
DISCURSO
SOBRE
OS
DELICTOS E PENAS.

DISCURSO
SOBRE
DELICTOS E PENAS,
E
QUAL FOI A SUA PROPORÇÃO NAS DIFFERENTES EPOCAS
DA NOSSA JURISPRUDENCIA:
PRINCIPALMENTE NOS TRES SECULOS PRIMEIROS
DA
MONARCHIA PORTUGUEZA.

POR FRANCISCO FREIRE DE MELLO,
LICENCEADO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA,
NO ANNO DE 1786, &c. &c. &c.

*Barbarus hic ego sum, quia non intelligor ulli,
Et rident stolidi verba latina Getae.*

• OVID.

..... Adsit
*Regula, peccatis quæ pænas irroget æquas :
Ne scutica dignum horribili sectere flagello.
Naturam expelles furca, tamen usque recurret.*

cur non
*Ponderibus modulisque suis ratio utitur ? ac res
Ut quæque est, ita suppliciiis delicta coercet ?*

HOR.

*Adde, quod injustum rigido jus dicitur ense ;
Dantur et in medio vulnera sæpe foro.*

OVID.

LONDRES :
IMPRESSO POR T. C. HANSARD,
Na Officina Portugueza,
Peterborough-court, Fleet-street.

AO

MUITO ALTO E MUITO PODEROSO

PRINCIPE REGENTE

DO REINO UNIDO

DE

PORTUGAL, E DO BRAZIL E ALGARVES,

PAI DA PATRIA,

P. F. A.

D.

FRANCISCO FREIRE DE MELLO.

ADVERTENCIA.

Do EDITOR.

CHEGOU a mim por diversas mãos o papel manuscrito, o qual não sómente hé para Portugal, porem para todo o mundo, mas que em Portugal não teve licença de sahir á luz. A liberdade de imprimir neste Reino sómente se concede pela maior parte á papeis indignos e infamatorios. Recorre-se á tres repartiçoens para concederem licença; o que desgosta aos autores, e o que faz as ediçoens difficultozas, por mais uteis que sejaõ as obras. Os Censores em geral, são ignorantes, e theologos, e reprovaõ sempre os livros uteis á Patria, ao Principe, e ao Publico. Hoje não davaõ licença a Camoens, a Antonio Vieira, e a outros grandes genios, de que abunda a nação Portugueza para imprimir as suas obras. A liberdade, não digo já de escrever, mas de pensar hé prohibida em Portugal. Diz bem Bielfeld *Inst. Polit.* tom. 1., cap. 7: *la liberté de la presse est ridicule en Espagne*: ainda melhor o disse Filangieri tom. vi., cap. 52, nas palavras seguintes: *se il male, che l'uomo può fare colla*

ADVERTENCIA.

stampa, può esser difficilmente occultato, e facilmente riparato, e quello, che può fare colla spada, può esser facilmente occultato, e difficilmente riparato, perché temer più la stampa, che là spada, e spiare colui, che scrive, e non colui, che é armato? Esta a razão porque Jugler *Bibl. Histor.* disse: *Lusitani pauca præstiterunt propter præcisam sentiendi libertatem.* Os Inglezes, cuja constituição hé superior á de todas as naçoens, concedem a liberdade da imprensa, e nisto consiste parte de sua felicidade, e o augmento das sciencias, e artes, no que vai muito ao genero humano. A maior parte dos livros antigos de pouco ou nada servem hoje. Os costumes mudaraõ, aos quaes se deve accomodar a legislação em toda a parte; nem a philosophia pode ser agrilhoada. Os defeitos da legislação não se devem imputar aos Reis, que sempre querem o bem, mas aos satellites, que estão ao lado delles, avarentos lisongeiros, e sanguessugas, que lhes negaõ a verdade fingindo-lhes sempre amizade, e zelo publico.

*Hac una Reges olim sunt fine creati,
Dicere jus populis, injusta que tollere facta.*

INTRODUCCAO:

PARA bem desempenhar o difficultozo e arduo objecto, que atégora nunca fei tratado entre nós, e que se contem no Discurso seguinte, hé necessario recorrer ao direito tradicional e consuetudinario, que se observou entre nós no principio do Reino, em quanto as leis eraõ poucas, direito este, que nos ficou da Legislação Romano-Visigothica, muitas vezes citada nos documentos daquella idade, a qual se refere na legislação criminal dos foraes e leis escriptas naquelle tempo. O foro de Leão ou o livro intitulado *Fuero Juzgo* (que alguns não sei se com razão, reputaõ ser o mesmo Código Gothico) que D. Affonso V. de Leão, e depois D. Fernando o Magno mandaraõ guardar nos Estados de Galiza, e Portugal, e de que usaraõ os nossos maiores, ainda depois de erecta a monarchia, tambem faz parte da nossa jurisprudencia criminal. Para combinar a proporção entre o delicto e a pena, não basta recorrer á natureza absoluta do mesmo delicto, mas hé tambem necessario recorrer á natureza relativa do delicto e da pena, segundo o estado civil, moral, politico, economico, e militar da nação, nas suas differentes épocas, o que muito influe na legislação criminal. A situação politica da nação, a forma do seu governo, o estado da liberdade civil, o direito feudal, o espirito militar e de cavalleria, os direitos municipaes, o das guerras privadas, ou revindictas, que naquelles tempos faziaõ grande parte das suas mal entendidas franquezas e liberdades, certo que se não poderiaõ alterar sem grande turbação da cidade; o que pode justificar em parte a economia do nosso direito criminal naquelles tenebrosos tempos, direito este que hoje hé barbaro e inapplicavel aos presentes costumes, o que digo em abono dos nossos legisladores. A gradação, que deve haver para se guardar exactamente a proporção entre os

delictos e as penas, hé muito difficultoza, e não pôde ser perpetua: porque os costumes variaõ de seculo em seculo, e demandaõ nova legislaçaõ, que deve variar á proporçaõ que variaõ os costumes. Não me gabo de ter desempenhado o objecto, a que me propuz, com aquella dignidade que elle pede. Há muitos annos que trabalhei o presente Discurso, o qual se achava em um borrão quasi imperceptivel. O Cl. João Paes de Lima Leal Castel-Branco, meu amigo (palavra que tendo dual sómente entre os Gregos, tenha—o por esta vez tambem na lingua Portugueza) magoado de ver perder o meu manuscripto, o alimpou, emendou, e salvou, com o fim de o fazer estampar, no que se persuade fazer algum serviço á jurisprudencia, e á patria, trabalho este, que hoje me não permite a quebra de saude, fructo de cançados trabalhos litterarios.

Os defeitos das nossas leis criminaes não se devem attribuir aos legisladores, mas sómente aos tempos, em que foraõ feitas. Podemos dizer daquelles tempos o mesmo, que Cicero de *Divinat.* 11., 33, dizia dos primeiros tempos de Roma: *Errou em muitas cousas a antiguidade, cujos erros vamos mudando ou por costume, ou por doutrina dos sabedores, ou por inapplicaveis aos actuaes costumes.* As presentes leis, principalmente as criminaes, são hoje impraticaveis, como se diz no Decreto de 31 Março de 1778, pelo qual se mandou fazer um novo Codigo. Os jurisconsultos, que mostraõ aos Soberanos os defeitos das leis, fazem á patria e á humanidade grande serviço. A sociedade Economica de Berne, e a Academia de Châlons sobre o Marne, tem promettido grandes premios á quelles, que proposerem as leis menos severas, e as mais promptas para evitar os crimes. A difficultade deste objecto provem não tanto da natureza dos crimes, como dos prejuizos dos homens. O criminoso ainda hé cidadão, e deve ser tratado como um doente, ou ignorante, que hé necessario curar, instruir, e cauterizar, segundo a

enfermidade, no que não somente interessa elle, mas a mesma sociedade. As leis criminaes dos povos antigos, que se achão recolhidas por Paulo Canciani, e que passaraõ para a maior parte dos Codigos actuaes da Europa, são injustas, crueis, e supersticiosas. Estas leis foraõ edificadas sobre as Romanas, que são mais barbaras, supposto que supersticiosamente adoradas, e adoptadas nos Codigos actuaes da Europa. Esta monstruosa compilação das leis Romanas hé a origem de muitas leis atrozes, que ainda hoje se observaõ. Seria para desejar, que os leis fossem taes, que o juiz nenhum arbitrio tivesse, e que nunca dissesse: *A lei não quadra para este caso: cessando a razaõ da lei, cessa a lei*: o que faz o juiz legislador, e todo o direito arbitrario, no que vai grande damno á republica. A interpretação das leis hé um grande mal, como diz o Marquez de Beccaria: *Dei delitti e delle pene* § 4. O juiz deve julgar pela lei, e não da lei: de outro modo as leis nada differiraõ das têas de aranha, nas quaes ficaõ sempre presas as moscas, isto hé, os fracos, e são sempre rotas pelos moscardos, isto hé, pelos poderosos, como diz Solon em Plutarcho. A nossa *Caza da Supplicação*, tribunal supremo da justiça, tem pelas leis do Reino o poder de interpretar as leis; mas ella não interpreta, mas revoga as mesmas leis, contra o seu espirito e letra; merece que se lhe tire este poder pelo abuso que faz e tem feito delle contra os direitos da Soberania; ou ao menos que seus *Assentos* não valhaõ sem serem primeiro confirmados por El Rei. Dou em prova os mesinos *Assentos* contradictorios uns aos outros, e feitos para casos particulares. A Jurisprudencia entre nós hé arbitraria, hé um chaos, e nem o fio d'Ariadna hé capaz de nos livrar do labiryntho das leis, que pela maior parte, principalmente as criminaes, são injustas, barbaras, crueis, e deshumanas, e tem por fundo a legislação Romana dos ultimos tempos. As demandas são immortaes, e a

maior parte do Reino vive d'ellas. Este vicio hé geral em toda a Europa, e o foi em todos os tempos, e já Cicero dizia que todo o homem sensato devia fugir de demandas ainda mais do que hé licito: nos Juizos, geralmente fallando, nada há que fiar; nestes se commettem maiores latrocinios do que nos bosques pelos ladroens, como diz Boehmero Exercit. cl., ad. lib. XLVIII. Pand. tit. 19, nas palavras seguintes: *Nihil enim tam sanctum et religiosum, quod non flagitiosa hominum cupiditas aut perversa Juris applicatio inquinare et corrumpere possit, adeo ut Paris de Puteo haud. inique in hæc verba eruperit, maiora fere latrocinia in iudiciis, quam a latronibus in silvis committi; præsertim si antiqua tempora, quibus fora criminalia sædissimis repleta erant navis, intueamur.* Quasi do mesmo modo se explicou Saavedra, Empres. XXI. nas palavras seguintes: *Las plazas son golfos de piratas, y los tribunales bosques de Foragidos. Los mismos que avian de ser guardas del derecho, son dura cadena de la servidumbre del Pueblo, &c.* Felizes aquelles, que podem escrever das virtudes e ensinallas aos outros. Nada pelo contrario mais duro e mais perigoso do que occupar-se em enumerar os vicios do homem, o peor e o mais estúpido de todos os animaes. A verdade pare inimigos, e perseguições: mas o animo do philosopho intrepido se constrista com a cogitação das miserias. Em todos os Codigos da Europa há crimes sem pena: u as muito maior hé o numero das penas sem crimes ou de crimes fantasticos e imaginados pelas leis. Quasi o mesmo pensamento se acha no grande Renazzi *Elem. Jur. crim. liv. I. cap. 15. § 6.* no fim: *Felices quibus datum est scribere de virtutibus eas que homines docere. Nil contra durius, quam in hominum vitiis enumerandis, exponendisque versari. Siquidem contristatur animus cogitatione miseriarum, quibus sui similes urgentur, et afflicantur, cumque alto perfundit pudore intueri, quot sit capax malorum humana nequitia.* Serei breve: Grande Livro, grande mal. *Non tanquam in Romuli faece sentimus.*

DISCURSO, &c.

§ I.—*As nossas leis criminaes não guardão proporção entre o delicto e a pena.*

O Conhecimento da enfermidade hé o primeiro passo para a saúde. Entre os defeitos de qualquer legislação criminal deve-se contar, como o primeiro, a desproporção ou desigualdade entre os delictos e penas. Está hé fácil de encontrar a cada passo em todas as leis não só de Portugal, mas de toda a Europa. As nossas criminaes, assim como todas as outras, foraõ feitas, por assim me explicar, entre o estrepito das armas e tambores, num tempo, em que a philosophia não tinha ainda lançado raizes entre nós, e em que os costumes da Nação eraõ geralmente rudes, agrestes, e guerreiros, e a verdadeira moral desconhecida: e por isso aos homens fazia entãõ maior e mais viva impressãõ a dureza das penas, que a sua brandura: tempo, em que por falta de educaçãõ publica, e falta de costumes, sem os quaes as leis nada podem, mais se procurava cortar e queimar, do que curar. Era entãõ desconhecida a grande arte de prevenir os crimes, que hé a primeira obrigaçãõ do Legislador (Alvara de 28 de Abril de 1681, Coll. 1. a Ord. liv. 1. tit. 33 n. 40.) e as mesmas leis davaõ causa a muitos. Não hé por tanto de admirar, que á quelle, que entra no sagrado templo das nossas leis, e pretende achar a razãõ e proporção entre ellas mesmas, e entre ellas e o delicto, succeda o mesmo, que á quelle, que tendo corrido um labirintho as apalpadellas, se persuade, que pode desenhar-lhe o plano. Com tudo para conseguir o fim, a que me hei proposto, correrei pelos trez primeiros seculos da Monarchia, colhendo a qui e alli o que me parecer que pertence para este assumpto. Para este fim me servirei também o que poder dos nossos historiadores, que será pouco; porque acostumados a historiar assedios, campos, e batalhas, saõ de ordinario, como os

commentadores das leis, diffusos sobre cousas de pouca monta, mudos, e silenciosos sobre o que se quizera saber delles. Outro si me servirei das leis das Cortes, direito consuetudinario, e foraes da Nação, ainda que não farei menção de todos, por ser escusado, ea sua indagação de medidas, que não estão ao alcance de um particular occupado: e terei como guia o que diz o Jurisconsulto Portuguez, que nos deu o primeiro, o melhor, e o mais completo Compendio de Jurisprudencia Criminal, que podiamos receber, no anno de 1794:* quero dizer Pascoal Jozé de Mello Freire.

