

# NOTAS

AO TITULO III.

DOS JUIZOS E PENAS

DO NOVO CODIGO

DE

DIREITO PUBLICO DE PORTUGAL,

DE

*D.<sup>o</sup> Paschoal José de Mello,*

ESCRITAS E APPRESENTADAS

NA

JUNTA DA REVISÃO

PELO

*D.<sup>o</sup> Antonio Peixeiro.*

## AO

## TITULO III.

## DOS JUIZOS E PENAS.

*Censura geral.*

**N**ot. Darei sobre este Titulo o meu juizo em geral; e depois farei as notas competentes a cada um de seus paragrafos. E pelo que toca ao Titulo em geral, parece-me: 1.º que elle é incompetente neste logar; 2.º que é em grande parte mais doutrinal, que legislativo.

Quanto ao primeiro ponto, já disse nas Notas ao Plano, que este Titulo era aqui incompetente: fallarei agora disto com mais individuação e largueza, por ser aqui o logar proprio. Este Titulo consta de quatro partes: na 1.ª tracta-se do poder judiciario e executivo, que tem o Principe; na 2.ª da jurisdicção dos magistrados; na 3.ª dos officios públicos; na 4.ª das penas.

Pelo que pertence á 1.ª parte, que comprehende o preambulo do Titulo, e o §. 1., nella se propõem, como principios geraes, tres poderes, que tem o Principe, quaes são: 1.º o poder de julgar; 2.º o poder de castigar; 3.º o poder de premiar os vassallos; e propõem-se estes tres poderes, como outros tantos direitos majestaticos, que competem ao Principe, como a supremo magistrado politico. Esta materia, por sua mesma natureza, pertence ao Direito Publico constitucional; pois que só a este toca declarar, quaes são os direitos majestaticos, que tem os nossos Príncipes. Ora este Codigo não é Codigo universal, que comprehenda tambem o nosso Direito Publico constitucional, como eu entendi a principio, mas sim Codigo de direito meramente civil, segundo o systema do compilador, por elle mesmo ultí-

namamente proposto e declarado nesta Junta na apologia ; com que se defendeo da censura do Plano. Nestes termos não tem lugar nesteCodigo a exposição dos direitos majestaticos , que tem o Principe , porque nelle se não tracta , nem deve tractar do que o Principe pôde fazer e ordenar nestas materias , mas sim e tão sómente do que elle ordena e manda praticar a seus vassallos. Por tanto vem a ser aqui incurial e incompetente a 1.<sup>a</sup> parte deste Titulo.

Quanto á 2.<sup>a</sup> parte , que se contém nos §§. 2 , 3 , etc. , até 17 , nella se declara : = *quaes são as pessoas , que exercitão estes poderes do Principe : = donde consta a sua jurisdicção e auctoridade : = o uso da pluralidade dos votos nas relações e tribunaes : = o que é jurisdicção : = as suas divisões e espécies em ecclesiastica e secular , voluntaria e contenciosa , ordinaria e prorogada , civil e criminal , etc. : = quem pôde ser juiz : = donde constão as suas obrigações , etc.*

E claro , que todas estas cousas só podem ter o seu assento proprio nos Titulos dos magistrados , ou elles devão entrar neste mesmo corpo de legislação , como já adverti nas Notas ao Plano , ou devão ir em regimentos separados , como quer o compilador : porque para haver a devida ordem e nexo entre as materias , cumpre ajuntar estas com as dos outros Titulos , começando esta parte , capital da legislação , pela ordem dos magistrados e sua jurisdicção em geral , e por todas aquellas cousas , que são communs a todos elles ; e unindo estes Titulos em uma mesma serie com os outros , que se seguirem , de cada um dos magistrados em particular , e de sua especifica jurisdicção e regimento. Nas mesmas Provas deste Titulo se diz , que *neste se não tractão , nem declarão as diversas ordens de magistrados , suas eleições e confirmações , nem os diversos tribunaes e relações , e a especifica jurisdicção de cada um ; porque todas estas cousas são pertencentes aos regimentos especiaes ; e que igualmente se não declara o numero de juizes , que se devem dar nas relações , segundo a diversidade e gravidade das causas ; nem o modo de redução dos seus votos , por paróccy , que deve entrar esta matéria no regi-*

*mento do regedor, ou governador da casa, ou do chanceler della; e que nem tambem se declara o que é juiz, e qual o seu officio, porque se ha de declarar no seu regimento, e na parte criminal, ou na ordem do juiz.*

Sendo isto assim, para esta parte da legislação se devia consequentemente reservar tudo o que toca aos magistrados e á sua jurisdicção; á pluralidade de seus votos; e a outras consas mais, de que se falla na segunda parte deste Titulo. A regra geral do methodo pede, que todos os artigos de um mesmo ramo, ou materia vão juntos e seguidos na mesma ordem successiva, e se não desmembrem e ponhão dispersos vagamente por diversos logares.

Passando á 3.<sup>a</sup> parte deste Titulo, nos §§. 18, 19 e 20 se declara: *como não ha jurisdicção alguma Real, patrimonial e hereditaria: = como os filhos não tem direito de succeder a seus pais nos cargos e officios publicos: = como é de méra graça a sua data e provimento: = como se não podem vender, renunciar, ou dar a outrem a propriedade, ou serventia: = como, e de que maneira, vagando o officio por morte, ou culpa do proprietario, pôde nelle ser provido o filho maior, etc.*

É claro tambem, que estes artigos não tem aqui o seu logar competente, mas sim no Titulo XLI., em que se tracta da materia geral dos officios e cargos publicos. Nas Provas deste Titulo se diz, que *ou no liv. I. ou nos regimentos dos mesmos officiaes se havia de fallar das renúncias, vendas, serventias e provimento dos officios*: logo por que razão se desmembrou esta materia, e se tractou aqui uma parte della, sendo mais conforme ao methodo tractar de tudo isto em uma mesma serie, ou fosse nos regimentos, ou no Titulo XLI., fallando-se primeiro da natureza dos cargos e officios publicos, e de sua jurisdicção em geral, e depois de cada um delles em particular?

Finalmente a 4.<sup>a</sup> parte deste Titulo nos §§. 21, 22, 23, 24, 25 até o fim tem por objecto = *o direito de impôr penas, que exercita o Principe, ou por si, ou por seus ministros: = como nenhum cidadão pôde castigar a outro; e nem os mesmos pais de familias a suas mulheres*



*e filhos e criados, senão moderadamente: = como os ministros devem observar em tudo as ordenações criminaes: = como o Principe não está sujeito ás formalidades do processo e ordem do juizo criminal: = como a execução capital do réo, que o Principe manda verbalmente fazer sem figura de juizo, ha de ser espaçada até vinte dias: = por quem hão de ser impostas as penas de morte natural, ou civil, de infamia e degredo: = como o juiz não tem arbitrio nas penas legaes, nem na sua applicação, se a lei expressamente lh'o não concede: = como todo o que tomar alguma coisa por auctoridade propria, a deve perder para o possuidor, se for sua, e, não o sendo, perder outro tanto; = e de como o que pretende vingar a sua injuria, perde o direito de a proseguir; menos no caso de defesa natural e inculpavel, etc.*

Basta esta simples enumeração para se conhecer, que todos estes artigos, ou quasi todos tem o seu assento proprio e privativo no Codigo Criminal. Havendo-se declarado nas Provas, *que era pouco o que aqui se dizia destas cousas*, accrescenta-se logo: *que o que faltava, que era muito, pertencia ao Codigo Criminal*. Se assim é, porque se não reservou para elle esse pouco, que aqui se disse? Que necessidade havia de cortar e retalhar esta materia, e lançal-a por diversos lugares, tão espalhados e distantes uns dos outros, tendo toda ella assento proprio no Codigo Criminal? Isto quanto á incompetencia do Titulo. Passemos a outras cousas.

