40 annorum* do Código, Febo, P. I, *Decisio* 53. Há, todavia, certos crimes que prescrevem em menos tempo. Assim, a mulher estuprada não pode demandar criminalmente o estuprador um ano após a prática do delicto, Ord. liv. 5, tit. 23, § 2, a qual talvez seja de estender a todos os delictos da carne, cuja perseguição parece extinguir-se; não em 5 anos, como no direito romano, mas em um. Numa lei de D. João I estavam estabelecidos três anos, Ord. Afons. liv. 5, tit. 10, § 1. A acção criminal a que damos o nome especial de *querela*, só pode ser intentada dentro de 1 ano contado da perpetração do crime, Ord. liv. 5, tit. 2, § 4, e tit. 117, § 1. O mesmo cumpre dizer da inquirição *especial* officiosamente feita pelo juiz, porquanto a *geral*, tal como a *acusação simples*, e *de direito comum*, só se extingue em 20 anos (Tit. XIII, § XIII, Nota, deste livro), Ord. cit., liv. 1, tit. 96, § 2, nas palavras: *E quanto à pena crime poderá ser accusado, e punido dentro no tempo, que per Direito os taes crimes podem ser accusados*, e liv. 5, tit. 117, § 1, no fim, *ibi: e passado o anno, não lhe será recebida, mas poderá accusar sem querela quem lhe bem vier*. Sobre os delictos *próprios* cometidos no officio pelos juizes e officiais da justiça, podem os corregedores das comarcas tirar *inquirição* geral só uma vez ao ano, e dentro de um ou dois anos da data em que foram cometidos, Ord. liv. 1, tit. 58, § 34; e, como aqui se trata de uma excepção especial, dela se conclui, e bem, que eles podem inquirir officiosamente sobre os outros crimes dentro de vinte anos. A pena imposta ao official da justiça que cometeu delicto no officio, a que renunciou sem licença d'El-Rei, prescreve passados dois anos do dia

em que fez a renúnciação, Ord. liv. 1, tit. 96, § 2, Cabedo, P. II, *Decisio* 24, n. 9 (Instituições, Do direito das coisas, Tit. IV, § XIV). Por conseguinte, as nossas leis não fixam a todos os crimes o mesmo tempo de prescrição; quem quiser dar a razão desta diversidade no direito constituído, parece-me que pretende mais com prazer ao seu engenho que alcançar a verdade. Thomásio cit., § XXXVIII.

ABOLIÇÃO, E AGRACIAÇÃO

§ III — A *abolição* do crime, concedida antes de dada a sentença ou de movida a acusação, não só exime o réu do processo criminal, mas também perime e extingue toda a acção criminal dele oriunda. Costuma ser concedida pelo Príncipe, por atenção à celebridade do dia, a notáveis vitórias alcançadas, ou a grande júbilo público, como, por exemplo, por ocasião de feliz nascimento ou matrimónio de príncipes, como, para omitir exemplos mais antigos, decretou a Rainha Fidelíssima em 12 de Abril de 1785, por motivo das núpcias do Sereníssimo Príncipe do Brasil. Vejam-se, querendo, as leis 1, 2 e 3 do tit. *De indulgentia crimin.*, e respectivos comentários de Gotofredo. A *agraciação* perdoa ou comuta a pena aplicada por sentença em outra mais branda. Uma e outra são de interpretação estrita, não devendo, por isso, ser estendidas a outros crimes não mencionados no rescripto ou decreto, e, se forem obtidas *sub* ou *ob-repticiamente*, não produzem efeito nenhum, Ord. liv. 5, tit. 130, §§ 1 e 3.

Embora algumas vezes surjam espécies de crimes, em que se vê a própria razão aconselhar, ou até exigir, a abolição ou a agraciação, os filósofos políticos advertem justamente que se deve usar este direito parca e difficilmente. Veja-se, querendo, o Tit. I, § XXVI.

MORTE DO RÉU

§ IV — Para o criminoso, que morre antes de dada a sentença ou intentada a acusação, cessa toda a perseguição criminal, leis 3 e 6 do tit. *De publicis judiciis*, pois a razão da equidade não admite que se condene alguém sem o ouvir, lei 1, no princ., do tit. *De requirendis vel absentibus damnandis*. E que pena se pode aplicar a um morto? Bem, pois, diz Ulpiano, na lei últ. do tit. *ad legem Juliam majestatis*: *Aquele que morre na condição de acusado, morre em seu inteiro estado, pois com a morte extingue-se o crime, salvo tratando-se de réu de lesa-majestade*. E esta excepção é aprovada pelas nossas leis, Ord. liv. 5, tit. 6, § II. Se com razão ou sem ela, outros que o vejam (Tit. I, § XXIII).

SENTENÇA, E TRANSACÇÃO

§ V — Que a sentença *absolutória* elimina totalmente o acusado dum crime do catálogo dos réus, ou pelo menos o livra da presente perseguição criminal, é ponto de que ninguém duvida, Ord. liv. 5, tit. 130, no princípio. Também se extingue o conhecimento criminal com a transacção feita entre o réu e o acusador, devendo-se aplicar aqui o que dissemos nas Instituições, Das obrigações e acções, Tit. II, §§ XIII, XIV e XV.

JOSE PASCOAL DE MELO FREIRE