Como as leis são obra dos homens, sujeitos a tantas mudancas e inconstancias, necessariamente haõ de participar da condição dos mesmos homens e da sua fraqueza, e variar segundo os tempos, costumes, e estado dos povos, a quem se derem; as que se fazem na paz muda a guerra, e as que se fazem nesta desfaz aquella, como dizia L. Valerio em T. Livio xxxiv. C. Pütmanni: *Opusc. Jur. Crim. Prolus. xii.*, cap. 2: pelo qual estado de guerra ou de paz se pode muito bem entender a estado do augmento das sciencias, ou do seu atrazamento. As nossas leis criminaes foraõ

* Foi reimpressa a mesma Obra em vida do Autor no officina da Academia Real das *Sciencias de Lisboa* no anno de 1795 e 1796, pondo-se nestas duas ediçoens ultimas o anno da primeira. De todas as ediçoens, que se fizeraõ, recebeo o Autor metade da ediçaõ de todas as suas obras, segundo o costume da dita Academia, menos das duas ultimas ediçoens do Direito Criminal, que se imprimio duas vezes, cada uma ediçaõ de dois mil exemplares, com a data da primeira—Veja se a ediçaõ de Coimbra do anno de 1815 feita por ordem de S. A. R. para uso dos Mestres e Estudantes, ediçaõ mais correcta, e augmentada, e em typos mais nitidos. A Universidade de Coimbra me consultou sobre a nova ediçaõ; eu lhe remetti seis livros do meu uso, em que tinha muita Notas minhas, que ella imprimio todas: mas não me quiz restituir os exemplares que lhe mandei, e que paraõ na maõ de Ioaquim Ignacio de Freitas, Professor de Bellas Letras. Imprimio mais e ajuntou á obra o *Panegyrico Historico*, que vem no principio do 1 tomo da *Historia*. E Imprimio mais a taboa das ordenaçoes concordantes, que se acha no fim do mesmo tomo. Eu lhe doeí a estampa do retrato de meu Tio, e lhe doeí mais o direito da reimpressao das minhas Obras, comprando-me a dita Universidade os Exemplares do meu laborioso o *Indice*, de que me pagou só o papel e a despeza do prelo. A ediçaõ do *Compendio da Historia Jur. Civ. Lis.* foi feita segundo a ediçaõ de 1800, em que emendei muitos erros, tendo sempre contra mim nas ditas emendas a pre-supposta Academia Real das *Sciencias de Lisboa*. Veja-se o que se diz no meu *Panegyric. Histor.* § 16; Not. Ed. Coninbr.

feitas naquelle tempo, em que estava em vogar o erro commum, que tanto maior fosse a pena dos delictos, quanto maior seria o receio de delinquir, erro, que se deve attribuir mais á calamidade e rudeza dos tempos, que a dureza dos legisladores. A brandura de penas, a certeza que o delinquente deve ter de não escapar a ellas em qualquer lugar, a sua prompta execução, são os meios mais poderosos de conter os homens, e prevenir os delictos. Todos hoje são de opiniaõ, que estas leis foraõ feitas mais para ameaçar do que para ferir, e assim o dizia claramente Alexandre de Gusmaõ, na carta escripta por mandado d'El Rei D. Joaõ V. ao Desembargador Ignacio da Costa Quintella em 20 de Janeiro de 1745, nos termos seguintes: *Sua Magestade manda advertir a Vossa Mercê, que as leis costumã ser feitas com muito vagar e socego, e nunca devem ser executadas com acceleraçaõ; e que nos casos crimes sempre ameaçaõ mais do que na realidade mandaõ, devendo os Ministros executores dellas modificallas em tudo o que lhe for possivel, principalmente com os reos, que não tiverem parte; porque o legislador hé mais empenhado na conservaçã dos Vassallos, do que no castigo da justiça, e não quer que os Ministros procurem achar nas leis mais rigor, que ellas impoem.* As penas não são arbitrarías, ellas são adherentes e intrinsecas a cada delicto, e devem ser tiradas da natureza particular de cada crime, e para isso, e para se poderem impor com proporçaõ, hé necessario estudar a natureza de cada delicto, combinando-o com a condiçaõ, fraqueza, e paixões dos homens. Para se estabelecer uma justa proporçaõ, são necessarias regras certas, sem as quaes se não pôde achar uma recta proporçaõ, nem julgar da mesma, assim como se não pode julgar se hé ou não proporcionada ou disforme uma pintura, ou uma estatua, e julgar de sua symmetria sem ter primeiro idea da couza pintada e figurada, comparativa na mesma natureza das couzas, e das suas mutuas relaçoens e ordem, Montesq. *De l'Esprit des Lois*, liv. xii. cap. 4. Não hé a fortaleza da pena o remedio efficaz para cohibir os delictos: por que se o homem não tiver o animo afficçoado á virtude por meio da educaçaõ publica, e se os costumes não melhorarem, será inutil todo o freio das leis. O bom pai de familias procura primeiro a educaçaõ de seus

filhos, abrindo-lhes o caminho da virtude, e propondo-lhes as vantagens, que della se seguem. Ora a cidade não hé outra couza mais que uma grande familia mais numerosa e composta de pequenas familias, que lhe servem de modelo; e o grande chefe desta familia hé como o pai commum de todos os cidadãos, em que se reúnem todos os direitos necessarios para conseguir os fins da sociedade, isto hé, a tranquillidade, e segurança publica e perticular, entre os quaes devem ser contadas as penas, assim como os premios, que são as duas molas reaes, sobre que rola a grande maquina da republica.

§ 2.—*Qual seja a razão e proporção, que deve haver entre o delicto e a pena, e qual a sua medida.*

A pena deve ser para o delinquente, assim como hé o delicto para o offendido: e portanto hé injusta aquella pena, entre a qual e o delicto não há proporção e analogia. Quando uma pena menor basta para conter o delinquente, e com ella se consegue o mesmo fim, não se deve impor pena maior. A medida das penas deve ser regulada pelo fim a que ellas se propoem, e o medo de as soffrer maior que o desejo de delinquir, ou o lucro que se espera do delicto: porque a lei geral, gravada no coração de todos os homens, hé que só o maior mal ou maior bem são capazes de nos mover e dobrar a inclinação e vontade. Tal hé o jogo das acções humanas, Hein. *Clement. Jur. Nat. et Gent.* lib. II., § 164. Nunca hé necessaria pena cruel; porque hé deshumana, e não tem por fim senão a vingança, que deve ser alhea da lei. A punição do delicto deve ser considerada mais como remedio, que como pena, *Diceosina del Abate Antonio Genovesi*, tom. I., pag. 68, edic. de 1780. E porque medicar os symptomas sem cuidar do todo, e na causa da doença, não hé dos bons medicos, deve ser o primeiro cuidado da lei o prevenir os mesmos delictos antes de os castigar, e conhecer a causa delles.

As leis devem guardar uma especie de economia na imposição das penas, e guardar tambem entre si certa gradação proporcionada aos delictos, não impondo uma pena maior, propria para outro delicto, a delicto menor: porque quando succede isto, vem a faltar as penas proporcionadas a maiores delictos: o numero das penas hé mui diminuto em comparação do numero

dos delictos, e vem então a ser necessario recorrer a penas ferozes e cruéis, contrarias a toda a razaõ e humanidade, quaes as que inventaraõ os torcedores da especie humana. Não se pode porem estabelecer entre o delicto e a pena uma proporçaõ arithmetica em todo o seu rigor e exacçaõ, numerosa e harmonica : porque os delictos não se podem pesar, nem medir com igualdade arithmetica, e somente admittem, na melhor opiniaõ, a proporçaõ geometrica ou a maior aproximaçaõ possivel entre o delicto e a pena, *Grot. de Jur. bell. ac pac. lib. II., cap. 20, § 33.* A medida das penas deve ser na razaõ da violaçaõ dos pactos denominados sociaes tacitos, ou expressos, quero dizer, dos fins da sociedade, e á proporçaõ que os delictos se oppoem mais ou menos a estes pactos e fins, segundo o maior ou menor grão de interesse e tranquillidade publica, que se viola, devem assim ser mais ou menos graves as penas, mais ou menos punidos os delinquentes. Não devem entrar em consideraçaõ das leis penaes delictos miudissimos, que não perturbaõ a publica, nem particular tranquillidade : por isso não se devem punir os actos viciosos meramente interños, isentos do poderio de todas as leis, nem aquelles defeitos de pouca monta inherentes á triste desventurada condiçaõ dos homens, e superiores ás suas forças, *Grot. de Jur. bell. ac pac. lib. II., cap. 20, § 18, 19, 20.* Hein. citado §, *Inst. Jur. Crim. Lusit. tit. 1, § 6.* Not. Portanto deve haver differente peso e medida para cada delicto, e por diverso modo se devé castigar o regicidio, o assassinio, peculato, furto, &c. O mesmo delicto deve ser muitas vezes castigado com diversas penas, segundo as circumstancias de que hé revestido, e segundo o maior ou menor grão de liberdade e vontade, que influe geralmente na moralidade e imputaçãõ das acçoës : a ira, o sangue frio, a crueldade, a perfidia, e mil outras circumstancias, devem sempre entrar em conta para a imposiçaõ da pena, e sua proporçaõ com o delicto. Todos hoje tem por um paradoxo ou delirio a opiniaõ dos Estoicos, que Cicero para ostentar eloquencia (da qual muitas vezes foge a verdade e a moral) pertendeo defender, os quaes reputavaõ iguaes todos os delictos, e por consequencia, na sua opiniaõ, deviaõ todos ser punidos com igual pena, delirio este, que por si mesmo se convince : porque sendo a lei uma especie de linha

recta, da qual se separaõ os crimes, como outras tantas linhas curvas, hé claro que se podem separar da linha recta por diverso modo de obliquidade: as nossas leis criminaes para a imposição das penas recorrem as mais das vezes não á qualidade, natureza, e objecto dos delictos, mas ás suas circumstancias, e, segundo as opinioes, prejuizos, e superstiçãoes dos tempos, em que influio muito o direito Romano, e o das Decretaes, classificaõ um e o mesmo delicto debaixo de diferentes capitulos; fazendo-o de diversa especie, segundo as diversas circumstancias do tempo, do lugar, e da pena. Por exemplo, no homicidio consideraõ como circumstancia do delicto, para o fazer de diversa natureza, a condiçaõ politica do morto e do matador, se hé nobre, magistrado, particular, ou peão. O lugar do delicto tambem hé, uma circumstancia que dizem deve entrar em consideração para aggravar ou mitigar a pena; por exemplo, o homicidio commettido no templo agrava a pena, por se violarem dois pactos com um só delicto, isto hé, o pacto da obrigaçaõ de não attentar contra a vida dos homens, e do respeito do culto devido a religião do paiz (§ 7, Not.) Não se devem porem chamar circumstancias do delicto, nem entrar em conta para a proporçaõ entre elle e a pena, senão aquellas, que fazem mudar a qualidade e a especie dos mesmos delictos, que sendo considerados debaixo deste ponto de vista, se podem reduzir a uma medida geral. A vingança e crueldade não hé necessaria para conseguir o fim das penas, isto hé, a segurança dos cidadãos. Os castigos, a que Justiniano no § 2, *Inst. de pub. jud.* chama *cum animæ amissione*, são indignos de se adoptarem. Heineccio *Elem. Natur. et Gent.* lib. II., cap. 8, § 160. Not. se explica do modo seguinte: *Hinc ad penas humanas non pertinet finis, quem vulgo jactant, expiatio puta reatus, et satisfactio, quam justitiæ divinæ fieri debere, aiunt. Neque enim crudelitatis absolveris Phalaridis similes, qui ideo tantum delinquentes puniunt, ut miseri dolores sentiant. Nec justitiæ divinæ infinitæ satisfaceret nocentis hominis doloribus, nisi illi alia vere infinita ratione fuisset satisfactum. Sed talia qui jactant, vix rationem habere videntur pœnarum originis, &c.* Por esta razão disse bem o Abbade Antonio Genovesi na *Diceosina*, tom. II., lib. 1, cap. 19, § 11. Not. litt. (a): *Ogni pena, che fa orrore all' uma-*

nita, che disumana, ed infierisce gli animi, non é piú pena, ma delitto. Si é veduto, che gli schiavi diventano ogni giorno piú crudeli per la sevizia delle pene. Or far di un popolo du omini un covile di Tigri, é il maggior dei delitti che si possano commettere, &c. As penas atrozes, crueis, e deshumanas, diz o Genovesi, não são pena, mas delicto, e somente servem para enferecer os homens, e fazer de um povo de homens um covil de tigres, &c. o que hé o maior de todos os delictos.

§ 3.—*Modo de decidir as causas tanto criminaes como civis nos primeiros tempos da Monarchia Portugueza.*

A Monarchia Portugueza no principio se governou por foraes, que davaõ ás terras não somente os Reis, mas tambem os Senhores particulares: porque entãõ não havia leis geraes, que foraõ feitas por El Rei D. Affonso II. nas Cortes de Coimbra do anno de 1211. Nestes foraes se fizeraõ leis particulares não so para o que tocava ao civil, mas tambem ao crime. A estes foraes se remettem as nossas leis, como se vê da Ordenação actual, liv. 5º, tit. 36, § 1, Affonsina tit. 33, § 5. O modo de decidir as causas neste tempo, na conformidade dos foraes, era fazendo ajuntamento da gente principal da mesma terra perante o Governador, Conde, Rico-homem, Adelantado, ou Adientado, Thyuphado, e segundo a pluralidade dos votos se tomava assento sobre o que convinha fazer-se. Brandaõ, liv. ix., cap. 12, *Hist. Jur. Civ. Lus.* § 41. As miudezas, com que se tratavaõ estes negocios não nos constaõ.

Nas Cortes de Lamego, cuja era não consta, se fizeraõ tambem leis geraes sobre delictos e penas, as quaes Brandaõ não conta como taes: porque duvida da authenticidade das ditas Cortes, e as publica em duvida. Veja-se a este respeito a resposta de meu Tio á Censura de Antonio Pereira de Figueiredo impressa no anno de 1809. Nellas se estabeleceu: 1º. Que o laõraõ pela primeira e segunda vez fosse posto meio despido em lugar publico, pela terceira fosse marcado na testa com ferro quente, e pela quarta morresse, dando-se primeiro parte a El Rei. Aqui vemos a pena de *combustaõ*, que hé taõ offensiva a dignidade do homem, pena esta, que depois foi abolida, *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. 6, § 20, Partida 7, tit. 31, l. 6., *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales*

de *Espanha*, por D. Manuel Lardizabal y Uribe, cap. 5, § 3, pag. 188, n. 1, 2, 3, 4, 5, e 6. Vemos ~~mas~~ que nestas Cortes se duvidou estabelecer a pena de morte contra os furtos simplicis, e por esta razão se manda dar parte a El Rei antes da execuçaõ da pena. Entre a pena de morte e o furto simples não há proporçaõ alguma: 2º. Determinou-se que os adulteros (accusando-os o marido, que hé a unica pessoa offendida) provado o adulterio por testemunhas de credito, fossem castigados com pena de fogo, depois de o fazerem saber a El Rei; mas que se o marido perdoasse a mulher, este perdãõ aproveitasse ao adultero. Hé claro que esta pena de fogo hé em si mesma barbara; e opposta a boa moral, e que entre ella, e o delicto não há proporçaõ, mormente em um crime, que tanta escusa tem na natureza humana. Prudentemente assim se determinou nas mesmas Cortes, que o perdãõ dado pelo marido á mulher aproveitasse tambem ao adultero; porque deste modo raras vezes poderia ter lugar apena, sendo mais fortes e poderosas para o perdãõ as razões do amor do marido, do que as da injuria e offensa. E quando assim não succedesse, era de esperar, que os Reis não concentissem na execuçaõ da pena: 3º. Que o homicida tivesse pena de morte. Esta pena hé a mais analoga e proporcionada ao delicto, attentas as circumstancias do facto violento: 4º. Que aquelle, que forçasse virgem nobre, tivesse pena de morte, e perdesse sua fazenda para a forçada, e não sendo nobre, se determina que o forçador case com ella, ou fosse homem nobre, ou não. Deixadas outras reflexões, que sobre esta lei facilmente occorrem, hé certo que a obrigaçaõ de casar com a forçada hé diametralmente opposta a liberdade do matrimonio, essencial em ~~todos os con-~~tractos civis, qual o matrimonio. Os ~~matrimonios~~ ~~constrangidos~~ são sempre de funestissimas ~~con-~~sequencias, e por isso a mesma Igreja sempre estabeleceu a liberdade do matrimonio. A pena de casar ~~contra~~ ~~von-~~tade com a mulher forçada, a que nossas leis antigas chamaõ *roussadas*, não hé da prudencia das leis, nem conforme aos sentimentos da Igreja. Veja-se a *Ord. Affons. liv. iv., tit. 10, § 2*, aonde se acha abolido o constrangimento no matrimonio por El Rei D. Affonso II., D. Affonso III., D. Affonso V. Pittmano acima citado *Prolus. 12, cap. 4, pag. 341*, diz o seguinte: *Nec*

amor humano subest imperio, frustra que alicui, ut hanc, aut illam amet, imperatur. Sibi quisque ducit uxorem, non parentibus, aut patruo, alitro, &c. 5°. Que aquelle que ferisse alguem com ferro amolado, ou sem elle, que desse com pedra, ou páo, fosse obrigado ao damno, e a pagar dez maravedis. 6°. Aquelle que injuriasse ao Algoazil, Alcaide, Portador de El Rei ou ao Porteiro, se o ferisse, fosse marcado com ferro quente, e quando naõ, pagasse cincoenta maravedis, e restituísse o damno. Eis aqui as leis penaes, que foraõ estabelecidas nestas Cortes respeitaveis. Do que fica dito hé facil de ver qual seja a proporçaõ ou desproporçaõ, que ellas guardaõ entre o delicto e a pena. Nas leis de Lamego se falla tambem da pena de *desnuençaõ* em lugar publico contra os comprehendidos em furto pela primeira e segunda vez. No foral de Aganil se determina tambem a pena de *descalvaçaõ*, o que nos veio da legislaçaõ, Wisegothica, lib. II., tit. 1, § 7; lib. III., tit. 3, § 9; lib. VI., tit. 4, § 5; lib. XII., tit. 3, § 2. Pena torpe e infame. No foral de Ourem vem a pena de *prisaõ á portu da rua*, e a pena de *lapidaçaõ*. No foral de Marmelar vem a pena de *exterminio para fora da Villa ou Cidade* (que era differente do degredo) e a pena de *sepultura do homem vivo*. No dito foral de Arganil vem mais a pena do *exterminio alem do rio*. Algumas destas penas eraõ já usadas entre os antigos Lusitanos, como se vê em Strabaõ. Nas mesmas Cortes de Lamego se acha tambem a *perda da nobreza para sempre* contra o reo, e seus filhos em varios crimes, como se vê do § que começa—*Nobilis*. El Rei D. Alfonso II. tambem fez leis geraes nas Cortes de Coimbra no anno de 1211, escriptas no espirito das antecedentes. Destas leis, que se achaõ na Torre do Tombo, passaraõ algumas para a Ordenaçaõ Affonsina, liv. II., tit. 31, 32; liv. V., tit. 2, § 12, 21; liv. III., tit. 108, § 1, tit. 92, tit. 70; liv. III., tit. 10, 25, 37, &c. Tal era o espirito da legislaçaõ criminal, e cavalleiresca daquelles remotos tempos. Algumas destas penas tem a sua origem nos costumes, e legislaçaõ Mosaica, donde passaraõ para a legislaçaõ actual; como se vê em muitos lugares da compilaçaõ philippina. Veja-se *Pastoret* na sua obra: *Moise considéré comme législateur et comme moraliste*.