Este Titulo é em grande parte mais doutrinal, que legislatorio: porque em muitos de seus §§. é escripto, quanto me parece, em fôrma de prelecções academicas; contendo muitas definições, divisões e exposições doutrinaes em feição mais de livro de principios e elementos, do que de leis; mais como um tractado didactico e scientifico de jurisprudencia, do que um corpo de legislação: não que estas cousas não possam entrar algumas vezes nas leis; mas é necessario, que entrem de maneira, que mais se supponhão sabidas, do que se expliquem; que se trabalhe, pelo dizer assim, sobre estes dados, e supponha já tudo feito em obra, e reduzido a lei; porque um é o modo, com que falla o

jurista, outro o legislador : um ensina, o outro manda. (Vid. Felice tom. VIII. p. 554.)

O legislador dos Hebreus e os decemviros são modelos nesta parte; as suas leis são mandamentos positivos; a sua fórmula é imperativa. E com effeito deve ser uma regra geral, que tudo o que entrar na legislação, seja por mandamento e lei: ora as definições, divisões e explicações das cousas são principios, são theses, são themas, são regras doutrinaes; mas não são leis.

Se notárão isto no corpo de Direito Romano, no Código da Prussia, e em outros mais, Mr. de Olivier na sua obra *da reformação das leis civis* tom. II. p. 10., o novo auctor das *Leis municipales de Languedoc*, a Imperatriz da Russia na *Instrucção para o Código* §. 437. p. 10., Mahly nas *Observações sobre o governo dos Estados-Unidos da America*, Bielsfeld nas *Instituições politicas*, e outros muitos,

O que tenho dito nesta parte, poderá ficar servindo de fundamento a outros reparos, que talvez terei ainda de fazer em alguns Titulos deste Código, em que for transcendente este estilo doutrinal.

## A' RUBRICA.

### *Dos juizos e penas.*

Not. A rubrica deste Titulo parece ser defeituosa em seus termos:

1.º Porque denota uma cousa, que propriamente se não tracta no Titulo.

2.º Porque não abrange toda a materia do Titulo.

Quanto á primeira parte, esta rubrica *dos juizos e das penas* parece inculcar, que aqui se tracta, como em lugar proprio, do estabelecimento e ordem do processo civil e criminal; porque isto é o que naturalmente indicão as palavras *juizos e penas*. Com tudo neste Titulo não se tracta dos juizos, mas da jurisdicção, expondo-se nelle, como materia capital, os direitos magestáticos, que tem os summos imperantes ácerca dos

juízos e das penas, isto é, de como nelles reside o poder judiciario e executivo; os direitos dos magistrados e officiaes, que exercitão este poder em seu nome, ou sejam civis, ou criminaes; e as noções genericas da natureza e especies de sua jurisdicção e auctoridade em geral. Ora nenhuma destas cousas se pôde entender precisamente comprehendida debaixo da inscripção restricta e especifica de *juízos e penas*; termos, que denotão não a jurisdicção, mas o juízo; não o poder judiciario e executivo, considerado em si mesmo e nas pessoas, que o tem, como aqui propriamente se considera, mas posto já em acto e exercicio, do que se não tracta neste Titulo, mas só no livro III. e V., aonde por isso mesmo de necessidade deve apparecer outra vez esta rubrica *dos juízos e das penas*. É necessario distinguir estas cousas, para se dar a cada uma dellas o seu proprio lugar. O poder judiciario, como adverte, entre outros, Boehmero, em quanto denota o direito, chama-se *jurisdicção*; e em quanto denota o mesmo exercicio deste poder, chama-se *juízo*. (*Exercit. ad Pand part. spec. lib. II. C. VII. not. ad §. 10. p. 236.*) É logo claro, que tractando-se neste Titulo da jurisdicção, e não do juízo, vem a rubrica a denotar uma cousa, que se não tracta no Titulo.

Pelo que toca á segunda parte, a rubrica *dos juízos e penas* não abrange toda a materia deste Titulo; por quanto nelle se tracta tambem, como já notei, da materia geral dos officios e cargos publicos, não só de justiça, mas tambem de fazenda, e dos mesmos, a que não está annexo o poder judicial, ou executivo; pois que nelle se falla *da natureza destes officios; do direito dos filhos na successão aos officios dos pais; da natureza graciosa de sua data e provimento; como se não podem vender, renunciar, ou dar de propriedade, ou serventia; como se hão de prover nos filhos maiores*, etc. Ora é tambem claro, que esta materia, ou pelo menos a maior parte della, não se pôde entender comprehendida debaixo da rubrica geral dos juízos e penas; donde vem que a rubrica não abrange toda a materia deste Titulo. Por tanto esta rubrica parece ser defeituosa nos seus termos.

## AO PROEMIO.

*Texto.*

*O poder judiciario reside na pessoa do imperante, que é o supremo magistrado.*

*Censura.*

Not. I. Este proemio contém um principio geral de Direito Publico universal, que por isso mesmo cumpria que mais o propozesse e estabelecesse o publicista, que o legislador. De mais este Codigo não é um corpo de Direito Publico da nação, como tantas vezes se tem dito; e por outra parte é principio certo, que a nossos Principes competem todos os direitos majestaticos, por ser o seu imperio puramente monarchico, e não mixto. Logo deve aqui suppôr-se e dar-se como sabido este principio.

Not. II. Ainda propondo-se aqui este principio, convinha que o legislador o accommodasse a si mesmo, e não fallasse indefinidamente, e em termos vagos e genericos, como se promulgasse um Codigo de Direito Publico universal para todos os imperios. É defeito em um Codigo nacional propôr as leis nesta fôrma geral e indefinida, e á maneira de regras scientificas e commúas a todas as nações; defeito, que acho mui geral e transcendente neste Codigo. A regra é, que tudo o que o Principe disser, deve ser de si e de seus vassallos; deve ser já accommodado e applicado ao seu imperio.

Not. III. Pelo que toca á doutrina deste preambulo, julgo, que este §. necessita de algum retoque. É certo, que na pessoa do Principe reside o poder judiciario, como aqui se diz; e é certo tambem por consequencia, que elle é o primeiro magistrado: mas que quer isto dizer? Que o throno deve ser o tribunal, em que se julgue das causas? Que o Principe deve exercitar este poder? Que deve ser elle mesmo o juiz, que applique as leis aos factos, que julgue por si mesmo, e absolva, ou condemne os seus vassallos? O Principe o pôde fazer, se

attendermos unicamente em geral e em abstracto aos direitos da soberania, que comprehendem necessariamente este poder. E com effeito no principio dos imperios, em quanto os estados erão pequenos e pouco povoados, em quanto os reinos erão militares, em quanto a constituição se não aperfeçoou, em quanto finalmente se não creárão e fixárão os diversos magistrados civis, os Reis costumavão exercitar por si mesmos o poder judiciario debaixo de qualquer fórma, que fosse. (Heineccio a *Pufendorfio* Liv. II. C. VII. §. 4. p. 238.)

Mas por ventura no estado, em que estão hoje as nações, será conveniente, que o Principe exercite por si mesmo este poder? Será util á república, que o exercicio da magistratura corra pelas mesmas mãos, em que está o poder legislativo e executivo? Os escriptores mais sabidos, que tem tractado da sciencia da legislação e do governo, tem sempre considerado, como um grande mal no Estado, o ser o Principe legislador e juiz:

1.º Porque pela reunião do exercicio effectivo dos dous poderes em uma mesma pessoa se vem a formar um poder temeroso e formidavel aos cidadãos; que não pôde facilmente admittir limites e balizas; de que por isso mesmo se pôde abusar em grande damno da república, franqueando-se a porta ás paixões, á intriga, á caballa, á seducção, á injustiça, á oppressão e á tyrannia; podendo succeder muitas vezes, que a mesma pessoa, que reúne o exercicio dos dous poderes legislativo e judicial, venha a dar arbitrariamente as leis, para as applicar depois tão arbitrariamente, como as fez; de que resultaria não haver mais na nação nem liberdade, nem segurança, unicos bens, que ella se propoz, quando se unio em sociedade.

2.º Porque a applicação das leis aos factos, em que consiste o exercicio do poder judiciario, demanda profunda theoria de direito; e exige na prática indagações longas e miudas, para realizar a existencia dos casos, e verificar as circumstancias, que os acompanhão e qualificação: e os multiplicados e penosos trabalhos, que tem os Principes na administração geral do Estado,

não lhes dão tempo nem para adquirirem a sciencia consummada dos jurisconsultos, nem para se entregarem a estas indagações e cuidados do exercicio da magistratura.

3.º Porque o Principe, julgando por si mesmo, ficaria mais sujeito á illusão e ao erro, do que um corpo de magistrados, que fazem a sua unica profissão do estudo e applicação práctica das leis; e julgando consequentemente em ultima instancia, privaria os vassallos da suave esperanza de poderem achar em um juizo a justiça, que não haviam conseguido em outro. (*Principes de la législation* p. 12 e 13.)

4.º Porque em todos os casos, em que houvesse multas pecuniarias; confiscações, etc., o Soberano seria juiz e parte, pois que estas penas se tornariam em seu proveito. (*Bielfeld*.)

5.º Porque os vassallos terião que soffrer gravissimos incommodos na delonga inevitavel, que necessariamente haveria na expedição das suas causas, (*Bielfeld* 153.)

Por estas e outras razões, que se podem vêr em Filangieri na *Sciencia da legislação*, em Bielfeld nas *Instituições políticas*, no auctor dos *Principios da legislação universal*, etc., e outros muitos, é que todas as nações civilizadas conspirarão, como por um mutuo conselho e deliberação, em crear magistrados, que fossem como corpos fixos e intermedios entre o Principe e os povos; que fossem os depositarios das leis, e os juizes da conformidade ou desconformidade, que tivessem com ellas as acções dos vassallos; conhecendo todas pela longa experiencia de muitos males, que convinha em favor da segurança publica, que o exercicio do poder judiciario estivesse separado do poder legislativo e executivo no facto, e não no direito; que os Principes se servissem no exercicio deste poder do órgão de seus ministros e tribunaes, para que, conservando-se aos Principes a independencia, que lhes dá a constituição do Estado, elles não podessem todavia illudir a lei, e dispôr arbitrariamente da fortuna, da honra e da vida dos cidadãos. Isto reconhecêrão nossos maiores logo nos pri-

meiros tempos da monarchia; porque ou as causas se tractassem perante o Principe, ou perante os senhores das terras, que tinham jurisdicção civil e criminal, sempre o conselho ou dos ricos-homens ou dos homens bons era o tribunal, que julgava das causas, e fazia justiça debaixo da presidencia do Principe, ou dos senhores territoriaes.

Mas se isto assim é, que quer dizer o principio geral, que communmente se propõe, que o Principe é o primeiro juiz, o juiz soberano, o juiz nato de seus povos? Que quer dizer residir na pessoa do Principe o poder judiciario, e ser elle o primeiro magistrado da nação? Quer dizer, que elle é o centro de todo o poder judiciario; que d'elle pende a escolha dos magistrados; que d'elle emana toda a jurisdicção, que elles tem; que elles são ministros, que exercitão este poder, não por uma auctoridade pessoal e propria, mas sim por uma emanação da auctoridade do Principe; que julgão por elle, e em seu nome, debaixo de suas leis, debaixo dos seus olhos, e, se elle quer, debaixo de sua mesma presidencia pessoal; que a elle ha sempre o ultimo recurso nos casos importantes, não que elle deva julgar por si, o que o poria a cada instante em risco de fazer injustiças, e reduziria a nada a auctoridade dos tribunaes, mas porque ou deve dar novos juizes, ou estabelecer um tribunal immediato a si, composto de magistrados os mais respeitaveis da nação, que julguem os negocios, que se apresentarem ante o seu throno; que elle em fim é o magistrado executor, que com summo imperio manda executar a sentença da lei. (Filangieri l. 163.)

Se isto assim é, o Principe tem em si o poder judiciario, como proprio; os magistrados, como delegado: ao Principe compete este poder, pelo dizer assim, no direito; aos magistrados no facto: o Principe tem a soberania deste poder; os magistrados o seu uso e exercicio. Quem for medianamente instruido nos principios de Direito Publico, e souber, que os direitos majestaticos do Principe não deixão de ser taes pela limitação, que podem ter na maneira de se exercita-

rem, não me attribuirá aqui sentimentos contrários á soberania e independência dos Príncipes.

Lógo, em consequencia deste estabelecimento e economia politica do Estado, aos Príncipes ficou pertencendo a propriedade e o regulamento do poder judiciario; aos magistrados o seu exercicio: logo parece, que se não devia dizer vagamente, e sem alguma distincção entre o direito e o facto, entre a propriedade e o exercicio, que ao *Príncipe compete o juizo ácerca da imputação das acções dos vassallos; e conhecer e julgar, se erão conformes á lei e norma*. Mas disto fallarei ainda ao §. 21. e 24.; por ora devo concluir, que a sentença deste §. necessita ainda de algum retoque, pelo qual, sem se tirar ao Príncipe o seu direito immanente e proprio, se entenda ao mesmo tempo, que o exercicio d'elle se acha depositado nas mãos dos magistrados.

#### *Texto.*

*A quem compete o juizo ácerca da imputação das acções dos seus vassallos, e o direito de conhecer e julgar, se são, ou não, conformes á lei e norma, que lhes prescreveo.*

#### *Censura.*

Not. I. *Competir o juizo ácerca da imputação das acções* é o mesmo que dizer — *competir o juizo ácerca do juizo*. A *imputação* e a applicação da norma ás acções humanas livres, ou a applicação da lei ao facto livre do homem; de maneira, que toda a *imputação* é um raciocinio, em que se comprehendem duas cousas: 1.<sup>a</sup> a comparação do facto alheio e de todas as suas circumstancias com a lei; 2.<sup>a</sup> a declaração do merecimento do facto, pelo qual se merece ou desmerece o effeito, ou bom ou máo, proposto pela lei. Por tanto a *imputação* é juizo; e dizer que — *compete o juizo ácerca da imputação* é dizer que — *compete o juizo ácerca do juizo*.