§ 4.—*Das penas pecuniarias.*

El Rei D. Affonso III. também tez leis geraes tocantes a crimies, que punio com multas ou penas pecuniarias, que ordinariamente eraõ as que por este tempo se conheciaõ: a pena de morte ainda era rarissima, e se costumava comprar por dinheiro, Ord. Affons. liv. v., tit. 65. Como neste tempo era limitado o fundo das rendas publicas, e o patrimonio Real era muito pequeno, as leis usavaõ de penas applicadas para o Rei, e para a parte offendida, e nas penas consistia principalmente o fundo das rendas publicas. Ora sendo isto assim, quem não vê, que nestes tempos as penas não eraõ tiradas da natureza dos delictos, a quem devem ser analogas, e que por isso entre ellas e o delicto não havia proporção? Este erro era geral em toda a parte, e os Principes se enriqueciaõ com os delictos dos criminosos, e áquelles, que deviaõ ser castigados com penas corporaes, se impunhaõ pecuniarias, em que nunca podia haver igualdade; porque era, por exemplo, a multa de 300 maravedis grande para um pobre e que lhe absorvia todo o seu patrimonio, quando a mesma para um Nercio era cousa de pouca monta. Este alem d'outros hé um dos graves inconvenientes das penas pecuniarias, porque como são diversas as condiçoẽs dos homens, e não há entre elles a igualdade de riquezas e fortunas, admittidas as penas pecuniarias indistintamente, nunca pode haver proporção entre os delictos e as penas. Outro inconveniente, que influe e influirá sempre muito na proporção das leis penaes pecuniarias, hé a mudança, a que está sujeito o valor da moeda. O dinheiro valendo agora muito, n'outro tempo valeo mais. No tempo de El Rei D. Manoel comprava-se um alqueire de trigo por quatro reis, como se vê da sua Ord. liv. 1, tit. 15., § 6, e quando se fez a Ordenação Philippina comprava-se por quarenta reis, como se vê da Ord. liv. 1., tit. 18, § 19, 20. Crescendo a quantidade do dinheiro, cresce o preço das terras, das manufacturas, e das fadigas, na mesma proporção, e pelo contrario: a razão hé porque o dinheiro hé o representante de tudo, que há no commercio. Portanto se há

peço dinheiro, este representa muito, e se há muito representa menos, e então se diz o preço caro. Não he o bom ou máo mercado absolutamente o unico, que cria a abundancia ou carestia; mas um mercado caro, ou barato com relação ao representante. Depois de descoberta a America, o ouro e a prata crescerão, por exemplo, vinte vezes mais, e esta alteração diminuo o seu valor. Se um avarento há trezentos annos estivesse dormindo sobre o seu thesouro de oitenta mil reis, e acordasse hoje, diria: *Sou rico*: e depois ao fazer das contas acharia que esté dinheiro estaria na razão de quatro mil reis. E outro, que tivesse dez moios de terra, acharia ter em preço duzentos. Pela mesma razão as penas pecuniarias estabelecidas nestes tempos, foraõ perdendo a sua proporção á medida, que o valor da moeda hia diminuindo, e estas são as que ainda hoje se achão nas nossas actuaes leis. A Ordenação liv. 5, tit. 60 princ. põe pena de morte ao que furtar o valor de um marco de prata, isto hé, cinco mil e seis centos reis, que na quelle tempo era um grande valor. Não havia portanto proporção entre os delictos e penas pecuniarias: porque as leis não determinavaõ se tirasse a terça, quarta, ou quinta parte de todos os bens, que hé o arbitrio, a que recorrem hoje os melhores criminalistas, para estabelecer a igualdade nas penas pecuniarias; mas indistinctamente determinavaõ que pagasse, por exemplo, 300 maravedis, sem se fazer differença de rico ou pobre, no que vai muito. O que fazia a pena desproporcionada, vindo deste modo a ser maior a pena do delicto commettido pelo pobre que pelo rico; o que deveria ser pelo contrario. E sendo nestes tempos quasi todas as penas pecuniarias, que se devem estabelecer por via de regra somente contra aquelles delictos nascidos da avareza e que perturbaõ a propriedade dos outros cidadãos; os ricos, que estimavaõ em menos as riquezas, quasi se divertiaõ violando com uma mão a lei, e pagando com a outra a pena pecuniaria do mesmo modo, que nos refere *Gellio Noct. Attic.* da quelle cidadão Romano chamado Neracio, que claramente mofava da pena da lei das 12 Taboas estabelecida contra aquelle, que esbofeteasse um cidadão Romano, tomando por divertimento esbofetear quantos encontrava, e mandando logo pelo seu escravo

pagar a multa da lei. Não duvido que este rico cidadão Romano achasse alguns, que de bom grado se offerecessem a ganhar a multa, mas talvez que outros se não dessem por pagos com a quantia da lei. Isto hé o que costuma succeder, quando as penas não são tiradas da natureza dos delictos, estabelecendo-se as pecuniarias, quando somente tem lugar as corporaes.

As naçoens septentrionaes, que se estabeleceraõ sobre as ruinas do povo Romano, cujas leis passaraõ em grande parte para os codigos das naçoens chamadas civilizadas, de nenhum genero de penas faziaõ maior uso, que das pecuniarias, ainda mesmo nos delictos mais graves, por exemplo, no homicido, applicando a maior parte da multa para o Rei, e alguma porção para o offendido. Estas leis penaes dos povos barbaros, que foraõ recolhidas por Lindembrogio no seu *Cod. Leg. antiq.* e por Canciano *Barbaror Leg. antiq.* Vent. 1781, 1783, 1785, 1789, 1792, se encontraõ a cada passo nos codigos actuaes de toda a Europa. Uma lei dos Lombardos estabelece contra quem matar um Subdiacono 300 soldos de pena, um Diacono 400, um Monge 400, um Presbitero 600, um Bispo 900. Veja-se Paulo Canciani *Barbar. Leg. antiq.* tom. 1., pag. 161. Para se conhecer melhor quanto importaõ estas penas, sabe-se que um bom cavallo no tempo dos Longobardos se avaliava em dez soldos; logo a pena de quem matava um Subdiacono era a detrinta cavallos, a do Presbitero sessenta, a do Bispicidio noventa. Náquelle mesmo tempo um carneiro se avaliava em um soldo, logo o homicida de um Subdiacono se remia com 300 carneiros, de um padre com 600, de um bispo com 900. No foral de Freixo de espada Cinta dado por El Rei D. Affonso I. se acha quasi a mesma legislação. Elle determina, que quem matar um homem ou Clerigo de Ordens Sacras, pague nove centos reis. Parte destas penas era para o fisco, e parte para os juizes, que se enriqueciaõ com os crimes. Veja-se este foral, que se acha no *Elucidario Portuguez* na palavra *Pena de sangue*. E o que ainda faz mais horror hé, que em algumas daquellas leis até o mesmo parricidio se cõpunha com multas pecuniarias. E como os delictos os mais atrozes se compravaõ com dinheiro,

por toda a parte reinavaõ o furor, as iras, as discordias, e as inimizades entre as familias, e principalmente entre os ricos e poderosos. Para prova disto referirei algumas das leis penaes de El Rei D. Affonso III., feitas em 1289, com conselho e confirmação dos ricos homens, em que se determinou o seguinte: 1. Que todo o que fosse a casa de homem fidalgo para lhe fazer mal, pagasse a El Rei 300 maravedis, alem da restituição ao offendido: 2. Que a quelle que em assuada furtasse boi ou vacca, pagasse a El Rei seis maravedis, e quatro ao dono: 3. Que o que tomasse porco, pagasse a El Rei tres maravedis, e a dono dois: que o que tomasse carneiro, pagasse a El Rei dois maravedis, e a seu dono meio maravedim: e o que tomasse galinha, capão, cabrito, ganço, e leitaõ, pagasse para El Rei um maravedim, e para o dono cinco soldos: que o que tomasse capa, ou outra vestidura, pagasse o dobro dentro de nove dias, quando não ficaria exposto á condemnação do meirinho, e pagaria por cada uma das cousas dois maravedis: 4. Que todo o trabalhador, que não fosse lanceiro, vivesse em paz, e ninguem o matasse, nem lhe fizesse mal pelo homicidio de seu senhor, e que se alguem o matasse, ou maltratasse, pagasse 300 maravedis, e restituisse o damno, que lhe, fizesse: que se alguem matasse o seu inimigo, depois que o tivesse morto, nada tomasse do que lhe achasse, sobpena de pagar para El Rei 300 maravedis, e entregar o que tomasse aos credores do morto, Brandaõ Monarch. Lusit. liv. xv., cap. 13. Vemos que nesta lei se reputa maior o crime de furto, que o homicidio, castigando-se com maior pena. Para calcular a desproporção entre o delicto e a pena pecuniaria, hé necessario o conhecimento do valor da moeda naquelles tempos, sobre o que se pode ver o que diz Covarr. *de Vet. Numm.*; Mariana *de Pond. et Mens.*, M. Smith, tom. 1., cap. 4, o Mestre Joaquim José Rodrigues de Britto *Memor. Polit.* tom. vi., mem. 5, *Genovesi delle Lezioni di Commercio*, part. 11., cap. 4, e seg. Tal era a philosophia, por não dizer a ferocidade daquelles tempos guerreiros, em que a vida de um homem era tida em taõ pouco e se reputava um jogo, em que as vinganças particulares eraõ permittidas, e a cada cidadão era concedido matar impune-

mente o seu inimigo e vingar com a morte as injurias feitas á sua pessoa, honra, e reputação, como consta das leis chamadas das *revindictas* e *encontos*, que vem na Orden. Affons. liv. v., tit. 53. Direito este, que estando arreigado, e sendo fundado no uso e costume da nação, e quasi geral em toda a Europa, custou muito a tirar, como se ve das muitas leis, que contra elle se fizeram, principalmente no tempo d'El Rei D. Affonso IV. em 17 de Março de 1364, e 11 de Abril de 1385, *Instit. Jur. Crim. Lusit.* tit. 4, § 14, Not. Nas leis barbaras dos povos Septentrionaes se mandava entregar o criminoso de pena capital aos parentes do offendido para fazerem d'elle o que quizessem, lib. vi., tit. 1, lib. 11., Codig. Got. Esta a origem da lei das *revindictas*. Os reptos eraõ autorizados pelas mesmas leis, e eraõ reputados como outras tantas *provas vulgares* admittidas pelas leis civis e ecclesiasticas, pelos quaes o reptado se pretendia purgar do crime de traidor, que se lhe imputava. Hé digna de se ler sobre este assumpto a Ordenação Affonsina liv. 1, tit. 64, e a actual liv. 11., tit. 26, § 2, liv. v., tit. 43, Manoelina, liv. v., tit. 93. Na Ordenação Affonsina, liv. 1., tit. 64, não se trata verdadeiramente dos duellos, que eraõ diferentes dos reptos praticados entre fidalgos e cavalleiros, quando se accusavaõ uns aos outros por traição feita contra El Rei, ou seu Real Estado. Determina esta Ordenação, que aquelle que soubesse, que alguém era traidor ao Rei, ou a seu Real Estado, o dissesse a El Rei em segredo, o que era uma especie de denuncia, como se ve da palavra *repto*, deduzida de *referre*. Na escolha do reptado havia aceitar o repto, isto hé, o juizo do campo, ou litigar no juizo da Corte: a escolha devia ser feita em tres dias: e escolhendo litigar no juizo da Corte, ou não vindo ou mandando escusar-se ao lugar do campo depois de ser avisado segunda vez, era reputado traidor e bannido. Neste mesmo espirito foi feita a Ordenação contra os bannidos, que vem no liv. v., tit. 126, § 7, que ordena, que vindo o bannido passado um anno, não seja ouvido com defeza alguma, e no § 8, que autorisa a qualquer do povo para o matar. As leis devem sempre deixar a porta aberta para a defesa do delinquente: os direitos da innocencia são imprescriptiveis, Ord. liv. v., tit. 157

princ., e não convem nem hé conforme ao fim das penas, que cada cidadão seja executor da lei, *Inst. Jur. Crim. Lusit. tit. 22, § 5 e 6, Diceosina lib. 1., cap. 9, § 17 e seg.* Temos ainda hoje um resquicio da antiga legislação no caso de adulterio, de que as leis fizeram um delicto publico, e em que se permite ao marido matar os adulteros achados em adulterio, *Ord. liv. v., tit. 38, Princ. § 1, 4, e Manoel. tit. 19, Affons. 18, § 26, do tit. 53, Inst. Jur. Crim. Lusit. tit. 10, § 18.* Excepção esta, que fizeram as leis contra as revindictas, que vem na Ordenação Affonsina já citada. Admittia-se as transacçoens e cartas de perdaõ entre familias e concelhos. Das mesmas leis de revindictas trazem a sua origem as cartas de perdaõ, que os parentes do morto costumão ainda hoje dar aos matadores, o que hé antiquissimo. Não hé fora de proposito transcrever aqui uma carta de perdaõ, que refere Brandaõ Monarch. *Lusit. liv. xv., cap. 19, pag. 202, tirada da Torre do Tombo do livro d'El Rei D. Affonso III., concedida nas seguintes palavras: Saibaõ todos, que a presente virem, que eu Gomes Pires de Alvarenga, Cavalleiro, e meu irmão Estevaõ Annes, de nossa propria e boa vontade perdoamos para sempre ao Concelho de Elvas, assim á quelles que de presente estão como aos ausentes, ou que depois de nós devem residir nesta mesma terra, todo o homisio e má vontade que delles tinhamos pela morte de nossos irmaõs Fernaõ Pires, e Paio Pires. E mettemos e obrigamos á boa fé, sem máo engano, a não lhe fazer mal por esta causa, nem nas suas pessoas, nem nas fazendas. Dada em Santarem a 4 de Abril da era de 1293, Inst. Jur. Crim. Lus. tit. 1, § 8, tit. 20, Not. lib. iv., de oblig. et act. tit. 2, § 13, Renazzi, lib. 11., cap. 11, § 2.*

§ V.—Das penas Correccionaes, e de Policia.

Fazem objecto das penas correccionaes a violação simples das leis pertencentes á policia, os crimes de pouca consideração, e as faltas daquelles, que posto não tenhaõ ainda commettido delicto estão no caminho de o commetter. Penas de correcção são aquellas, que as leis devem applicar contra semelhantes delictos, o que deve ser um dos principaes ramos do direito da

pólicia, e do poder economico, que tem por fim mais o prevenir do que o castigar os crimes. Portanto qualquer outra pena, que não seja a de correcção, não hé proporcionada ao delicto: e debalde se canção as leis em estabelecer contra vicios naturaes outras penas, que não sejam correcçionaes, ás quaes, tomadas como deve ser, impropriamente se chamaõ penas.