Not. II. *Competir o juizo ácerca da imputação das acções dos vassallos, e — competir o direito de conhecer e julgar, se são, ou não, conformes á lei, são expressões e*



clausulas, que significão o mesmo; pois que a imputação das acções não é outra cousa, do que o juizo, que se faz da conformidade, ou desconformidade das acções com a lei. (Veja-se Daries na *Observação* 42. p. 72., e no seu *Direito natural*, e Boehmero *J. P.* p. 237., e o mesmo compilador nas suas *Instituições de direito patrio* no tom. I. tit. II. §. 1. p. 10.) Para que é logo amontoar expressões desnecessarias, em que se repete o mesmo pensamento, e que só servem de engrossar o volume doCodigo, e não de formar ou declarar a sentença de lei? Em qualquer obra é grande defeito a redundancia; maior ainda em uma obra de legislação.

Not. III. *Conformes á lei e norma.* A *norma* é a vontade expressa do legislador, que manda ou prohibe ao homem certas acções sob comminação de pena. A *norma* pois é a regra das acções humanas; e esta *norma* é que chamamos lei. Por tanto *lei e norma das acções* dos subditos é o mesmo; logo dizendo-se *conformes á lei* é superfluo acrescentar *e á norma*.

## AO §. I.

### *Texto.*

*E da mesma sorte o poder de impôr penas aos infractores das suas leis, e determinar prémios aos que as guardão, e cumprem as suas outras obrigações. E são estes os dous fundamentos, que sustentão em boa paz e harmonia o corpo politico do Estado.*

### *Censura.*

Not. I. Digo deste §. o mesmo, que já disse da doutrina do preambulo; porque vem a ser desnecessario e incompetente propôr e fixar os direitos majestaticos do Principe sobre as penas e os prémios em umCodigo, em que, segundo as idéas do compilador, se não tracta senão de leis meramente civis. Em umCodigo desta natureza o Principe só deve determinar as

penas, e destinar os prémios a seus vassallos, sem se encarregar de dizer, quaes são os direitos, por que o póde assim fazer.

Not. II. *E da mesma sorte.* Acho que não são necessarias aqui estas palavras.

Not. III. *O poder de determinar os prémios.* No decurso deste Titulo só se tracta de cousas pertencentes ás penas, ou aoCodigo Criminal, e não aos prémios; nem desta materia se falla nesteCodigo, senão muito a diante no Titulo XLVIII. *dos serviços e mercês.* Logo não havia motivo para se propôr aqui este artigo do poder, que tem o Principe, de determinar prémios aos benemeritos, uma vez que disto se não tinha de fallar no decurso deste Titulo. Por tanto julgo, que este logar é aqui fugitivo e deslocado.

Not. IV. *Aos que as guardão (as leis), e cumprem as suas outras obrigações.* Os prémios não são destinados precisamente para os que guardão as leis do reino, e cumprem as mais obrigações, porque até aqui estão obrigados os vassallos de direito perfeito, como subditos do imperio; mas sim e tão sómente aos que as cumprem de um modo muito util e vantajoso ao bem do Estado, isto é, aos que em seus cargos e ministerios fazem serviços ou extraordinarios, ou muito uteis ao Estado, e como taes mui dignos de recompensa. (Vid. Heineccio *Elem. jur. nat.* p. 271. not. ao §. 154.) O mesmo compilador desteCodigo no Titulo XLVIII. *dos serviços e mercês*, e nas suas Provas sómente destina os prémios *aos que fizerão serviços interessantes á Corôa, ou ao Rei, Principe e Infante, como taes; aos que servirão bem, e desempenhárão com louvor e satisfação as suas obrigações, e se distinguirão notavelmente, e aproveitárão ao publico*, etc. Logo seria bom retocar este §., qualificar mais este direito, e graduar aqui em geral o merecimento, que deve ser objecto dos prémios e remunerações do Principe.

Not. V. *E são estes os dous fundamentos, que sustentão o corpo politico do Estado.* Já disse, que tudo o que entra na legislação, deve ser mandamento e lei; e não o é por certo o que se contém neste periodo. Esta senten-

ca é meramente doutrinal, e por isso mais própria em uma obra scientifica, do que em um Código, pelas razões, que já dei. De mais, creio, que se não pôde dizer precisamente, que os dous poderes judiciario e executivo são os dous fundamentos, que sustentão o corpo politico do Estado, como denotanto por este modo, que não tem outros fundamentos mais do que estes dous; porque bastaria reflectir, que ao poder judiciario e ao executivo precede o poder legislativo, sem o qual não podem elles jámais subsistir; e que este é por consequencia o primeiro e principal fundamento do corpo politico do Estado. O mesmo compilador no preambulo do *Titulo II. das leis e do costume* poz como principio e fundamento, que *a felicidade publica e particular dos vassallos se não podia conseguir, senão por meio das leis*: por consequencia, segundo elle mesmo, não só o poder judiciario e executivo, mas o mesmo poder legislativo de necessidade se ha de haver por um dos fundamentos da paz e harmonia do corpo politico do Estado. Demais o direito da policia e da economia civil do Estado, o direito militar, e em uma palavra todos os direitos majestaticos, que competem á soberania dos Principes, não são outros tantos fundamentos, que sustentão o corpo da républica, e concorrem para firmar a sua paz e harmonia?

Parece que o compilador teve aqui em vista a doutrina geral de que as penas e os prémios, ou a dôr e o prazer, erão os dous principaes agentes e forcas motrizes, que fazião obrar os homens; e que o legislador devia usar destes recursos na direcção da machina politica do Estado. Mas uma coisa é dizer, que as penas e prémios são dous estímulos, que movem e determinão os homens; outra coisa é dizer, que o poder judiciario, e o poder de impôr as penas e dar os prémios são os dous fundamentos da républica.

Not. VI. *Em boa paz e harmonia*. Bastaria um destes dous nomes.

## AO §. 2.

*Texto.*

*Exercitão este poder em o nosso Real nome os juizes e magistrados de nossos reinos, os quaes, ou por si sós, ou collegialmente nos tribunaes e relações dizem de direito, decidem e julgão as dúvidas, pleitos e contendas entre os nossos vassallos.*

*Censura.*

Not. I. *Os juizes e magistrados.* Entre nós não ha differença, segundo eu ouido, entre juizes e magistrados, como havia entre os Romanos. (Hubero Lib. II. Tit. I. §. 34. p. 573 e 574., Heineccio *Recitat. ad Lib. IV. Tit. XVII. §. 3. p. 478.*, Daries *observação p. 140.*) Por consequencia: 1.ª fica a oração redundante, o que muito se deve evitar no Codigo pelas razões, que já dei: 2.ª fica a oração equívoca, podendo dar occasião a se entender, que juizes e magistrados são officios entre si diversos: 3.ª não concorda com a clausula do §. seguinte, aonde se tomão juizes por magistrados, dizendo-se *a jurisdicção e auctoridade destes juizes.*

Not. II. O poder, que aqui se diz que exercitão os juizes e magistrados, é o que se havia proposto immediatamente no preambulo deste Titulo, e no §. 1.º, a que claramente se refere. Ora no preambulo e no §. 1.º haviam-se proposto tres direitos do Principe: 1.º O direito *judiciario*. 2.º O direito *coactivo*, ou de impôr as penas. 3.º O direito de determinar os *prémios*. Com tudo o poder, que exercitão os magistrados não comprehende todos estes direitos: 1.º porque nelle se não contém o direito de impôr as penas; o compilador parece haver confundido o direito de impôr as penas, e o direito de julgar criminalmente: os magistrados, exactamente falando, não exercitão o direito de impôr as penas, porque só o Principe exercita este poder, que é coactivo; elles só tem o juizo criminal e judicial; e convinha, que estas cousas se propozessem claramente: 2.º porque

neste poder dos magistrados não se contém o direito de distribuir prémios aos benemeritos, a tomar a palavra = *prémios* = no seu rigoroso sentido, como parece que aqui se toma, e na conformidade do Título XLVIII. e não na simples noção de graças e dispensas; antes a regra geral, que nelle se dá no §. 20 e 21., é que os prémios e mercês, que se fizerem aos benemeritos, serão inteiramente regulados pelo Real arbitrio do Príncipe, e que os tribunaes sómente o consultarão, e assim mesmo sobre a justificação dos serviços, e não sobre o genero, ou modo de recompensa. Esta é a mesma doutrina, que o compilador havia proposto nas suas elegantes *Instituições de direito patrio* . . . §. 4. p. 31.; donde, se os magistrados não tem este direito, segundo os principios desteCodigo, como se pôde dizer com tanta generalidade, e como por via de regra, que os juizes e magistrados exercitão este poder, de que antes se havia fallado, isto é, não só o poder judiciario e o de impôr penas, mas tambem o poder de determinar prémios?

Not. III. *Por si sós, ou collegialmente.* Este ultimo vocabulo mais o quizera no estilo didactico, que no legislatorio. Eu diria: *cada um per si, ou juntos.*

Not. IV. *Dizem de direito, decidem e julgão as dúvidas, pleitos e contendas entre os nossos vassallos.* Parece-me, que tudo isto se podia dizer em menos palavras: se se dissesse = *administração justiça,* = comprehendia-se tudo.

Not. V. Do modo, por que aqui se falla, vem a omitir-se uma parte muito importante, qual é a decisão das causas crimes, em que, por não haver accusador, se procede por parte da justiça; pois que não se pôde dizer desta com propriedade, que são dúvidas e pleitos entre os vassallos.

Not. VI. *Decidem e julgão.* Bastaria dizer = *julgão;* = porque o mesmo é julgar, que decidir.

Not. VII. *As dúvidas, pleitos e contendas.* Bastaria tambem usar de um só destes tres vocabulos, ou, quando muito, de dois.

Not. VIII. Desde o principio deste Título até aqui

se se havia fallado do poder judiciario criminal, e não do poder judiciario civil; agora porém se muda de hypothese: cumpre evitar esta incoherencia e inconstancia.

### AO §. 3.

#### *Texto.*

*A jurisdicção e auctoridade destes juizes, a quem confiamos a porção mais nobre da nossa soberania e majestade, consta dos regimentos especiaes, que temos mandado fazer; e como estes mais facilmente podem admittir mudança e alteração, queremos, que andem separados desteCodigo.*

#### *Texto.*

*A jurisdicção e auctoridade destes juizes.*

#### *Censura.*

Not. Dizendo-se *jurisdicção*, parece inutil accrescentar-se *auctoridade*; a palavra *jurisdicção* comprehende tudo; e muito mais segundo os principios e noções, que adiante se dão deste termo: o mesmo compilador se contentou de dizer tão sómente *jurisdicção* no §. 6. adiante.

#### *Texto.*

*A quem confiamos a porção mais nobre da nossa soberania e majestade.*

#### *Censura.*

Not. I. *Soberania e majestade* também significão aqui o mesmo; por tanto bastaria um só destes dous vocabulos.

Not. II. Esta clausula parece desnecessaria, porque já no §. antecedente se havia dito o mesmo: = *Exercitão este poder judiciario e executivo em nosso Real no-*

*me os juizes e magistrados.* = E é o mesmo dizer = *que os magistrados exercitão este poder no Real nome do Principe* = que dizer *que aos magistrados confiou o Principe esta porção da sua soberania e majestade*; e quando se quizesse amplificar o pensamento, e dar-lhe mais este realce, deveria ser no dito §. 2., dizendo-se, por exemplo: *Exercitão este poder em nosso Real nome os juizes e magistrados, a quem confiamos esta porção da nossa soberania e majestade.* Alli tinha bom lugar esta clausula, pois se fallava da dignidade dos magistrados, que convinha realçar com alguma expressão sublime e nobre; mas posta neste §. 3., em que só se falla simplesmente dos regimentos, donde consta a sua jurisdicção, sobre ser fóra de seu logar nativo, vem já um pouco tarde, e em parte, aonde já não póde fazer todo o seu effeito.

Not. III. Não me parece bem dar aqui ao poder judicial e executivo o character da *porção mais nobre da soberania e majestade*. Creio que a razão, que houve para isto, foi a que se aponta nas Provas, em que se diz expressamente *que o poder judiciario, que reside na pessoa do Principe, é o principal direito majestatico*; com tudo esta razão: 1.º não é exaeta; porque se não póde negar, que o poder de legislar é um direito majestatico tão principal e capital, que é a base e fundamento do mesmo poder judiciario e executivo: 2.º contraria os mesmos principios do compilador, que no §. 1. das Provas do Titulo II. havia proposto este principio, *que o poder de legislar era o principal direito majestatico, de que nascião todos os outros, e por elle se devia principiar*; e o mesmo diz nas suas *Instituições*, reprehendendo a Ruy Fernandes por não metter entre os artigos dos direitos Reaes (entendendo, que o mesmo erão direitos Reaes, que majestaticos) o direito de fazer leis: *= omittit enim inter alia jus condendarum legum, quod primum et praecipuum est* = (*Inst. jur. civ. lusit.* Liv. I. not. ao §. 3. do Tit. I. p. 4.); item: *= Legum condendarum potestati proxima accedit judiciaria* = (*Tir. II. de judiciis* §. 1. not. p. 10.). Se o poder legislativo no Titulo antecedente era o principal direito majestatico, como se diz

agora nesteTitulo , que o é o direito judicial e coactivo? Se do direito de legislar nascem todos os direitos , como se põe agora o judicial e o executivo pelo principal dos direitos majestaticos ? Não houve pois razão para se dar a denominação de *porção mais nobre da soberania e majestade* mais a este direito , do que ao outro.

*Texto.*

*Consta (a jurisdicção e auctoridade destes juizes) dos regimentos especiaes , que temos mandado fazer.*

*Censura.*

Not. Já notei nas observações ao Plano , que convinha muito que entrasse no Codigo a legislação dos magistrados , e fizesse a principal parte e ornamento d'elle , como havia já feito nas tres compilações anteriores. Um corpo de direito , e mais ainda de Direito Publico , como se intitula este Codigo , sem a parte dos magistrados é como uma estatua mutilada e sem cabeça.

*Texto.*

*E como estes (regimentos) mais facilmente podem admittir mudança e alteração , queremos , que andem separados deste Codigo.*

*Censura.*

Not. I. *Mudança e alteração* : bastaria um destes dous vocabulos.

Not. II. Parece-me desnecessario dar aqui a razão da ordenança deste §. , porque , como já tenho notado muitas vezes , em um Codigo não se deve seguir o estilo de dar as razões das leis.