Os direitos da policia tem sido confundidos com os direitos politicos, quando cada uma destas sciencias tem limites, que os separaõ. A politica tem por fim a segurança da republica já interna, já externa, e se dirige principalmente a conhecer as acçoens, e as vistas dos poderes estrangeiros, e tomar as justas medidas necessarias para se por a salvo das suas entreprezas, estabelecer a boa ordem entre os cidadaõs, conhecer os sentimentos, que elles tem uns para com os outros, e para com o governo, prevenir e evitar os partidos, sediçãos, e tumultos. A policia tem por objecto limitado vigiar sobre a felicidade interna da cidade, por meio de regulamentos sabios, augmentando-lhe a força e o poder. Hé do objecto da policia a agricultura (primeira columna da republica, a quem as leis devem a sua primeira origem), artes, manufacturas, e procurar aos habitantes do paiz as cousas, de que elles necessitaõ para subsistir, e estabelecer a boa ordem entre os republicos: e ainda que tomada neste sentido, ella tambem deve occupar-se na segurança interna da cidade, com tudo não exercita este poder senaõ como instrumento da politica: porque o seu primeiro fim hé somente occupar-se naquillo, que não perturba directamente o socego e tranquillidade do Estado. As nossas leis nem sempre daõ ideas claras, nem fazem as justas distincçoens dos direitos da policia, politicos, e economicos, e por isso as penas impostas aos delictos de policia não guardaõ a devida proporção, e são mais proprias para castigar delictos, do que para prevenir principios, causas, ou symptomas dos delictos. A verdadeira policia, como hoje hé praticada nos outros reinos, está a nascer entre nós, como reconhece o Alv. de 15 de Janeiro de 1780. As mesmas leis daõ muitas vezes causa a estes delictos e a outros muitos, como sabiamente adverte Renazzi

Elem. Jur. Crim. lib. 11., cap. 14, § 3, nas palavras seguintes: Ipsis (legibus) causæ insunt multitudinis malorum, criminumque, quæ aliquam vexant nationem. Ut plurimum namque leges præsentibus contentæ occurrere malis, in criminum pœnis sancendis totæ occupantur; vix vero aut ne vix quidem antevertendis delictis sollicitæ sunt. Quod ut certo denique fiat, sic leges debent esse comparatæ, ut eis publicum commodum cum privata utilitate semper arctissime jungatur et consocietur. Hujusmodi in conjunctione stat summa civilis, prudentiæ artisque antevertendi delicta. Tunc enim tanto magis minuetur numerus delictorum, quanto minus intererit uniuscujusque delinquere. Si igitur legibus, quum publicum commodum privatamque utilitatem simul intendunt, tanta vis inest antevertendi delicta; commune profecto exegit bonum, ut eæ præcipua sint cura sapientiæ principum, magistratuum solertiæ, studii jurisconsultorum, qui sinceram colunt philosophiam. Leges animose abrogentur, quibus vel inconsulta vel tyrannice prudentia publicum commodum a privata utilitate separatur atque distinguitur. Numquam enim potuerunt anteverti delicta, quorum germen et causa in legibus latet, his non sublatis. Quæ autem leges, civilis libertatis auctrices atque custodes, publicum commodum cum privata utilitate provide sapienterque conjungunt, ampliandæ sunt, ratihabendæ, rogandæ, exsequendæ. Nihil arduum est atque præclarum, quod eis legislator operari non possit. As mesmas leis daõ causa a muitos crimes que vexaõ as naçoens: porque as leis, ordinariamente contentando-se em occorrer aos males presentes, somente se occupaõ em estabelecer penas aos crimes, e quasi nunca procuraõ evitallos e prevenillos. Para este fim hé necessario, que as leis sejaõ de tal sorte, que unaõ estreitissimamente a utilidade publica com a particular. A utilidade publica se compoem toda da utilidade particular, e sem esta naõ pode haver aquella. Nesta uniaõ consiste toda a somma da sciencia legal e boa economia civil, e toda a arte de prevenir os crimes: o numero dos delictos sera tanto menor, quanto menor for o interesse, que cada um tirar do delicto. Se as leis tem tanta força para prevenir os delictos, quando unem o interesse publico com a particular, pede o bem commun e saude dos

povos, que os principes ponhão nas mesmas leis toda a sabedoria, os magistrados toda a vigilancia, e os jurisconsultos a verdadeira philosophia e todo o estudo, fugindo de interpretaçoens sinistras e dolosas, com que costumaõ estirar as leis. Abroguem-se para sempre as leis, nas quaes por uma injusta e cruel economia se separa e distingue a utilidade particular da utilidade publica: porque nunca se poderaõ prevenir os delictos, em quanto existirem as leis, em que elles tem a semente e a origem. Aquellas leis porem, que augmentando a liberdade civil, e protegendo-a sabiamente, unem o interesse publico com o particular, devem-se ampliar, firmar, pedir, e executar. Por meio destas leis se pode conseguir tudo por mais difficil e grande que seja, Putman. prolus. 12, acima citada. Para aqui vem todos os contratos exclusivos, mal esta tão damnoso, que fazendo ajuntar todo o sangue em poucas vêas, aonde pela sua abundancia não pode circular, faz secco todo o corpo politico: porque a proporção que os interessados nos contractos exclusivos se vão engordando, este vai emmagrecendo, até que finalmente se dissolve e cahê toda a machina politica. Um dos principaes objectos da policia hé fazer respeitar a religião do paiz, proteger a agricultura, e commercio, a industria, e a propriedade, cuidar na educação civil dos cidadaons, a fim de os fazer uteis a si, e á sociedade, prohibir a ociosidade, e mendicidade, que della nasce, *Genovesi* acima citado tom. I., lib. I., cap. 9, § 21, 22, e seg. *delle Lezioni di Commercio*, p. 1, cap. 6 e 13. Nós temos muitas leis agrarias, muitas contra os mendigos, que não estão em uso, e a causa disto são as mesmas leis, ou os seus executores. A mendicidade, de que alguns tem feito profissão, hé um daquelles males, que apesar das leis que entre nós a prohibem, vai sendo cada vez maior, e parece irremediavel e chronica esta molestia, em quanto se não derem novas providenciãs: o que hé uma prova certo do atrasamento e decadencia da agricultura, artes, manufacturas, e da pouca industria. A ociosidade não tem remedio, em quanto se não estabelecerem casas de correcção, em que se fação trabalhar os ociosos. Em lugar de carceres, aonde costumaõ ser presos aquelles, que tem commettidos alguns crimes ligeiros,

seria bom estabelecer estas casas de correcção ou de força: as cadeas, aonde estaõ aprisoados semelhantes ociosos, e confundidos com grandes criminosos, naõ servem senaõ de lhes corromper inteiramente os costumes, e de lhes fazer contrahir naõ digo já viciõs, mas crimes. El Rei D. Fernando em 26 de Junho de 1373, a bem da agricultura, mandou que os pobres capazes de trabalhar fossem obrigados a servir por justa soldada, e que no caso de terem aleijaõ, que os impedisse de trabalhar com os outros membros do corpo, fossem do mesmo modo obrigados a servir naquillo para que tivessem prestimo, e que aos velhos, fracos, e doentes, dariaõ as justiças licença para pedir esmola, e que os que pedissem sem esta licença fossem açoutados: determinou, que os vadiõs fossem outrosi açoutados, e que esta mesma pena tivessem os pmitaens, que podendo trabalhar, andaõ pelas terras pedindo de porta em porta, e que pela segunda vez que assim fossem achados, fossem açoutados com pregaõ e lançados fora do Reino. E para esta lei melhor se cumprir ordena, que os vintaneiros tenhaõ a seu cargo saber que gente há na terra, e que gente vem de fora: ordena mais que o fidalgo, que amparar algum vadio pague 500 libras, e seja degradado do lugar aonde estiver, e da corte 6 legoas, e que os que naõ forem fidalgos, paguem 300 libras, e tenhaõ o mesmo degredo. Estas leis naõ estaõ revogadas, ainda que naõ estaõ em uso. As leis contra os ociosos e mendigos saõ infinitas: estes fazem da mendicidade officio, e saõ outros tantos ladroens como mui sabiamente disse o mesmo Rei na citada lei. Todas as providencias das leis acima citadas estaõ sem execuçaõ e o estaraõ, em quanto naõ houver, em que se occupem utilmente os cidadãos vagamundos. Seria melhor, que se extinguisse inteiramente a mendicidade, e que se naõ concedessem licenças para pedir, e que os que saõ verdadeiramente pobres, isto hé, aquelles que estaõ impossibilitados para trabalhar, fossem soccorridos doutro modo, e que fossem remetidos aos Bispos e outras muitas corporaçoes opulentas a quem incumbe muito esta obrigaçaõ. Veja-se *Genovezi delli lezioni di Economia Civile*, p. 1. cap. 13. Entre o numero dos ociosos tem o primeiro lugar a

maior parte dos criados de servir, que são, por assim me explicar, outros tantos zangaões da republica, e outras tantas pessoas prostitutas, ou plantas parasitas, que vivendo na ociosidade, contrahem, toda a qualidade de vicios e os communicão aos outros. E como as cortes, cidades, e povoaçoens maiores são infestadas desta qualidade de gente, que ahi acha maior asilo pertence a boa policia determinar o numero certo dos criados, fazendo abalar para as provincias, em beneficio da agricultura, os desnecessarios, que são muitos. No Alv. de 2 de Abril de 1762 se prohibiraõ, e taxaraõ na cidade de Lisboa, e na distancia de duas legoas as carruagens de mais de duas bestas a todos os que não fossem Embaixadores, Cardeaes, Patriarchas, Arcebispos. Hé digno de se ler *Filangieri la Scienza della Legislazione* (obra escripta para todos os povos) liv. II., cap. 37, aonde vem citado o concilio Lateranense de 1179, o qual reprova aos Bispos este inutil fasto oneroso, apparatuso, e despendioso, que obrigava as Igrejas, e mosteiros por onde passavaõ a vender os vasos de ouro e prata para rebellos e tratалlos em suas visitas. Seria bom que se prohibisse o excesso que há no numero dos servidores, e deste modo ficariaõ livres as capitaes de tantos ociosos, que, alem de faltarem na agricultura, vem a contrahir nas grandes capitaes todos os maos costumes, que ahi reinaõ, e de que os amos são quasi sempre as primeiras victimas, como em pena de manterem a ociosidade, que hé a morte do homem, cuja vida, como diz Seneca, consiste unicamente na acção. A policia pertence prevenir as miseras doenças: a taça de Circe e o saue canto das sereas hé mui funesto a saude e a geração. Para o prevenir não basta tapar as ouvidos e amarrar-se. Seraõ por ventura os prostibulos publicos capazes de acautelar este mal? Veja-se o sabio *Genovesi di Commercio*, p. 1. cap. 5. §. 10, 11; *Code de l'Humanité*, palavra Police, Bielfield, tom. 1. cap. 7. ed. de Leide em 1768. A' higiena politica para assim me explicar, pertence prevenir este mal. Hé melhor prevenir os delictos ou doenças, do que curallos: assim faziaõ os Persas, como diz Rollin *de la Man. d'Ens et d'Etud. des Bell. Let.* tom. III. art. 3. p. 300, ed. Par. 1755. Os maos medicos curaõ os symptomas e nunca

as causas das doenças. O conhecimento da causa da doença hé tudo para remedio della. Não cessa o effeito, sem que cesse a causa.

§ 6.—*Das penas infamatorias.*

A infamia hé a privação da honra. Esta palavra hé muito vaga e comprehende ideas muito complicadas. O *Marquez de Beccaria* alambicou o seu espirito sobre a indagação da honra. A pena que priva della, recebe a sua força da opiniaõ do povo: por tanto hé necessario que as leis se não opponhaõ directamente a opiniaõ commum e geralmente recebida; e que não julguem infamatoria aquella acção, aonde todos ainda que erradamente procuraõ honra e louvor. Hé necessario espreitar a opiniaõ e sentimento geral da nação e saber quaes são as cousas, que universalmente se julgaõ dignas de louvor ou de vituperio. Os prejuizos da nação nascidos ou da falta de educação ou mammados com o leite, são tão poderosos e respeitaveis, que rezistem a autoridade das mesmas leis, as quaes debalde se canção quando aquelles se lhes oppoem. A pena de infamia funda-se na reputação publica, e as pessoas que perdem a fama julgaõ-se como civilmente excommugados. O maior sinal do augmento ou diminuição da virtude de qualquer nação hé a maior ou menor impressaõ que nella faz a pena de infamia; e sendo terrivel esta pena, para uns muito grande, e para outros muito pequena ou nada, raras vezes pode entre ella e o delicto haver proporção. Alem disto como o povo do seculos a seculos muda de opiniaõ e de costumes, sem os quaes de nada aproveitaõ as leis, esta pena anda sempre com esta opiniaõ, e não hé perpetua nem constante. Mas com tudo sendo bem applicada parece que pode evitar alguns delictos. Isto mesmo hé o que diz *Montesq. Esprit des Loix*, liv. vi. cap. 9. *Suivons la nature, qui a donnée aux hommes la honte comme leur fleau, et que la plus grande partie de la peine soit l'infamie de la souffrir.* Em linguagem. *Sigamos a natureza que deu aos homens a vergonha como seu açoute, e a mor parte da pena seja a infamia de a soffrer.* Esta pena hé gravissima e della apenas ou nem ainda apenas se deve fazer uso. A

opiniã da fama anda com o tempo: por isso dizia Solon em Plutarcho que as suas leis não deviaõ durar mais do que cem annos (era muito). O tempo tudo come e consome; a moral anda com o tempo.

A infamia se divide em infamia de feito (que impropriamente se chama pena) e de direito. A infamia de feito hé aquella, que não hé fundada na lei, mas derivada da torpeza que se julga inherente a mesma acção. Há certos officios que o povo julga infamatorios, e que, segundo o erro commum e opiniã vulgar, infamaõ não só os que os exercitaõ, mas até os filhos, por exemplo, carniceiro, algoz, comico, musico, e outros officios mecanicos, sem os quaes se não pode passar. Neste erro cahio tambem Cicero *de Off.* liv. I. §. 42. Os officios vulgarmente chamados mecanicos são honrados e os unicos uteis ao publico: as leis os devem proteger e honrar. Estes officios e o modo de os exercitar se julgaõ vulgarmente como doença contagiosa, que passa aos filhos e netos, e os que os exercitaõ se reputaõ como outros tantos excommungados, que o povo ignorante aborrece, e de quem foge, por se persuadir que até o ar que respiraõ fica envenenado, Hein. *Exercit. de lev. not. macul.* §. 29. As nossas leis criminaes para a imposiçaõ das penas attenderaõ muito ás qualidades de nobre ou peão, as occupaçoens, empregos e dignidades que qualquer exercita, seguindo a cega opiniã vulgar, accommodando-se á opiniã commum, e ao modo de pensar da naçaõ, A infamia de *direito* hé aquella, que, posto que não seja inherente á mesma acção, a lei tem unido a certas acçoens, que geralmente são contrarias aos deveres mais communs da sociedade como, por exemplo, a falta de cumprimento da promessa, a infidelidade no deposito, a tutela, a torpe lisonja ou sorrabaçaõ (que sempre tem por fim fazer fortuna) com a qual os nescios se engañaõ, e que sempre val mais do que o solido merecimento, Saavedra, *Empr. Pol.* 48. Para esta pena se chamar justa, hé necessario, 1º Que tenha por fundamento a opiniã publica, e que seja applicada a factos que são por sua natureza e em si mesmo infamatorios, *verbi gratia*, o fanatismo ou superstiçaõ, a vil hipocrisia civil e religiosa, &c. 2º Que seja rara: porque se for muito frequente não

produz effeito, assim como o veneno não mata aquelle que pouco a pouco se costuma a elle, nem ao escravo pesão já os grilhoens que arrasta, antes por costume os beja com gosto. Os cidadãos que tem soffrido esta pena, perdem inteiramente o brio e pundonor e ficaõ quasi incapazes de já mais poder fazer alguma acção boa, assim como aquelles que padeceraõ a pena de *combustão*: 3º Esta pena deve somente impor-se as pessoas que presaõ a honra: porque hé inutil na classe das que fazem pouco ou nenhum caso della, e dos que a reputaõ fantastica. As nossas leis nem sempre guardaraõ a devida e justa proporção na applicação desta pena, segundo as regras acima ponderadas. No principio do tit. 13, liv. v. da Ordenação actual se determina a pena de infamia contra os filhos e netos daquelles que commettem o peccado de sodomia, assim como os daquelles que commettem o crimê de lesa magestade. Abi mesmo se diz no § 2. que esta pena não tem lugar contra os que commettem o peccado de bestialidade. Deve-se notar que a Ordenação reputa maior peccado a bestialidade do que a sodomia, a qual iguala ao maior e mais horrendo crime que se pode commetter, isto hé, ao de lesa magestade, com o qual não tem comparação alguma, por ser infinitamente menor, de menor consequencia, e de diversa qualidade. O reo de lesa magestade, que procura mudar a constituição do paiz, se reputa patricida e rompe todos os vinculos sociaes. A lei 5, e 6 tit. 5, liv. 111, del *Fuero juzgo* põe aos sodomitas a pena de castração em publico, e os manda depois entregar aos Bispos para que façaõ penitencia. As leis não fazem a justa differença entre delictos e peccados, e castigaõ estes com penas externas, confusaõ esta, que deve a sua origem ás Decretaes de Gregorio IX., que ainda hoje se ensinaõ nas universidades, assim como o Direito Romano!* A pena de fogo e outras que vem nas