Not. III. A mesma razão , que se dá , de que os regimentos podem admittir mais facilmente alteração , não me parece em tudo exacta , conforme o systema do compilador : neste Codigo não entra a legislação dos



magistrados, como entrava no livro I. das tres compilações; mas vai tudo o que pertence a esta parte nos regimentos especiaes, que se mandão fazer e separar deste Codigo. Sendo isto assim, vem a comprehender-se nos regimentos não só as cousas miudas, accidentaes e variaveis da magistratura, que podem vir a alterar-se pela successão dos tempos; mas tambem as mesmas essenciaes e fundamentaes, que devem ser fixas, perpetuas e invariaveis, como é, por exemplo, a distribuição e ordem dos magistrados; a sua graduação e subordinação respectiva; a natureza, condição e limites de suas jurisdicções; as qualidades, que hão de ter os magistrados, etc.; ora destas cousas não se pôde verificar a razão, que se dá, de *admittirem mudança e alteração mais facilmente*, que as outras partes capitaes da legislação: donde cumpria não fallar tão vagamente e com tanta generalidade desta mudança e alteração dos regimentos.

Not. IV. Ainda que dos regimentos se podesse dizer indefinidamente, que admittião mais facilmente mudança e alteração; todavia não convinha annunciar isto aos povos. A lei deve representar sempre, quanto for possível, o character de perpetuidade, porque isto pede a justiça e razão, em que se suppõe fundada, e a utilidade pública, que se espera della. Isto é o que mais inspira no coração dos homens o amor, o respeito e a submissão á lei; e o que a faz sagrada aos povos. Toda a idéa, que se dêr aos subditos, de que as leis são mudaveis, e se tem successivamente de alterar, como providencias interinas e momentaneas, envilece a legislação, e diminue a sua força e auctoridade. E se isto se deve acantelar em todas as leis em geral, muito mais nas que tocão aos magistrados e á ordem de suas jurisdicções; porque de seu estabelecimento fixo e inalteravel é que os cidadãos confião a boa administração da justiça e a segurança de todos os seus direitos reaes e pessoais.

Not. V. Diz-se nas Provas, que seria eterno este Titulo, se se houvessem de incorporar nelle os regimentos; mas não ha necessidade de recolher neste

Codigo todas as cousas miudas e circumstanciadas, que podião ficar em regimentos: 2.º tambem a não ha de compilar tudo em um só Titulo, mas antes dever-se-hia fallar disto em muitos Titulos, e ainda occupar com elles um só Livro, se assim fosse necessario, como se havia feito nas tres compilações anteriores.

#### AO §. 4.

##### *Texto.*

*Mas em quanto se não publicação, interinamente ordenamos.*

##### *Censura.*

Not. Acho que neste Codigo não devem entrar providencias interinas, que vem depois a acabar e a ficar superfluas e antiquadas no corpo da legislação: bastaria que se advertisse isto no prologo, ou lei de confirmação deste Codigo. Além disto as providencias interinas são mais decretos provisionaes, do que leis; e por isso é melhor que se publiquem separadamente, e não entrem na compilação do Codigo. Acrescentarei ainda que as mesmas razões, que pouco acima apontei ao §. 3. para se não proporem aos povos como mudaveis os regimentos dos magistrados, mostram igualmente, que se não devem propôr no Codigo providencias interinas, que hajão de cessar, ou de ter mudança dentro em pouco tempo.

##### *Texto.*

*Ordenamos, que os tribunaes e relações, os desembargadores do Paço e todos os outros ministros.*

##### *Censura.*

Not. Depois de se dizer = *os tribunaes e relações*, = é redundante accrescentar = *e os desembargadores do Paço*, = que já ficão comprehendidos debaixo do nome

de tribunaes : e se se quiz especificar estes , porque se não especificarão os outros ?

*Texto.*

*E todos os outros ministros e officiaes de justiça e fazenda.*

*Censura.*

Not. I. Parece, que neste Titulo só se tracta propriamente dos ministros e officiaes de justiça ; porque só destes é que se podem verificar as disposições dos §§. antecedentes ; só destes se pôde dizer, como se diz neste Titulo, que *exercitão o poder judiciario, ou o direito de fazer juizo acerca da imputação das acções dos vassallos ; e o direito de conhecer e julgar, se são, ou não, conformes á lei e norma, que se lhes prescreveo ;* só destes se pôde verificar, que *exercitão o poder de impôr penas aos infractores das leis, etc.* Pelo que parece, que ou se não devia fallar aqui de ministros e officiaes da fazenda, ou alias, que se deveria ter fallado a principio do poder, que exercitão os ministros e magistrados mais amplamente, e de maneira, que depois se pudesse fazer a applicação competente aos da fazenda.

Not. II. A fallar-se aqui dos regimentos e officiaes da fazenda, porque se não comprehendêrão tambem os da policia e das diversas repartições da economia civil, os militares, etc., pois que todos devem usar interinamente dos regimentos, que tem, em quanto se não concluem os que se tem mandado fazer.

*Texto.*

*Assim da nossa Corte e cidade de Lisboa como das provincias e conquistas.*

*Censura.*

Not. Era mais breve dizer = *de nossos reinos* : = assim

se havia dito no §. 2. deste mesmo Título = *Exercitão este poder em nosso Real nome os juizes e magistrados de nossos reinos*; e assim se diz tambem ao diante no §. 6. = *os ministros e officiaes de nossos reinos*. E se nestes dous §§. se não fez a enumeração especifica de côrte e cidade de Lisboa, e de provincias e conquistas, fallando-se nelles dos magistrados, que exercitão o poder judiciario e executivo no Real nome do Principe, para que é fazel-a agora, quando se tracta tão sómente da simples remessa para os regimentos, que elles devem interinamente guardar?

*Texto.*

*Usem e se sirvão dos regimentos.*

*Censura.*

Not. Bastaria um destes dous verbos : cumpre poupar palavras em umCodigo, que deve ser preciso e breve, como já tenho notado.

*Texto.*

*Dos regimentos incorporados na collecção ultima das Ordenações.*

*Censura.*

Not. I. Ha alguns magistrados e tribunaes, cujos regimentos não estão incorporados na collecção ultima das Ordenações, ainda sendo anteriores; outros não o forão, porque a sua creação foi posterior; outros, porque se julgou, que a natureza de seu cargo pedia, que os seus regimentos se não divulgassem: logo seria mais exacto dizer geralmente, que usassem dos regimentos, que actualmente tinhão; alias vem alguns magistrados a ficar sem regimentos.

Not. II. O logar proprio desta disposição era no Título antecedente *das leis e costumes* no §. 18., porque nelle se tractou da observancia e vigor, em que fica-

vão as Leis e Ordenações anteriores a este novo Codigo nos casos nelle omissos.

*Texto.*

*E que observem , isto é , os regimentos.*

*Censura.*

Not. Depois de se haver dito = *ordenamos* , *que usem e se sirvão dos regimentos* , = sendo já redundante dizer = *usem e se sirvão* , = muito mais o é accrescentar *e os observem* ; por que o mesmo é mandar , que os ministros *usem e se sirvão dos regimentos* , que mandar *que os observem* .

*Texto.*

*E as leis novissimas tocantes a seus officios.*

*Censura.*

Not. Da observancia destas leis novissimas se devia tambem fallar no Titulo antecedente no §. 18. , como já notei a respeito dos regimentos.