* Veja-se (se se publicar) a Memoria, que remetti a Academia Real das Sciencias de Lisboa sobre o Programma: *Qual foi a epoca certa da introducção do direito das Decretaes neste Reino de Portugal, que mudança causou, e que influencia teve nos tempos posteriores sobre a legislação Portugueza*: coroada pela mesma Academia no anno de 1794, e pelo qual e outros serviços feitos a mesma Academia fui eleito socio correspondente em 11 de Maio de 1811. Esta Memoria, que se guarda no archivo da mesma

nossas leis, forão tiradas das leis Mosaicas, que acabaraõ com a infame sinagoga, saõ inapplicaveis aos costumes actuaes e ao genio das naçoens. Deixo o que se deve dizer da pena de fogo, que certamente hé desproporcionada e cruel em todo o delicto, o que procede do erro em que estavaõ os compiladores sobre a qualidade do peccado de sodomia e outros contra a natureza, que se pintaõ com cores taõ negras, e que alguma escusa tem, *Inst. Jur. Crim. Lus. tit. 5. § 13.* A pena de infamia que na Ordenação actual se estabelece contra os filhos e netos innocentes ainda nascidos antes do crime (olhando a lei para traz e para diante, como Jano) hé dura, e como tal foi tratada na Ordenação Affonsina. Neste tempo ainda o direito Romano e o das famosas Decretaes, donde foraõ tiradas estas penas, não tinhaõ feito tantos estragos na Jurisprudencia, nem tinhaõ ainda tantos e taõ supersticiosos adoradores. No liv. 6, das Decretaes, cap. 2, § 2; de hæret. se reputaõ infames os filhos dos hereges até a segunda geração, e se manda que não sejaõ admittidos a beneficio ou officio publico. Estas maximas dispoticas passaraõ do direito Romano dos ultimos Imperadores para os Decretaes pontificias, e daqui para os codigos de quasi todas as naçoens. A pena famosa de *calvicio* ou *descalvação* de que já fallamos, a de arrazar, demolir, queimar as terras, a de as salgar, a de matar os brutos, a differença da *morte natural para sempre* ou eterna, sem perdoar a sexo, condição ou idade, e outras muitas penas sanguinarias foraõ tiradas das leis Mosaicas adoptadas em todos os codigos da Europa. As nossas leis actuaes ainda hoje se explicaõ: *morra por ello: morra para sempre: morra morte*

Academia, ainda não foi tirada á luz até ao dia de hoje! hé de reccar o plagiato, de que há exemplos, é de estranhar a tardança da estampa e impressaõ de uma Memoria, que foi coroada. Na Academia Real das Sciencias de Lisboa não se obra de boa fé, e com sinceridade. Veja-se o que contra todas as Academias particulares diz Heineccio de *Jur. Princ. circa civ. stud.* § 16. Veja-se mais o que defendi na Universidade de Coimbra no amo de 1786. *Ex Jur. Publ. Un. Thès. V.* A Universidade de Coimbra entre nós se reputa corporação ecclesiastica; todos os lentes andão vestidos de clerigos; os grãos academicos sedaõ por autoridade do Papa: o Reitor hé sempre ecclesiastico, e o Chancellor Conego Regular do Convento de Santa Cruz. O reino hé todo papal, e ecclesiastico.

natural para sempre: palavras estas que se achão nas leis Mosaicas do modo seguinte: *moriatur pro eo: moriatur in æternum*. Pelo peccado do idolatria se manda no Deuteronomio cap. 13, vers. 15, que se passem á espada todos os habitadores da cidade, que se arraze esta, que até os mesmos gados sejaõ mortos, que se consuma tudo, que tudo seja um tumulto **sem-**piterno no qual nunca mais se torne a edificar: *neq; avertatur Dominus ab ira furoris sui!* Nas mesmas leis Mosaicas tiverão origem a tortura e as *provas chamadas vulgares*. Nessas mesmas leis se acha a famosa lei de *Zelotypia*, que ordenava as agoas de amargura e de maldiçaõ, que se davaõ á mulher casada pela unica suspeita de adulterio, *Numer.* cap. 5. Estas agoas eraõ só para a mulher e não para o marido. O ventre da mulher adultera, diz o texto sagrado, se lhe entumecia e arrebentava. Que lei taõ sabia e util para a tranquillidade dos maridos. Veja-se Laur. *Matth. de re crim.* controv. xxiii. A infamia do culpado nunca deve passar para a geraçaõ innocente. Não obsta o argumento vulgar, que esta pena, que vem a recahir nos filhos innocentes, hé a mais forte para conter os pais: o amor paterno não hé mais forte do que o amor da propria vida: o certo hé que a pena com effeito vai recahir no innocente, o que hé iniquo. Não hé de esperar que os filhos imitem a maldade dos pais, antes pelo contrario, e entaõ, segundo diz Plataõ, devem-se honrar e louvar os filhos virtuosos de homens mãos e criminosos, por não terem imitado o exemplo dos pais. Os filhos não herdaõ as virtudes, nem devem herdar os vicios ou a infamia dos pais. A educaçaõ civil pertence ao Publico, *Genovezi de Off.* cap. 6, § 9, e seg. Hé digno de transcrever-se aqui e de adoptar-se o que diz Calistrato na l. 26 *de pœn.*, que passou para o can. 6, *Causs.* 1, Quæst. 4: *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio instigare potest. Namque unusquisque ex suo admissio sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur.* Em lingoagem: o crime e a pena do pai saõ meramente pessoaes, não podem nem devem passar ou empecer aos *filhos innocentes*. Cada um deve responder pelas suas acçoens. Ninguem herda os crimes alheos como diz a lei 22 *cod. de pœn.*, que não sei como se possa combinar com a lei 5, § 1, *ad leg.*

Jul. maiestat. No Deuteronomio se ameaçaõ frequentemente os Judeos rebeldes (que tantas vezes desafiaraõ contra si a colera de Deos) até á terceira, quarta geraçaõ, e por uma infinidade de geraçoens: mas isto não hé applicavel ao presente caso e tem outra intelligencia, que de bom grado deixo a immensa profundidade dos theologos. A lei de 12 de Junho de 1769 poê pena de morte natural, infamia e confiscaçaõ de bens aos sigilistas. O sempre famoso capitulo *Omnis utriusque sexus 12 de pœnit. et rem.* lhes impoê a pena de deposiçaõ e reclusaõ perpetua num mosteiro. Bielfield, tom. III., ed. de Leyd. em 1774, pag. 294. Este capitulo passou para as leis das Partidas, partid. 1, tit. 4, l. 35, onde o Autor desta lei e outras que yem no mesmo titulo se houve mais como moralista do que como legislador. A penitencia violenta de nada serve e hé contraria ao espirito da religiaõ e da razaõ, que não soffre violencia. Sobre a prisãõ perpetua veja-se o que dissemos no § 8., Not. A lei de 25 de Maio de 1773, § 3, estabelece a pena de infamia contra os filhos e netos dos hereges como aos reos de lesa-magestade. Esta pena hé tirada das Decretaes cap. 2, § 2. de hæret. acima citada. A lei de 15 de Dezembro de 1774, manda que se não julguem comprehendidos na pena de infamia os filhos e netos dos confitentes reconciliados com a Igreja. Disse muito bem Seneca em Agamemnon, vers. 243; *quem pœnitet peccasse, pene est innocens.* Tem entrado em duvida se a heresia hé crime? *Deorum injuriæ diis curæ*, diz Tacito. Eu não quero prevenir a reflexaõ dos leitores. Vejaõ-se *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. 2, § 4, § 9, Not., Bripot., tom. 1, pag. 217, § 6. Os Romanos tinhaõ leis severas contra as profanaçoens: mas ellas nunca se executaraõ; porque os magistrados reputavaõ tudo invençaõ politica para conter o povo, e que nada influaõ sobre o governo politico. Cicero era augur: mas ria-se dos auguros. e reputava tudo fabula. Mas tornando á pena, que se transmite aos filhos dos hereges, hé digno de transcrever-se o que diz D. Manoel Lardizabal y Uribe, *Discurso sobre las Penas contrahido a las Leyes Criminales de España*, cap. 5, § 4, n. 9. pag. 226: *Siendo una maxima cierta y conforme a la razon y a la humanidad, que ninguno debe ser castigado por*

delito ageno, por grave y enorme que sea, parece que la infamia, que es una gravissima pena, no deberia pasar de la persona del delincente lo que es mas yusto y equitativo que lo que el astuto Eutropio sugerio al Emperador Arcadio, haciendo-le decir que los hijos de los reos de lesamagestad deberian morir con sus padres, porque era de temer que los imitaren y fuesen tambien herederos de sus delitos. Razon digna de un ambicioso y cruel eumico, que con la multitud y atrocidad de las penas pretendia conservar la excesiva privanza y despotismo, que exercia en la voluntad de su Señor. Eu reputo a pena de infamia para o cidadão honrado maior do que a da mesma morte, que acaba tudo: conheço porem que os crimes e as suas penas não se herdaõ, nem as virtudes, e que o pai não deve pagar pelo filho, nem o filho pelo pai. Ninguem duvidará destas verdades. As leis que não guardaõ esta diceosina são injustas, barbaras, e crueis. A heresia e o crime de lesa-magestade são de diversa natureza, e tem diferentes consequencias. O reo de lesa-magestade rompe todas as leis da cidade, rompe as leis fundamentaes do reino, procura escravisar o reino, e introduzir a anarchia, e com ella todos os males: o herege pelo contrario está em um erro involuntario de entendimento, sem dolo, nem malicia, erro este que parece o faz isempto de todas as leis, merecendo mais ser curado e ensinado do que castigado, Hein. *Jur. Nat.* lib. 1, pag. 205, § 3, 4, Filangieri, tom iv., cap. 38. Em todos os Codigos da Europa eraõ iguaes as penas, o modo de pensar e a philosophia era igual. Veja-se o que determina Affonso que se diz *Sabio* nas informes leis das Partidas part. 7, tit. 27, l. III, tit. 1, l. 29. Não se perdoava ao mesmo Cadaver do morto; parte das penas contra os hereges era para o fisco, parte para a igreja: os mesmos que ouviaõ ós hereges, segundo ás leis das Partidas eraõ condemnados ainda que não approvassem as suas opiniõs, como vem nas monstruosas leis das partidas.

§ 1.—Das penas corporaes, do carcere perpetuo, ou temporario, mutilação de membros, açoutes, servidaõ publica, desnaturalizaçaõ, degredo.

As penas corporaes, que tiraõ por algum tempo ou para sempre a liberdade natural ao delinquente, podem encher uma grande parte do vasio e falta de penas correspondentes ao immenso numero de delictos, de que o homem, porque hé homem, hé capaz. Podem-se dividir estas penas em *temporarias* ou *perpetuas*. As temporarias dizem saõ aquellas, pelas quaes o delinquente hé por certo tempo privado da liberdade civil, de que tem abusado. As temporarias, segundo a opiniaõ commum, tem lugar quando o delinquente não mostra sentimentos inteiramente corrompidos, que nunca se devem presumir, antes o contrario: as perpetuas, quando a natureza dos seus delictos o fazem em todo o tempo suspeito a republica e digno da desconfiança perpetua da cidade. A esta especie ou capitulo pertence a pena de carcere perpetuo ou temporario, mutilação de membros, açoutes, servidaõ publica, condemnaçaõ as galés, aos trabalhos publicos, minas, desnaturalizaçaõ, degredo, &c. Carcere não se deve reputar pena, mas custodia: por esta razão se diz na lei 8, § 9, de poen: *Solent præsidēs in carcere continendos damnare, ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet: nam hujusmodi poenæ interdictæ sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.* Em lingoagem: Costumaõ os presidentes condemnar aquelles, que devem guardar no carcere, a que sejaõ retidos e penados em cadeas, não convem que façaõ isto: estas penas saõ prohibidas: porque o carcere não deve ser para castigo, mas para segurança. Por esta razão diz a lei 6. Cod. de poen: *Incredibile est quod allegas, liberum hominem, ut vinculis perpetuis contineatur esse damnatum. Hoc enim vix in sola servili conditione procedere potest.* Em lingoagem: Hé incrível o que allegas, que um homem livre fosse condemnado a prisãõ perpetua: porque isto apenas se pode tolerar nos escravos. Nas *Decretas*, lib. vi., cap. 3, tit. de poen. approvou Bonifacio VIII. a pena de carcere perpetuo. O uso de carceres, igual ao que tem os

principes seculares, hé novo na igreja. As nossas leis adoptaraõ o uso do carcere perpetuo para alguns delictos. Os carceres saõ entre nós considerados naõ como convem sejaõ, isto hé, como custodia ou segurança daquelle que se presume suspeito de crime grande, mas como pena, Phaebo 2, p. Dec. 155, Valasc. Allegat. 13 n. 58, Barbos. a Ord. liv. 5. tit. 128. n. 2, *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. 1, § 15. A pena que afflige o reo e ao mesmo tempo utiliza ao publico parece a melhor. Um carcere perpetuo ou longo afflige, e naõ utiliza nem dá aos cidadãos um exemplo taõ vivo. O carcere ou clausura perpetua hé mais dura e insoffrivel do que a morte civil, e que naõ somente pode macerar, mas matar: *vix pro mortuo non habendus, qui vivus caret aura vitali, et cui veluti exturbato e censu viventium in carcere emoriendum.* Anco Marcio, segundo alguns, foi o primeiro que em Roma edificou carcere para terror dos cidadãos, como diz Livio 1., §3. Entaipar ou emparedar os homens perpetuamente, qualquer que seja a causa, hé uma pena mui dura, irreligiosa e peor do que a morte; Renazzi *Elem. Jur. Crim.* lib. 11., cap. 10, § 7. Pelas nossas leis ninguem pode ser retido em carcere secreto mais de cinco dias, nem ahi deve ser agrilhoadado, Decreto de 30 de Setembro de 1693, Decreto de 5 de Agosto de 1702, Alvará de 5 de Março de 1790. Em resolução de 2 de Maio de 1775 se determinou que os Corregedores das Comarcas visitem os carceres dos Mosteiros (naõ sabemos porque esta lei naõ está em uso) averiguando as causas porque se achaõ ahi os regulares. A constituição da Imperatriz Maria The-reza de 7 de Setembro de 1771, que vem em Rieger p. IV., *Jur. Eccles.* § 622. Not. abolio inteiramente os carceres dos mosteiros (que em si mesmos saõ carceres, principalmente os das freiras) tendo em vista a tyrannia de que os superiores regulares, principalmente Franciscanos, usavaõ contra os subditos a titulo de correcção paterna, usando de torturas crueis para lhe extorquir confissoes, e impondo lhes penas se naõ capitaes, ao menos proximas a ellas, por meio de processos criminaes irregulares; e por isso se explica bem o citado Rieger no modo seguinte: *Inter ceteros abusos, qui vitam monasticam dehonestare coeperunt, is præ primis*

huc spectat, quod diuturnis et durissimis carceribus inobedientes ad virtutem reducere, aut poenitentes etiam in meram vindictam delicti commissi, affligere audeant. Seria bom que se adoptasse em toda a parte a constituição da Imperatriz Maria Theresa contra os carcereos dos regulares e tambem dos Bispos, que os não tinhaõ ao principio nem jurisdicção alguma externa, que o abuso e corrupção dos tempos lhes concedeo, Renazzi lib. II., cap. 18, § 4. Estes carcereos religiosos e de segredo são uma especie de tortura, que hoje se acha abandonada e proscripta entre nós, por consentimento tacito dos nossos sabios e humanissimos legisladores, assim como outras leis injustas e atrozes, de que se faz menção na *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. 1, § 29, nas palavras seguintes: *Leges criminales plus justo severiores ipsorum Imperantium voluntate et conniventia quadam, cum illarum non urgeant executionem, aut per non usum abrogatae videntur: quae quidem, ad poenas quod attinet, injustae sunt et atroces, ne dicam crudeles, vix enim debitam servant proportionem.* Neque profecto veremur audacter fidenterque dicere quod sentimus, regnante MARIA I. et JOANNE Brasilia Principe summam rerum tenente: dominantur enim non tanquam tyranni et domini, sed tanquam si forent patres et matres subjectorum. As leis de Inglaterra, cuja constituição hoje se reputa a melhor de todas, admittirão a pena chamada forte e dura, sobre a qual veja-se o que se diz no *Code del Humanité*, tom x. ed. de 1778 pag. 459 na palavra *peine forte et dure*, e tom. xi, pag. 669 palavra *question*, *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. xvii., § 15, *Tract. de Torment* ed. Luc. 1766. Os Romanos adoptarão talvez dos Athenienses a lei, que prohibia encarcerar o accusado, quando este achava um cidadão que se obrigava a responder pela sua pessoa: exceptuaraõ somente os delinquentes de crimes mais graves, que assim mesmo eraõ tratados como cidadãos em quanto não eraõ convencidos do crime. Veja-se Demosthenes em *Timocrat.* e o que diz Ulpiano na lei 3 *de cust. et exhor.* Os Inglezes sabiamente adoptarão esta lei Romana: para aqui pertence o *Habeas Corpus*, *Blackstone Comment. sur les lois Angloises*, tom. vi., cap. 22. *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. xv. § 7 Not. Esta lei pela sua humanidade se deve adoptar em toda a parte. Mas

já que os carcereos são necessários para segurança do delinquente, pedem as regras da justiça ou as da humanidade que estes sejam na conformidade da lei 1 *cod. de cust. et exh. reor.*, cujas palavras são dignas de ir em linguagem: são as seguintes: *A nossa justiça, que não podia já mais ser bastantemente rigorosa para com os reos, e a nossa clemencia, que já mais sera bastantemente indulgente para com os innocentes, não soffre que um infeliz accusado seja estreitamente ligado e agrilhoadado com penosas cadeas: ella não quer que a profundidade de cavernosos carcereos os prive da luz do dia: ella ordena e quer que estes não sejam nem subterraneos nem escuros: manda que os infelizes ali retidos ao aproximar-se a noite sejam conduzidos a entrada destes carcereos, aonde a respiração hé mais livre e mais sadia: ella quer finalmente e manda que ao a mauhecer os prezos vejaõ o ceo e respirem ar livre e quente ao nascer do Sol.* Se os Principes um dia entrassem nestas eternas cavernosas tumbas aonde se respira ar pestilente, aonde se vê muitas vezes a innocencia confundida com o delicto, como outras tantas victimas da vingança e odio, aonde senão vem senão verdadeiros esqueletos da morte, aonde só se ouvem gemidos e enternecidos ais de infelizes opprimidos da miseria, da fome, cobertos de bichos e insectos; se vissem outros ainda mais horriveis calabouços aonde só cabe a metade do corpo e cuja largura apenas soffre que se esteja sentado: então terião dó, e pena daquelles, que se gloriaõ com o nome de seus filhos, cujo honroso titulo não perdem pelo delicto. Veja-se Filangieri tom. 11., ed. de Nap. de 1773, pag. 89, Lardizabal y Uribe acima cit. cap. 5, § 3, n. 27, e seg. pag. 211. Alguns magistrados criminaes (aquem o uso de ver infelizes tem feito endurecer o coração e apagado nelles todos os sentimentos de humanidade, ainda mais duros do que os inertes medicos) se persuadem que por via de correccão ou supplicas de alguns poderosos, de quem dependem para a sua fortuna, podem de *moto proprio ou poderio* encarcerar ao menos por tres dias um innocente ainda mesmo sem indicios alguns, não digo já dos chamados *vehementes*, mas nem ainda *leves*, *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. xv., § 10 Not. A lei da *Reformação do Justiça* de 6 de Dezembro de 1612, Coll. 1. a Ord. liv. v., tit. 130

no § 4 manda que senão prenda **alguem antes de culpa formada** : exceptua desta regra aquelles crimes, que, se se provarem, merecem pena de morte natural : e nestes mesmos manda que não se provando o delicto dentro de oito dias, sejam logo soltos e absoltos sem appellação nem agravaço. *O tempora, ó mores!*

A pena de mutilação de membros tem sido adoptada na legislação criminal do reino. Esta pena hé cruel e contraria ao principal fim das penas, que hé a emenda do delinquente, e de nada mais serve do que de fazer deformes os homens. Que proveito poderá tirar a sociedade de um cidadão a quem se amputou a mão? Elle por este modo fica incapaz de poder ser util a si e ao publico e hé de ordinario um mendigo, que servirá somente de peso aos outros cidadãos. Não seria melhor que o publico se utilisasse daquella mesma mão, que o offendeo? As leis nunca devem dar exemplos de vingança e tyrannia, nem costumar os homens á crueldade : as penas ferozes e deshumanas nunca são proporcionadas ao delicto qualquer que elle seja, nem precisas para o fim da sociedade. Isto mesmo se deve dizer de outras penas igualmente deshumanas, quaes são as penas de *combustão, vazar os olhos, arrancar a lingua, cortar as orelhas, arrancar os dentes, e outros de que se horrorisa a humanidade, e a religião se offende*. Na lei 6, tit. 31, partida 7, se prohibe marcar alguem na cara com ferro quente (o que revogou a lei 6, tit. 15, lib. VIII., das Ordenanças reaes) cortar-lhe o nariz, vasar-lhe os olhos : a razão que da a lei hé a seguinte : *Porque la cara del ome hizo dios a ssu ssemejanza . . . non es guisado que por yerro e por maldad de los malos ssea desfeada nin destorpada la figura del Senõr*. Admitte porem esta pena nas outras partes do corpo, salvando sempre a cara. Prohibe cortar a cabeça com espada ou machado, mas diz que o homem possa ser queimado e lançado ás feras bravas para o tragarem e despedaçarem ! determina mais que os juizes não mandem apedrejar nem crucificar alguem nem despenhallo de torre, ponte, ou outro lugar. Das leis criminaes de Espanha já disse Brissot tom. 1., Disc. prelim. : *Quant aux Espagnols, ils ne croient pas meme qu'il existe du mal chez eux, parce qu'il existe depuis long-tems. La victime innocente recoit le coup*

fatal, et n'a ni le droit ni la force de se plaindre. Que sont donc le bien public et l'humanité dans un pays ou l'homme n'est pas homme pour lui même? E como o fim das penas hé emendar o delinquente, impedir o damno da sociedade, dar exemplo aos mais cidadãos, e nunca a vingança ou satisfação do offendido, fica claro que estas penas são alheas dos fins, a que se devem propor as leis, e que são filhas das antigas revinditas de que já fallamos, *Hein. Elem. Jur. Nat. et Gent.* lib. II., § 160, Not. O principio errado e barbaro adoptado naquelles tempos a que se devem attribuir todos os defeitos das leis penaes que entã vogavaõ, era que qualquer perdesse aquella parte do corpo, com que tivesse delinquido, para que com ella nunca mais delinquisse, como se vê da lei de El Rei D. Diniz da era de 1351, que vem na Ord. Aff. liv. v. tit. 99, Partidas de Affonso, chamado o *Sabio*, part. 7, tit. 21, addicção á lei 2. As leis antigas estão cheas destas penas, mas os nossos sabios legisladores, a proporção que se hia aproximando mais a philosophia, forão abolindo semelhantes penas, mitigando e adoçando mais e mais as leis penaes. Mas com tudo o nosso codigo criminal, edificado sobre o edificio antigo ainda conservou muitas destas, que os nossos legisladores actuaes, exemplos dos outros, e cuja sabedoria e humanidade faz o seu principal character, hoje não soffrem que estejaõ em uso. Na Ord. do liv. v., tit. 35, § 7, se manda o seguinte: *Quem mandar dar cutilada pelo rosto com effeito a outra pessoa ou lha der constando sua tenção e proposito não ser outro senão de lhe dar a dita ferida pelo rosto, será degradado para o Brazil para sempre; e perderá sua fazenda para a Coroa do reino, e se for peão sei-lhe há mais decepada uma mão, e mesmo determina a ordenação de El Rei D. Manoel liv. v., tit. 10, § 7. A Ordenação Manoelina liv. v., tit. 10, § 2, impoem pena de morte e de ambas as maõs decepadas ao que matar por dinheiro. A lei chamada da *Reformação de Justiça*, acima, citada igualou os nobres aos plebeos, que recibessem dinheiro para darem cutiladas, e impoz-lhes a mesma pena, por ser o factõ de acceitação do dinheiro para commetter o delicto infamante por sua natureza: por este e outros crimes iguaes se perde o privilegio da nobreza, Phœb.*

p. 1, Arest. 147. A Ordenação, liv. v.º tit. 39, § 2, manda decepar uma mão ao que arrancar armas e ferir de proposito na cidade, villa, ou lugar aonde estiver El Rei, ou a Casa da supplicação, ou em seus arrabaldes, sendo peão: que sendo cavalleiro ou escudeiro seja degradado por quatro annos: que sendo fidalgo, e arraucando arma, ou com ella fira ou não, seja degradado para a Africa e privado do soldo e mantimento para si e para os seus. A pena da ordenação hé desproporcionada, em quanto manda decepar a mão ao peão, quando ao que o não hé, mas cavalleiro ou escudeiro, somente por esta razão se commuta a pena de mão decepada em degredo por quatro annos: no que não há proporção alguma; pela mesma razão de escudeiro ou cavalleiro devia ter maior pena, por dever ser mais observador das leis e do respeito: se fosse justa a desigualdade das penas, devia antes ser contra os nobres e fidalgos, do que contra os chamados peoens. As mãos dos peoens agricultores e artistas, unicos nervos e braços da republica e do corpo civil valem menos do que as do cavalleiro, escudeiro, ou fidalgo, e se igualaõ a quatro annos de degredo para Africa! Isto mesmo diz *Hein. Elem. Jur. Nat. lib. II., § 166 Not.* *Sic, quod ad personam delinquentem attinet, majorem omnino pœnam meretur is, quem cognatio, prudentia, officium, ætas, dignitas a delicto revocare debuisset, quam extraneus, stupidus, nullo speciali vinculo obstrictus, puer, vel adolescens, plebeius. Majorem quoque pœnam feret robustus, quam infirmior, et si multa irrogatur, minus merito irrogandum erit homini pauperi, quam pecunioso alicui Neratio. Ita, et si persona in dignitate constituta vel ipsi magistratui illata sit injuria, quis eam severius vindicandam neget, quam si quis ex face hominum contumeliosius habitus sit? Præterea si privati res lucri faciendi causa contrectare delictum est pœna dignissimum: quantum magis peculatum admittente vel sacrilegio sese poluere? Ita acrius puniri animadvertimus desertionem militis e statione sese proripientis, quam ex hibernis aufugientis, ob effectum tristitiorem. Denique injuriam alicui in templo et inter sacra illatam deteriorem videri, quam quæ in loco privato alioque tempore facta sit, omnes æqui rerum arbitri censent.* Flangieri, tom. iv., pag. 314, diz, que a

qualidade do lugar, ainda que seja a habitação onde reside o Rei, não deve fazer aggravante a pena e que todo o reino se deve reputar palacio do Rei, a onde merece igual respeito, assim como para Deos todo o mundo hé um templo: e que por tanto não deve entrar em consideração a qualidade do lugar para augmento da pena, quando o firi do delinqunte não hé offender directamente a soberania, que em qualquer lugar que se commetta o delicto, hé igualmente offendida, e que o seu poder, semelhante ao da divindade, se deve respeitar igualmente em todos os lugares: que em todos os paizes se venera a residencia do supremo poder, ou seja Monarchia ou Republica; mas que nem por isso em todos se agrava a pena dos delictos ahi commettidos, por não haver intenção de offender a soberania. Eis aqui como elle se explica: *In tutt' paesi, anche né piu liberi, si e sempre venerata la sede del supremo potère; ma non in tutt'i paesi si è innaspita la pene di delitti in questo luogo commessi. Quando nel delitto vi fosse un diretto insulto al sovrano, allora la legge dee stabilere, che alla pena del primo delitto, si unisse anche quella del secondo. Ma se questo diretto insulto non esiste, perché aggravare la pena? Tutti gli spazi della Monarchia o della Republica non sono forse la sede della sovranita? Il suo potere, simile aquello della Divinita; non si dee forse ugualmente sentire in tutt'i luoghi? In qualunque luogo, che si commetta il delitto, la sovranita non né forse ugualmente offesa?* Não sigo nisto inteiramente a opiniaõ do grande *Filangieri*, que respeito ainda mesmo quando parece desvairar-se da sãa philosophia. O lugar do delicto e a pessoa contra quem se commette, deve entrar em conta para a imputação das acçoens. O que furta ao pobre commette maior delicto do que aquelle que furta ao rico. Os ricos Neracios não contaõ, mas pesaõ o dinheiro: menos mal se segue ao publico, se se roubar a estes todo o seu cabedal, do que do roubo dos instrumentos agrarios, que o trabalhador mercenario recolhe na sua pobre cabana e que fazem toda a sua subsistencia e a da republica. O furto feito ao pobre ou ao rico deve entrar em consideração na diceosina das leis para a imputação e imposição das penas: o sexo, a idade, e a condição das pessoas deve

entrar em conta em toda a legislação justa e humana. Deixo aos theologos a intelligencia do Deuteronomio cap. 13, vers. 15. El Rei D. Diniz em 1340 mandou, que se cortasse o dedo pollegar aquelle que sacasse arma na corte ou uma legoa em redor, pelo unico facto do arrancamento d'arma, ainda mesmo que com elle não ferisse, e que se ferisse, lhe cortassem a mão. Esta lei justamente foi derogada por El Rei D. Joaõ I. que mandou se não praticasse mais a pena do cortamento do dedo pollegar, augmentando as penas pecuniarias, que se achavaõ estabelecidas nas ordenações, direito commum, foraes e costumes antigos das terras, nas quaes o fisco tambem tinha a melhor empola, Ord. Aff. liv. v., tit. 33, § 1, 3, 5. Temos outra lei d'El Rei D. Diniz de 7 de Junho de 1353, na qual se mandou que aos blasfemos se cortasse a lingua pelo pescoço e que fossem queimados: o mesmo se acha, pouco mais ou menos, na Partida 7, tit. 28, liv. iv. El Rei D. Affonso V. temperando, como elle diz, a pena desta lei e revogando-a, não em todo, como era justo, mandou que os blasfemos fossem açoutados ao pé do pelourinho, e que em quanto se executava esta pena lhe mettessem pela lingua uma agulha albardeira, Ord. Aff. liv. v., tit. 99, § 1, tit. 34 pr. A pena estabelecida por El Rei D. Diniz contra os blasfemos, alem de não ser proporcionada ao delicto, hé contraria á razão, e tende mais a desnaturar e infamar o homem e a exercitar a vingança do que ao castigo por crime de opinião: porque se o crucificado o não consentio a Pedro, como pode a beneficio do mesmo crucificado (que hé impassivel, e não necessita das nossas vinganças, nem pode ser injuriado ou doestado) exercitar-se esta pena? *Matt.* cap. 26, vers. 53, *Diceosina* cit. tom. i., pag. 133, cap. 6, § 30, 31, 32, 33, 34, tom. ii., lib. i., cap. 20, § 25. 26, *Puttmann.* cit. Prolus. 12, cap. 5, *Brissot de Warvil Bibl. Philos.* ed. 1782, tom. i., pag. 212, § 5, 6. Acha-se quasi a mesma pena contra os blasfemos na lei 4, part. 7, tit. 28. A ordenação *Manoelina*, liv. v., tit. 10, § 6, determina pena de morte contra o escravo, que ferir seu senhor, e contra o que o matar pena de atezado, e mãos decepadas alem da pena de morte; e pelo simples facto de arrancamento d'arma, pena de açoutes com baraço e pregaõ, e mão

cortada. Taõ barbaramente se tratavaõ os escravos que se naõ reputavaõ homêns! Contra o filho que ferio seu pai ou mái com tenção de os matar, ainda que morte se naõ siga, na Ordenação actual, liv. v. tit. 41, § 1, se estabelece pena de morte. A tenção com que se commettem os crimes, hé mui difficilissima de conhecer, por ser um acto interno isento das leis, as quaes naõ devem castigar pensamentos. A pena estabelecida por direito Romano contra os parricidas na liv. ix. de *Leg. Pomp. de Parr.* e no § 6, *Inst. de Publ. Jud.* naõ está em uso, e hé barbara e feroz, assim como o saõ outras muitas, que se achaõ na informe e indigesta collecção das supersticiosas leis Romanas, aonde ás vezes apparecem algumas leis humanas. A barbara legislação Wisigothica contra os parricidas hé menos barbara do que a dos Romanos, l. 17, tit. 5, lib. vi., *Ott. Comm. Inst. ad tit. de Publ. Jud.* § 6. A legislação Romana contra os filhos e escravos era barbara. Reputavaõ-se cousas, e naõ homêns. Naõ me agrada o que a este respeito diz *Coeceio Dissert. Proem. ad Hug. Grot.* lib. vi., cap. 1, aonde taõbem tracta da origem das cidades, mostrando que estas saõ differentes da sociedade dos ladroens. Sobre o poder dos pais contra os filhos, e sobre o dispotico juizo de familia, veja-se o que sabiamente diz meu saudoso Tio *Inst. Jur. Crim. Lusit.* tit. 4, § 2, Not. As nossas leis temperaraõ e adoçaraõ em parte o dispotismo dos guerreiros barbaros Romanos, cujas leis saõ em grande parte militares, injustas, e crueis, principalmente as feitas no tempo dos Imperadores.

A pena de açoutes hé vil e infamante: sobre esta qualidade de pena já dissemos quanto basta no § 7. Os Romanos pelo lei Porcia e Sempronia a aboliraõ inteiramente, liv. x., dec. 1. No tempo dos Imperadores foi outra vez admittida: as leis da Europa a tem adoptado. Numa nação taõ honrada como a Portugueza seria bom que esta pena ou fosse inteiramente abolida, ou della se fizesse o menor uso. As nossas leis impoem frequentes vezes ora a pena de açoutes simplesmente, ora de açoutes com barço e pregaõ no pelourinho. A vileza desta pena cresce gradualmente á proporção, que a nobreza e dignidade do homem cresce, e apparecem os sentimentos da verdadeira philantropia.