*Texto.*

*Nos casos omissos.*

*Censura.*

Not. I. Uma vez que no Titulo antecedente no §. 18. se poz a regra geral de que nos casos omissos se devião guardar as Ordenações anteriores a este Codigo , é claro , que nelles se devem guardar por consequencia os regimentos , que são tambem ordenações. Pelo que parece escusada aqui esta clausula.

Not. II. Uma vez que se tem dito , que se havião mandado fazer regimentos especiaes , que havião de

andar separados deste Código, e que em quanto se não publicavão, se havião de guardar interinamente os que estavão incorporados na ultima collecção das Ordenações e as leis novissimas tocantes a elles; parece que se não devia acrescentar a clausula *nos casos omissos*, porque por ella vem a suppôr-se o contrario do que antes se havia dito, isto é, que neste Código entrava a parte da legislação tocante aos regimentos dos magistrados e officios publicos, que era a regra geral nesta materia; e que o recurso aos regimentos e leis novissimas só ficava subsistindo por via de excepção nos casos omissos. Por tanto devião supprimir-se os termos = *casos omissos*, = porque não parecesse, que o recurso aos regimentos e leis novissimas era excepção, e não regra geral, ainda que interina.

#### Texto.

*E em tudo o que não for contrario ás palavras e sentença.*

#### Censura.

Not. I. Por esta clausula vem a conceder-se abertamente a interpretação logica, que o compilador quiz muito deliberadamente recatar na presente legislação, sobre o que já fallei.

Not. II. Uma vez que se disse = *nos casos omissos*, = estava dito tudo; e o mais, que se acrescenta, é inutil, e até contradictorio: porque suppondo-se os *casos omissos*, não se pôde suppôr ao mesmo tempo, que ha leis neste novo Código, cujas palavras e sentença possam ser contrarias aos regimentos e ás leis novissimas, que se mandão guardar.

Not. III. Ainda suppondo, que nesta hypothese possa verificar-se contradicção entre os regimentos e leis novissimas e as deste novo Código, ou que o que aqui se diz, se deve entender, não das leis particulares deste Código, mas tão somente do espirito e systema geral delle; achio todavia, que esta operação de combinar os regimentos com as palavras e sentença da pre-

sente legislação, é uma operação complicada e exposta a muitos encontros e dificuldades.

## AO §. 5.

### *Texto.*

*Nas relações e tribunaes, onde para a decisão dos negócios se devem ouvir dous ou mais ministros, por evitar desordem e questões contrarias ao mesmo fim dos juizos, declaramos, que se ha de sempre julgar pela pluralidade dos votos, sem se attender e averiguar, se são os mais prudentes e sãos; por quanto esta escolha e liberdade só a nós é permittida.*

### *Censura.*

Not. I. Havendo de se tractar dos magistrados das relações e tribunaes fóra deste Codigo em seus competentes regimentos, segundo o systema do compilador, era mais natural e methodico, que no regimento de cada um delles se determinasse o modo de votar nos diversos casos de sua competencia, e que ahi se declarasse o numero de votos necessario para a decisão dos ditos casos. Nas Provas se diz, *que neste Titulo se não declara o numero de juizes, que se devem dar nas relações, segundo a diversidade e gravidade das causas; nem o modo da reducção dos seus votos.* Logo porque se fallou aqui da pluralidade dos votos? Porque se não reservou este artigo para delle se tractar nos regimentos, aonde devem ter assento proprio os mais artigos connexos com elle? Porque se não adoptou o methodo de nossos compiladores, que com muita razão e ordem fallarão do numero dos votos no livro dos magistrados no Titulo I. §§. 6, 7, 8, 9. e seguintes e no Titulo VI. do mesmo livro?

Acho pois que este logar é aqui fugitivo, e se deve reservar ou para os regimentos, segundo o systema do compilador, ou para o Livro I., ou outro qualquer lo-

gar, em que se deva tractar dos magistrados, na fôrma, que já notei nas reflexões ao Plano. Quando porém se conserve aqui este artigo, então será conveniente acrescentar-lhe o mais, que lhe pertence, para não vir a tractar-se duas vezes do mesmo assumpto, e não ficarem dispersos os artigos desta materia por diversos logares sem ligação e unidade, parte neste Código, e parte nos regimentos, ou n'outros titulos da legislação. Assim, por exemplo, deveria ajuntar-se o que pertence á redução dos votos nos feitos dos juizes, ou de tres ou de dous, na fôrma dos §§. 6, 7 e 8. do Título I. Liv. I., e da Collecção III. *dos Assentos da Casa da Supplicação n.º 1.*; o que pertence ao caso de empate, etc., que é tão summamente complicado e embaraçado, que facilmente se não entende: o que era melhor definir, para tirar dúvidas, do que dizer simples e vagamente, que se deve seguir a pluralidade de votos.

Not. II. Acho que este lugar não fica neste Título na sua ordem natural; porque esta pede que disto se falle depois de se haver fallado da jurisdicção e de suas especies.

*Texto.*

*Se devem ouvir dous.*

*Censura.*

Not. Não pôde haver pluralidade de votos no concurso de dous unicos juizes.

*Texto.*

*Por evitar desordem e questões contrarias ao mesmo fim dos juizos.*

*Censura.*

Not. I. É desnecessario dar aqui a razão disto: a dar-se alguma, seria melhor dizer, que era porque a pluralidade dos votos é a que se devia reputar a parte mais sã: porque 1.º seria difficil julgar, qual era a



parte mais sã ; 2.º porque sendo mais facil enganarem-se poucos, do que muitos, deve reputar-se, que a maioria dos votos tem a seu favor a melhoria, e que a unanimidade moral é a voz de todos.

Not. II. Não me lembro de achar em legislação alguma civil, que nos casos, em que votão simultaneamente ministros de igual graduação, e todos igualmente approvados pelo Soberano para julgarem certo genero de negocios, se devão pesar os votos em vez de se contarem. Este principio só se acha no direito canonico no titulo *De his, quae fiunt*, etc. A nossa Ordenação no Livro I. Titulo I. §§. 7 e 8. manda recorrer constantemente á pluralidade dos votos, excepto no caso do §. 6., em que não basta a pluralidade, e se requer de mais o vencimento de tres votos unanimes.

Not. III. Não sei que nesta parte se tenham suscitado controversias em nossas relações e tribunaes. E se nem ha legislação, que até aqui determinasse o contrario, nem tem havido questões sobre este ponto, para que é formalizar este §. de maneira, que pareça supôr-se nelle, ou que na redução dos votos se mandava attender aos mais prudentes e sãos, ou que nisto se excitavão questões contrarias ao mesmo fim dos juizos? Para que é supôr abusos, que não tem havido até agora; ou acautelar desordens, que não ha por ora razão de recear para o futuro, supposta a regra clara e geral da lei?

#### *Texto.*

*Por quanto esta escolha e liberdade só a nós é permitida.*

#### *Censura.*

Not. I. Não acho necessario propôr aqui este direito ou liberdade, que tem o Principe na escolha dos votos, maiormente sendo este Codigo, como tem protestado o compilador, um corpo de leis méramente civis impostas aos subditos, e não um corpo de Direito Publico constitucional, em que haja de se declarar, quaes são os direitos e liberdades, que competem ao Principe.