Esta pena hé mui frequente contra os militares, que frequentemente são verberados, fustigados, e espaldados, que lhe faz perder o brio tão necessario ao soldado. As leis militares em toda a Europa são mais severas do que hé justo, e do que pede a nobreza militar, *Inst. Jur. Crim. Lus.* tit. 5, § 10, Not. A morte da fama hé grande pena, e irreparavel. A nossas leis para a imposição desta pena fazem differença entre nobres e plebeos. *Oh! leges Parcia legesque Sempronica!*

A pena de servidão publica ou a condemnação aos trabalhos publicos de galés, minas, arcenaes, construcção e re-edificação de estradas, edificios, náos, encanamentos de rios, roturas de baldios ou terras, ou terras maninhas, fabricas, manufacturas, aceio e limpeza das cloacas, hé capaz de encher o grande vasio das penas, e aquella que, correspondendo mais ao fim que se devem propor as leis penaes, utiliza ao mesmo tempo a sociedade. Destas penas se deve fazer como uma escala proporcionada a gravidade de delicto. Não se diga que deste modo ficam confundidos os criminosos com os innocentes, que trabalham nas mesmas obras por diuheiro: porque há certa qualidade de serviços publicos tão perigosos e tão nocivos á saude e vida, que as mesmas leis os não devem consentir aos mesmos cidadãos innocentes: a isto accresce a perda da liberdade, que com ouro nenhum se paga. Os Romanos reputavaõ a condemnação *in metalla* pena proxima á morte, l. 28, *de poen.* Desta qualidade são as minas de enxofre e obras calcareas. Os criminosos que se empregassem nas obras publicas talvez seria bom que trouxessem um distinctivo rótulo ou carta que desse a conhecer a todos o seu crime, e que lhes servisse como de açoute, e de vergonha: o que não hé pequena pena para os cidadãos honrados. Toda a força e gravidade das penas está na opiniaõ do vulgo, a qual sempre hé mais forte e mais poderosa do que as mesmas leis: *Genovesi na Diceosina*, tom. II., liv. I., cap. 19, § 20, diz o seguinte: *Certe pene delle leggi Romane, a cavar metalli, al malino, al lavorare alle strade, a porti, alle fabbriche publiche, servire nelle galee, e ad altre fatiche servili, sono in alcuni casi e piu gravi, che la forza, e piu utili al publico, e non inferiscono gli animi dei cittadini, &c.*

A desnaturalizaçãõ, o degredo ou dèsterro sãõ diferentes pelas nossas leis, e pelas Romanas, que distinguiaõ entre *exsul* e *relegatus* assim como nõs entre *desnaturalizado* ou *desnaturado* e *desterrado* ou *degradado*. Pela desnaturalizaçãõ se perdem todos os privilegios, graças, merces, izençoens, franquezas e liberdades de que gozãõ os naturaes deste reino: o que nãõ hé assim no degredo ou dèsterro. Estas differenças nãõ me pertencem, e sobre ellas vejaõ-se as *Inst. Jur. Crim. Lus.* tit. 1. § 16. A desnaturalizaçãõ hé gravissima, e raras vezes deve ter lugar, *Filangieri* tom. iv. cap. 34. diz que esta pena hé util e de consequencia nos governos democraticos, aonde os cidadãos gozãõ de iguaes direitos, que perdem pela desnaturalizaçãõ: que nos governos aristocraticos, aõnde todo o poderio está na mãõ dos nobres, hé sómente a estes prejudicial e nãõ aos outros, que nada tem que perder: que nos governos monarchicos hé perniciosa esta pena para todos e para o mesmo reino. Eu nãõ juro nas palavras do grande *Filangieri*, nem nas de escriptor algum. O código da razaõ hé preferivel a tudo. A desnaturalizaçãõ hé grande pena em todos os governos: para todos hé doce a terra que os vio nascer, ou seja monarchico, aristocratico ou democratico o governo. O ostracismo hé talvez uma pena gravissima ainda que os Athenienses o reputaraõ um premio. Todas as naçoens, ainda as que se reputaõ mais sabias, tem cousas ridiculas: o que prova quaõ desvairada hé a razaõ humana: nãõ há erro sem patrono, e dos nossos predecessores tem passado para nõs muitos, que sãõ incuraveis, porque estaõ naturalizados. Mas torne a nossa oraçãõ ao lugar donde se desviou. O degredo ou hé perpetuo ou temporario. As nossas leis nãõ guardaraõ sempre a devida proporçãõ nas penas do degredo: muitas vezes determinaõ para delicto menor um lugar peior do que aquelle que estabelecem para outro delicto maior: nãõ guardaraõ proporçãõ entre o melhor ou peior lugar, e entre o menor ou maior delicto: assim vem um delicto menor a ser castigado mais gravemente que outro maior. Na Ordenaçãõ liv. v. tit. 142 se reputa o degredo para o Brazil maior que o degredo pa a Asia: aquelle que quebra o degredo para o Brazil tem pena capital, a qual nãõ tem aquelle

que quebra o degredo para a Africa e Asia, ainda que seja perpetuo, por se reputar este degredo menor, e não suppor delicto tão grave. O degredo para o Brasil não pode ser por menos do cinco annos, ord. liv. v. tit. 140. §. 1, e deve ser para lugar certo, Decreto de 18 de Janeiro de 1677, Coll. 2. n. 4: para Asia pode ser o degredo para lugar incerto, §. 2 da mesma Ord. *Inst. Jur. Crim. Lus.* tit. xx. §. 6. Not.: no que se yê a desproporção entre delictos e penas. Tal era a errada opiniaõ, que naquelle tempo havia das nossas colonias! As nossas leis naquelles tenebrosos tempos se accommodaõ a opiniaõ commum, que com o andar dos tempos mudou e mudará sempre em tudo, e nem a mesma moral será constante: *nedum sermonum stet honos et gratia vivax*, diz Horacio. O uso e seu capricho tem lugar de lei; *mortalia facta peribunt*.

§. 8.—Da pena de morte.

Trataremos da pena capital, ultima a que o legislador recorre para castigar os crimes. Sobre esta horrivel pena se tem entrado em duvida donde nasceo o direito da pena capital ou de morte, se as leis a podem impôr, se hé necessaria para conseguir os fins da sociedade? Tem sido e são a este respeito varias as opinioens dos criminalistas. Os semidoutos, isto hé os de mediocre instrucção, querem que esta pena se imponha por delictos ainda os mais pequenos: outros dizem que sómente nos delictos mais graves: outros que nunca. Os semidoutos, gente indocil e intolerante são os peiores, as mais perigosos e deshumanos. Os que negaõ o direito de impor esta pena, dizem, que se todo o poder civil nasce originariamente de um imaginario e philosophico contracto social, que em parte nenhuma existe (*Boehmero de Jur. Pub. Univ.* tit. 1, cap. 1. § 22) como poderiaõ ellas consentir na destruição de si mesmas? Ninguem tem direito de se matar a si mesmo, logo, dizem, não podia transferillo para a sociedade, que (segundo dizem os escriptores do direito chamado natural), se compoen do direito que compete a cada um no estado selvatico, que hé o da natureza. Eis aqui os mais fortes argumentos, a que Mably abaixo citado responde muito bem. *Grocio* (cujas obras com razãõ

DELICTOS E PENAS

se deprimem) lib. II., cap. 20, §. 12 recomende a quem governa a piedade de Sabocon rei do Egipto, que commutou as penas capitaes no serviço das obras publicas com feliz successo, e diz que as leis Romanas que impunhaõ a pena de morte foraõ pela maior parte mudadas em outros castigos: *quo et acrius damnatis incuretur pœnitentia, et magis ad exemplum proficeret pœna diuturnior.* Henrique de Cocc. no commentario a Grocio diz que esta opiniaõ de Grocio sempre lhe pareceo conforme á razãõ, e que *fõra do homicidio nenhuma proporçaõ ha entre a morte e o delicto,* principalmente havendo outros modos mais graves do que a morte, com os quaes se possaõ punir os delictos: citando para isto o lugar de Cesar em *Salustio de bel. Catil. cap. 51: Gravius est verberari ac necari; et multi sunt, qui mortem ut requiem miserorum contemnunt: ac graviter expavescunt ad captivitatem et ignominiosum opus.* Em linguagem. *Hé pena mais grave ser açoitado, do que ser morto; e há muitos que desprezaõ a morte como descanso dos miseraveis; mas olhaõ com horror para a pena de captiveiro ou de uma obra ignominiosa.* O mesmo Grocio diz no § 7 do mesmo cap. que *para o mesmo improbo hé melhor morrer que viver,* quando hé incorrigivel. O egregio Heinecio *Prael. in Hug. Grot. ao § 12. já citado diz: que se deve impor pena de morte até pelo furto; e que a demasiada clemencia degenera em crueldade.* Eis aqui as suas palavras: *Et omnino quidem laudabilis est clementia: sed non nunquam clementia fit crudelitas, si ita parcat gladio imperans, ut inde occasionem arripiant homines delinquendi: Sane si fures sciant imperantem non laqueo punire, sed ad operas publicas condemnare fures, actum erit de ejus subditis, &c.* A administração da justiça commutativa e distributiva hé a primeira obrigaçaõ de quem governa, e para isto hé que os Reis foraõ creados. Se os criminosos naõ forem punidos como merecem, viviremos á maneira de peixes, o maior devorará o menor. Veja-se o que diz o sabio *Saavedra Empr. XXI,* que hé um thesouro, com o qual se conforma a nosso *Sebastiaõ Cesar de Menezes* na sua obra *Summa Politica.* Os philosophos modernos, affectando muita humanidade, quando no fundo saõ rapozas e lobos intolerantes, tem confundido tudo. Se

os ladroës souberem da sua humanidade, para não dizer crueldade, nenhum de nós, como diz Heineccio acima citado, estará em segurança na sua pessoa e bens. O misantropo Hobbes faz dimanar este direito de um poderiõ irresistivel. Os povos antigos ainda mesmo os barbaros tiveraõ com pouca differença as mesmas idcas sobre estas penas, considerando-as como outros tantos sacrificios offercidos a divindade, a quem julgavaõ pertencer unicamente o direito da vida e da morte. Daqui vem que nas leis decemviraes se explica a pena de morte pelas palavras: *Sacer esto*: daqui chamarẽm-se as penas capitaes: *supplicia*: que val o mesmo que offertas feitas a Deos. O sentimento de Hobbes hé falso e perigoso: elle confundio o poder com o direito. Não hé o poder e a força o que deve dar o direito, mas sim o direito o que deve dar o poder. Deos tem tantos direitos para punir os homens com pena capital, que não era necessario a Hobbes recorrer ao poder irresistivel, absoluto ou dispotico. O grande Marquez de Beccaria, (que no seu pequeno tratado *dei Delitti e delle Pene* disse mais que todos os outros criminalistas em grossos volumes) negou no § 28 o poder de impor esta pena, exceptuando sómente 1º o caso de perturbação, em que uma nação procura alcançar a liberdade: 2º o extremo de perder a liberdade para sempre. A fora estes dois casos não admite a pena de morte: diz que ella hé uma guerra declarada pela nação contra o cidadão: que esta pena não hé necessaria nem util: que as leis, que a ordenaõ, saõ ellas mesmas homicidas: que a historia dos tempos hé um mar immenso de erros aonde sobrenadaõ aqui e alli algumas verdades mal conhecidas: que não ha prescripção contra a verdade: que a sua voz chegava aos Soberanos, e que estes prohibindo a pena de morte ficaraõ acima dos maiores conquistadores, e que seys pacificos trofeos os faraõ superiores aos Titos, Antoninos e Trajanos. Estes philosophos modernos saõ muito humanos: mas quando saõ levemente offendidos, saõ intolerantes, e querem que entaõ se pratique não sómente a pena de morte, a de tortura, e todas quantas tem inventado os torcedores da humanidade. Contra a experiencia não há argumento, digaõ o que quizerem os philosophos. A perda perpetua da liberdade, pena peor do que a da

morte, que o Marquez de Beccaria quer substituir á pena de morte, não hé proporcionada, e hé mais forte para os nobres que para os plebeos, ainda que para todos gravissima e superior a morte. O philosopho, assim como os Bramanes, olha para a morte com desprezo e a reputa um nada, o maior de todos os bens, a linha que põe termo a tudo, e as vezes a procura no mesmo estado chamado da felicidade; e alguns há que a persuadem com tanta vehemencia como de Hegesias nos diz Cicero Tusc. 1., § 34, *Renazzi Elem. Jur. Crim.* lib. 1., cap. 10, § 7, *Brissot. cit. tom. 1., pag. 251, § 19, Genovezi de Off. cap. 3, § 22, Ecclesiastes*, cap. 3, 7, 9, o que acontece pelo contrario ao que não hé philosopho: M. Mably *de la Legislation*, tom. VIII., liv. III., cap. 4, pag. 277 traz grandes argumentos para provar a opiniaõ contraria a do immortal *Marquez de Beccaria*. *Pastoret des Lois Penales*, tom. 1., p. 2, cap. 1, art. 1 e seg. refere todas as opinioes dos melhores criminalistas sobre este ponto, as quaes refuta, e segue a negativa. *Renazzi Elem. Jur. Crim.* lib. II., cap. 9, pag. 190 guardou silencio sobre esta questao, e deste modo explicou a cousa melhor que nenhum dos outros. Esta grande questao, que tanto importa a humanidade, deve julgar-se pelo peso das razoes e não pelo numero das opinioes, que há para tudo, e que nada devem valer para o conhecimento da verdade, se a há, e se em toda a moral não reina uma tenebrosa noite, prevalecendo sempre os prejuizos mammados com o leite, que nunca ou raras vezes se perdem. Faz-me grande peso a força dos argumentos do Marquez de Beccaria, e confesso que a pena de morte faz gemer a triste desventurada humanidade: mas eu não me atrevo a negar ao poder absoluto e supremo o direito de a impor, nem a restrinjo a tao poucos casos, como alguns, nem tambem julgo que ella se deve estender a tantos como a estenderao as leis criminaes da Europa, seguindo nesta parte as leis que se achao espalhadas na monstruosa e informe colleccao de Justiniano, aonde vem varios monumentos de sabedoria, de ferocidade, e de fraqueza de varios legisladores Romanos, principalmente nos tempos da decadencia do imperio. Esta pena se costuma executar por diversos e exquisitos modos, que refere *Renazzi*

Elem. Jur. Crim. lib. II., cap. 8, cuja simples narração causa horror á humanidade. Em Portugal passa se um anno e mais sem se executar a pena de morte. Quando se executa sempre se dá primeiramente parte a El Rei se está no districto da execução. Não permite á humanidade dos nossos Soberanos, que se execute esta terrivel pena sem elles a saberem, e a causa, porque morre um filho seu. O mesmo se pratica em Inglaterra, aonde se não executa a pena de morte, sem que o Rei tenha assignado a Sentença. Não hé justo morra um cidadão sem o Rei o saber. O mesmo se pratica em Alemanha, em quasi todo o Norte, e se praticou na França. Na Russia no tempo de Isabel, e de Catherina II. não se executou a pena de morte. Não sei se os crimes se augmentarão por esta humanidade.

As nossas leis fazem uso da pena de morte na maior parte dos delictos, ainda que esta se não derive da natureza do mesmo delicto. A pena de morte mal applicada dá causa a muitos assassinios: porque castigando com o mesmo rigor os assassinos e os ladroões hé o mesmo que dar occasião e convidar estes ultimos a commetter o assassinio, julgando ser este o modo de occultar melhor o seu crime, aonde nada mais vai na pena. A existencia talvez hé o primeiro bem do homem, sem o qual todos os outros são inuteis: as leis devem ter por principal fim a conservação da vida. Hé necessario que haja differença entre a pena do assassinio e furto violento: este um dos modos de prevenir o homicidio, e outros crimes, aos quaes se impoem nas leis a pena de morte. As leis injustas são causa dos crimes e complices nos mesmos crimes. Na China os ladroões cruéis são feitos em pedaços; os outros não: esta differença faz que se rouba ahi, mas nunca se assassina: na Moscovia ou Russia, aonde a pena dos ladroões e assassinos hé a mesma, há assassinios todos os dias, como diz Renazzi, lib. II., cap. 4, § 2 Not. Os ladroões tambem tem suas leis, que observão e guardão inviolavelmente, ainda que vivem á maneira de peixes, dos quaes o maior devora o menor. O povo se costuma pouco a pouco á dureza das penas, e costumado elle ás brandas estas lhe fazem tanto

mpressão como as fortes, como adverte a Cl. Montesquieu, liv. vi., cap. 12. Entre o crime do furto e pena capital, quanto maior e qualificado que o furto seja, nunca há proporção. Neste caso toda a proporção deve consistir no aumento ou diminuição das penas, as quaes sempre devem ser do mesmo genero e natureza, como sabiamente se diz nas *Inst. Jur. Crim. Lus.* tit. vi., § 21 Not. A pena de taliaõ, a mais antiga de todas foi adoptada na legislação criminal. Esta pena não se deve entender de maneira, que o delinquente seja precisamente obrigado a soffrer o mesmo mal que fez, isto hé *anima pro anima, oculus pro oculo, dens pro dente, manus pro manu, pes pro pede, adustio pro adustione, vulnus pro vulnere, livor pro livore*; e que se acha nas leis do grande Moises: porque nem sempre hé pena proporcionada, nem se pode applicar aos peccados moraes que offendem o corpo, a honra, a castidade. Por pena de taliaõ entende a pena tirada da natureza do delicto, proporcionada ao mesmo, e a malicia do delinquente, *Henr. de Cocc. Disp. de sacertal. jur., Sam. de Cocc. Diss. proam. ad Hug. Grot. xii., lib. v., cap. 6, § 161, Hein. Elem. Jur. Nat. lib. ii., cap. 8, § 155, Inst. Jur. Crim. Lus. tit. 1, § 21.* Mas se me hé licito dizer o que entendo, esta pena ainda que adoptada nas leis Mosaicas, donde talvez passára para as leis das 12 Taboas que Cicero erradamente prefere á bibliotheca de todos os philosophos parece-me sempre injusta e desproporcionada. Mais sabia hé a lei dos Wisigodos, lib. 6, tit. 4, § 3, nas palavras seguintes: *Pro alapa vero, pugno vel calce, aut percussione in capite prohibemus reddere talionem, ne dum talio rependitur, aut lesio maior aut periculum ingeratur.* As leis dos Wisigodos não são tão barbaras como vulgarmente se diz, e talvez sejam em parte melhores e mais sabias, do que as leis das 12 Taboas, que os Romanos forão buscar a uma nação estrangeira, ainda que emtaõ famosa pela sabedoria dos seus legisladores. Sobre a pena de taliaõ veja-se o Cl. Philippe Maria Renazzi, lib. ii., cap. 4, § 16. Da pena de taliaõ teve origem a lei das revinditas, que hoje não está em uso. A legislação criminal se vai melhorando pouco a pouco: ainda que a molestia na legislação criminal hé chronica, não irremediavel. Os nossos Principes não

saõ tyrannos, saõ philosophos e sabem pãtrizar. Na Ordenação, liv. 5, tit. 12 pr., Man. 6, Affons. 5, § 6 se poẽ a pena de morte natural de fogo ao que fizer moeda falsa, e pena de morte natural ao que a comprar, vender, ou usar della, sabendo que hé falsa, e ao que a cercear, montando o damno a quantia de dês tostoës. A pena de fogo, assim como toda esta ordenação, hé tirada á letra da l. 2, *cod. de fals. monet.*, e parece incrível que o Imperador Constantino, chamado o Magno, fosse o seu autor! As penas que vem nas leis deste Imperador, quasi todas saõ ferozes como elle. Os reos de moeda falsa não tem outra tenção mais do que furtar, e somente lhes saõ applicaveis as penas do furto. O seu fim não hé offender a Soberania, nem usurpar direitos reaes. As leis positivas nunca podem suffocar as imprescritiveis leis da natureza, nem mudar a natureza dos delictos. A pena de trabalhar na casa da moeda com ferros aos pés, dizia um Jurisconsulto, que era a proporcionada ao delicto. As leis tem feito crime de lesa-magestade o que o não hé, e que não está no poder legal, *Inst. Jur. Crim. Lus.* tit. 5, § 7. Pelas leis dos Wisigodos o matador não tem pena de morte, mas manda-se entregar aos parentes do morto, para fazer delle o que quizerem com tanto que o não matem, l. 16, 18, lib. vi., tit. 5. Veja-se *Cod. de l'Humanité* na palavra *peine de mort*, e o Discurso de meu Mestre o Cl. Antonio Ribeiro dos Santos sobre a pena de morte, impresso em Lisboa em 1815, *Inst. Jur. Crim. Lus.* tit. 1, § 15, Not. e § 29, *Brissot de Warville*, *Biblioth. Philosoph.* tom. 1, pag. 231. Para se proporcionar a pena ao delicto hé necessario ter em consideração:—1º. O damno da sociedade:—2º. A força irresistivel, que obriga a delinquir, e que tira a liberdade e vontade, sem o que não pode haver crime, nem delicto:—3º. O máo exemplo:—4º. A liberdade do delinquente:—5º. A causa publica:—6º. O impeto dos affectos naturaes que saõ superiores a todas as leis, e ás suas penas ainda as mais ferozes:—7º. Os conhecimentos do delinquente:—8º. A qualidade da pessoa do mesmo delinquente. Veja-se Renazzi, lib. i., cap. 5, § 7 et seg., lib. ii., cap. 4, § 8 et seg., *Inst. Jur. Crim. Lus.* tit. 1, § 6, Cicero lib. iii., *de Leg.* § 20 diz: *Noxia pana par esto; ut in suo vitio quisque*

plectatur: vis capite: avaritia mulcta: honoris cupiditas ignominia sanciat. O mesmo de *Off. III. 5* diz: *Hoc spectant leges, hoc volunt incolumen esse civium conjunctionem, quam qui dirimunt, eos morte, exilio, vinculis, damno coercent* O sagaz astuto Orador Romano não era jurisconsulto: na oração *pro Muræ*n. 13, disse que se o estomagassem muito, em tres dias o veriaõ jurisconsulto! (si mihi stomachum moveritis, triduo me jurisconsultum esse profitebor.) Os jurisconsultos Romanos, e muito menos Cicero não tiveraõ verdadeiras ideas dos delictos, e da justa proporção entre delictos e penas. Os philosophos modernos tem alambicado muito o seu espirito. *Não há erro sem patrono.* As sciencias parecem prejudiciaes. O crime não deve ser impune. Seja a pena **justa e proporeionada.** Dracon, legislador de Athenas, cujas leis eraõ escriptas com sangue, dizia que **as mais pequenas transgressoens lhe tinhaõ parecido merecer a morte, e que não tinha podido achar castigo para as maiores;** como diz Solon em Plutarcho: *Medio tutissimi ibimus.*

DECRETO

Para se ordenar um novo Codigo.

Tendo pelo primeiro objecto da Minha Real consideração o vigilante cuidado de que aos Meus feics vassallos se administre prompta e inteira justiça, de que muito depende a felicidade dos povos: E considerando igualmente que esta senaõ poderá conseguir sem uma clara certeza e indubitavel intelligencia das leis, a qual hoje se tem feito mais difficil, tanto pela *multiplicidade* de umas, como pela *antiguidade* de outras, que a *mudança dos tempos tem feito impraticaveis:* Sou servida ordenar se estabeleça uma Junta de Ministros, que, tendo sciencia e literatura e zelo do Meu serviço e do bem commum dos Meus vassallos, tenhaõ a obrigação de se ajuntarem, ao menos uma vcz em cada semana, para conferirem os meios mais proprios e conducentes que lhes lembrarem para o importante e proveitoso fim, de que os encarrego. A dita Junta

presidirá o Visconde de Villa Nova da Cerveira, meu Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino, e serão Conselheiros nella o Doutor Joze Ricalde Pereira de Castro, do meu Conselho e Desembargador do Paço, o Doutor Manoel Gomes Ferreira Desembargador dos Aggravos da Casa da Supplicação, o Doutor Bartholomeu Joze Nunes Giraldes de Andrade, do meu Conselho e Procurador da Fazenda de Ultramar, e o Doutor João Pereira Ramos de Azeredo Coutinho, Procurador da Coroa. A mesma Junta virão nos dias que se estabelecer que a haja os Ministros, a quem encarrego o exame não so das muitas leis dispersas e extravagantes, que até agora se tem observado, mas tambem as do corpo da Ordenação do Reino, a qual Ordenação não hé da Minha Real intenção abolir de todo, constando-me a boa acceitação, com que até ao presente tem sido recebida de todos os Meus vassallos, e não sendo conveniente ao meu serviço obrigar aquelles Ministros costumados a julgar e fazer o seu estudo pelos antigos codigos deste Reino, a um novo methodo, ainda que melhor na opiniaõ de alguns, certamente para aquelles mais difficultoso: e que distribuido tudo pela fundamental divisaõ dos cinco livros das actuaes Ordenações do Reino, ou origem, averiguem: primo, quaes leis se achão antiquadas e pela mudança das cousas inuteis para o presente e futuro; secundo, quaes estão revogadas em todo ou em parte: tercio, quaes são as que na pratica forence tem soffrido diversidade de opinioens na sua intelligencia, causando variedade no estilo de julgar: quarto, as que pela experiencia pedem reforma e innovação em beneficio publico: para que sendo-me tudo presente, Eu determine e estabeleça o que deva constituir-se no novo codigo. A este fim sou outro si servida encarregar, pelo que respeita a por em ordem, compilar, e examinar o que deve entrar no livro primeiro, ao Doutor Luiz Estanislão da Silva Lobo Desembargador dos Aggravos de Casa da Supplicação: para o livro segundo a D. João Teixeira de Carvalho, Bispo Eleito de Faro, do Meu Conselho, e ao Doutor Estanislão da Cunha Coelho: para o livro terceiro aos Doutores Marcelino Xavier da Fonseca Pinto, Desembargador da Casa da Supplicação, e Bruno Manoel

Monteiro, Desembargador da Relação e Casa do Porto: para o livro quarto até o tit. 79 ao Desembargador Duarte Alexandre Holbeche, Desembargador Honorario da mesma Relação e Casa do Porto e Lente substituto das duas Cadeiras Analiticas da Faculdade de Leis na Universidade de Coimbra; para o que hé necessario estabelecer e definir sobre os direitos mercantis, navegação, cambio, seguro, avarias, e para o mais, que respeita á nautica, e ao commercio, que deve entrar no mesmo livro, a Diogo de Carvalho e Lucena: e para o resto do dito livro, que trata de testamentos, successoens, morgados, e tutelas ao Doutor Luiz Rebello Quintella, Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda: para o livro quinto ao Doutor Manoel Joze da Gama e Oliveira, do meu Conselho e Deputado da Mesa da Consciencia e Ordens, e ao Doutor Jose de Vasconcellos e Sousa, Desembargador dos Aggravos da Casa da Supplicação. Todos os sobre ditos apresentaraõ o que successivamente forem escrevendo e dissertando nas conferencias que haõ de fazer, trabalhando debaixo da inspecção e methodo, que o referido Presidente lhes prescrever de sorte, que todos tenhaõ presente a obra toda, para evitar repetiçoens ou antinomias. E sobre o que se Me consultar, e Eu for servida resolver e ordenar, se irá compondo o Codigo. E entendendo a Junta ser preciso fazerem-se alguns exames na Torre do Tombo e mais Archivos, Tribunaes, Corporaçõens, Camaras, e Comarcas, Mo fará presente, para que eu para este effeito mande expedir as ordens necessarias. E a todos hei por muito recommendada esta importantissima obra, na qual se empregão unicamente com o prestimo, diligencia, e satisfacção, de que ella depende, e Eu delles confio. O Visconde de Villa Nova da Cerveira o tenho assim entendido, e faça executar. Palacio de Nossa Senhora da Ajuda em 31 de Março de 1778. Com a Rubrica de Sua Magestade. Registrado no liv. XIX. dos Decretos a folhas 51 vers.

Os nomeados no Decreto acima nada fizeraõ. Em 22 de Março de 1783 foi chamado da Universidade de Coimbra para esta obra Pascoal Jozo de Mello. Este concluiu naõ ensaios, mas um verdadeiro Codigo de

Direito Publico, e Criminal Portuguez, o qual foi mandado rever por Decreto de 3 de Fevereiro de 1789, o que ategora ainda senão fez. O Decreto para a revisaõ hé o seguinte.

D E C R E T O .

Sendo-me presente, que os ensaios do Codigo, quanto ao Direito Publico, ao Criminal, e ao Testamentario, se achão completos, sou servida ordenar, que se proceda sem perda de tempo á revisaõ, exame, e censura com reflexaõ, prudencia, e zelo, que a importancia e gravidade de um tal objecto por si mesmo está exigindo. Deverá principiar o exame pela parte do Direito Publico, e para esta nomêo para Censores ao Doutor Joze Joaquim Vieira Godinho, Francisco Xavier de Vasconcellos, Antonio Ribeiro dos Santos, e Francisco Pires de Carvalho: E por quanto o Desembargador João Pereira Ramos de Azeredo Coutinho, do meu Conselho, Desembargador do Paço, e Procurador da Coroa, assim em razaõ do seu officio e principalmente pelas luzes claras e superiores, que tem nestas materias, as quaes elle com zelo, e discricaõ, depois de ser o primeiro, que nestes tempos as cultivou, foi tambem o primeiro que procurou influillas e derramallas: Hei por bem que assista, e dirija as conferencias dos sobreditos Magistrados, sempre que para ellas for avisado pelo Presidente. Attendendo á importancia deste grande negocio, e para que os Ministros delle encarregados empreguem nelle todos os seus cuidados sem interrupçaõ: ordeno que os Censores nomeados, em quanto Eu o houver por bem, se hajaõ por desoccupados de todos os empregos e lugares, em que me servem, vencendo porem todos os emolumentos delles, como se servissem. Depois da primeira conferencia sobre algum ou alguns titulos se passará a approvaçaõ final na conferencia superior, a que preside o Visconde, meu Mordomo Mor, e na sua falta Jose de Seabra da Silva, meu Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Reino, onde repetirão e sustentaraõ os seus votos os ditos primeiros e principaes Censores: depois delles os Doutores Jose Ricalde Pereira de Castro, do meu Conselho, Desem-

bargador do Paço, e Chanceller Mor do Reino; Bartholomeu Jose Nunes Cardoso Giraldes, do meu Conselho, e Desembargador do Paço, João Pereira Ramos de Azcredo Coutinho, do meu Conselho, e Desembargador do Paço, Gonsalo Jose da Silva Preto, do meu Conselho, e da minha Real Fazenda que até agora assistiaõ as Sessoens, e os Doutores Jose Bernardo da Gama e Ataide, João Xavier Telles de Sousa, Manoel Nicolaõ Esteves Negraõ, do meu Conselho, Desembargador do Paço, e Francisco Feliciano Velho da Costa Mesquita Castello branco, do meu Conselho, e Deputado da Meza da Consciencia e Ordens, que por este nomeo. O Autor da parte offerecida á revisaõ e exame será presente ouvido em uma, e outra conferencia, para melhor averiguação e intelligencia do que elle trabalhò para poder como bem instruido na materia defende interpretar, ou modificar as suas proposiçoens. O resultado desta superior conferencia sobre cada um dos artigos conferidos segundo-se vencer sera lançado por escripto breve e resumido, ou decisivamente, ou para me ser presente, segundo parecer. E como para fazer este resumo se faz indispensavel uma pessoa habil, intelligente, e de confiança, nomeo com o titulo de Secretario do-Codigo o Doutor Thomaz Joze Ferreira da Veiga, que poderá com as suas reflexoens auxiliar o exame e censura: devendo todos ter entendido que pela propria reputação, pela confiança, que nelles tenho depositado, saõ obrigados a proceder com a gravidade e circunspecção, que pede uma taõ importante obra considerando-a não como obra de um, nem de todos, mas como minha, e que hade ser promulgada em meu nome, para regular e manter em justiça aos meus feis vassallos. Salvaterra de Magos em 3 de Fevereiro de 1789. Com a Rubrica de Sua Magestade.

O Autor da parte offerecida a censura foi Pascoal Jose de Mello, ainda que delle se não faz menção (era entaõ Secretario e Ministro de Estado dos Negocios do Reino Jose de Seabra da Silva). Havia mais para a censura alguns titulos pertencentes ao direito testamentario, feitos por Duarte Alexandre Holbeche (morto muito antes do Decreto da revisaõ acima) que mais se deviaõ reputar uns commentarios ao

direito Romano, do que um código de Leis patrias. Veja-se o que dissemos na *Panegy. Histor. Pasc. Jos. Mell.* Do merecimento da obra do Código de Direito Publico, e Criminal, ordenado por Pascoal José de Mello, se pode julgar pelas suas obras impressas, hoje classicas, por ordem do Principe Regente N. S. para ensino da Mocidade Portugueza. *Scripta* (diz o Salomonemse) *placent a morte fere, &c.*

F I M.

ERRATAS.

Pag.

- 3 nunca fei tratado, *l.* nunca foi tratado.
- 5 os leis, *l.* as leis.
- 6 constringista, *l.* contrista.
- 8 laborioso o indice, *l.* laborioso indice.
- 9 em vogar, *l.* em voga.
- 10 perticular, *l.* particular.
- 15 Aganil, *l.* Arganil.
- 22 importas, *l.* impostas.
- 23 occupantar, *l.* occupantur.
- 24 tem commetidos, *l.* tem commetido.
- 26 communicaõ, *l.* communicãõ.
- 28 a tutela, *l.* e tutela.
- 30 no amo, *l.* no anno.
- 48 chegava aos Soberanos, *l.* chegará aos Soberanos.
- 50 e 51 tanto mpressaõ, *l.* tanta impressãõ.
- 51 Montesauieu, *l.* Montesquieu.