**Not. II.** Nesta materia deve assentar-se como uma regra fundamental, quanto me parece, que quando o Principe manda, que os magistrados consultem, então póde elle escolher entre os votos consultivos o que melhor lhe parecer; pois que então os magistrados não são juizes, são consultores, e fica na liberdade do Principe seguir, ou não, os seus pareceres. Quando porém manda que julguem, elle deve seguir a pluralidade dos votos; porque esta se reputa a voz de todos, e é uma unanimidade moral, que se ha de haver pela parte mais sã. Esta é uma das maximas mais inviolaveis e sagradas, que deve apparecer nesteCodigo; e convém que se proponha de maneira, que todos entendão, que ella é fundada sobre o calculo mais provavel da prudencia humana e da justiça; que nella se apoia a sabedoria, a rectidão, a segurança e a santidade e inviolabilidade dos juizos; que ella é necessaria para manter a ordem publica e os direitos dos cidadãos; que tem o character e divisa de perpetuidade pela grande razão e utilidade, em que é fundada; que a ninguem é dado alterar esta ordem, e desviar-se della um só momento. Este é o meio de fazer respeitaveis e sagrados os juizos da magistratura e do Principe; de inspirar confiança e submissão aos homens para com as sentenças, que ou os absolvem, ou os condemnão; e de segurar a cada cidadão por um modo mais conforme á razão e á prudencia humana os seus direitos e liberdades.

Do contrario é muito de recear, que se sigão para o futuro juizos arbitrarios, e todos os mais abusos e males, que podem encaminhar ao despotismo, sempre cruel aos povos, e nunca util aos mesmos Principes; porque com effeito, se ao Principe é dado fazer escolha dos votos mais prudentes e sãos, e seguir a menor parte em cousas de justiça, ser-lhe-ha dado rejeitar igualmente por sua propria auctoridade os juizos uniformes de todos os julgadores, e até de todas as instancias, por que houver passado o processo, e decidir de um modo inteiramente contrario. Porque, se o primeiro direito se funda na liberdade da escolha, que tem o Principe, e

esta no conceito, que elle fórma, da qualidade dos votos; que razão ha para poder rejeitar a maior parte, e seguir a menor como mais prudente e sã, e não poder rejeitar todos os votos, quando entender que não são sãos e prudentes? O fundamento é o mesmo; e se isto uma vez se concede, eis ali para o futuro o caminho aberto e franco aos abusos, ás injustiças, a um despotismo ultrajador das leis e dos magistrados. Se o Principe entende, que a maior parte dos votos é a menos sabia e recta, o remedio unico não é seguir a menor parte, ou tomar a si a escolha; é dar novos, ou mais juizes. Porém o compilador vai aqui no principio, que ao diante propõe no §. 23., que o Principe não está sujeito ás formalidades da lei: por tanto para então reservo fallar desta materia, e averiguar de que maneira se deve entender esta regra, e se ella pôde, ou deve ter logar em cousas tão essenciaes, como esta.

## AO §. 6.

### *Texto.*

*Os ministros e officiaes de nossos reinos todos tem jurisdicção maior ou menor na fórma de seus regimentos, que não poderão por modo algum exceder.*

### *Censura.*

Not. Este §. parece-me fugitivo, como os outros; porque pertence ao Titulo dos magistrados em geral, que deve ir de necessidade na cabeceira de todos os regimentos, ou alias ao diante no Titulo dos officios e cargos publicos.

### *Texto.*

*Os ministros e officiaes de nossos reinos.*

*Censura.*

Not. I. Aqui se falla em geral e indefinidamente de todos os ministros e officiaes destes reinos, e no §. 4. só se havia fallado dos officiaes de justiça e de fazenda. É necessario ir coherente, e fallar de maneira, que a legislação deste §. se entenda ou tão sómente destes dous generos de ministros e officiaes, ou de todos indistinctamente.

Not. II. Parece-me tambem, que a regra geral, que aqui se propõe, de que todos os ministros e officiaes tem jurisdicção maior ou menor, não é em tudo exacta. É certo que não ha official, que não seja pessoa publica, e a quem se não tenha commettido algum ministerio consagrado ao bem da sociedade; mas parece, que se não pôde dizer, que todos elles tem jurisdicção, por mais amplamente que se queira definir este termo. Ha duas especies de officiaes: uns tem o poder de mandar, e se chamão magistrados; outros, a quem se dirigem os mandados dos magistrados para os fazerem executar, e são simplicies officiaes. Uns e outros são pessoas publicas; o nosso Gama o diz em poucas palavras: *Quaedam officia consistunt in jurisdictione, quaedam in negotiis*. Assim, por exemplo, o porteiro e carcereiro são officios, que não tem annexa administração de justiça, ou jurisdicção, e só são méros ministros dos superiores, de cujo mando dependem.

Not. III. A mesma definição ou explicação da jurisdicção, que dá o compilador neste mesmo Título no §. 7. seguinte, prova isto claramente. Nello diz, que por jurisdicção se entende não só o mero e simples conhecimento, que compete ao magistrado em razão de seu officio, mas tambem o direito de mandar affixar editaes, lançar pregões, executar o julgado, prender os criminosos, e impôr penas e multas na conformidade das leis. Ora, segundo estas noções, parece que se não pôde dizer, que todos os officiaes tem jurisdicção maior ou menor; porque ha muitos, que não tem nenhum daquelles direitos, que se referem na exposição da jurisdicção.

## AO §. 7.

*Texto.*

*Por jurisdição se entende não só o méro e simples conhecimento de seu officio , mas também o direito de mandar affixar editaes , lançar pregões , executar o julgado , prender os criminosos , e impôr penas e multas na conformidade de nossas leis.*

*Censura.*

Not. I. Neste §. corre o mesmo estilo do methodo doutrinal , que já tenho notado nos §§. antecedentes.

Not. II. Parece que esta definição , que aqui se dá , da jurisdição vem já um pouco tarde , e fóra de seu devido logar ; porque acho que , a seguir-se o methodo doutrinal , era a primeira cousa , que se devia apresentar , antes que se fallasse no §. 3 e 4. dos regimentos , donde consta a jurisdição dos magistrados ; e antes do §. 5. , em que se tracta da pluralidade dos votos nos juizos das relações e tribunaes ; pois que antes de se fallar da maneira , por que se exercita a jurisdição , convinha declarar e definir o que ella era.

*Texto.*

*Por jurisdição se entende não só o méro e simples conhecimento , etc.*

*Censura.*

Not. I. Esta definição não se pôde accommodar a todos os actos da jurisdição voluntaria , pois que esta tem muitos , que não consistem propriamente no conhecimento da causa , como é constante não só em direito romano , mas em nossa mesma jurisprudencia , em que ha actos de jurisdição voluntaria , que se exercitam simplesmente e sem conhecimento de causa , a que

os doutores costumão chamar *de confirmação méra* em differença de outros actos, que demandão conhecimento, e se chamão *de confirmação mixta*; do que ainda fallarei ao §. 10. desteTitulo. Esta parte pois de jurisdição voluntaria vem a ficar fóra dos termos da definição, que o auctor propõe neste §., em que a define pelo titulo *de conhecimento*.

Já notou isto mesmo Guilherme Marano na definição de Cujacio (*de jurisdict.* p. 12 e seg.). E posto que Heineccio na Dissertação *de locatione conductione jurisdictionis* C. VIII. p. 233. a defende, dizendo, que a jurisdição voluntaria não merecia propriamente o nome de jurisdição, o que dizem também muitos auctores (veja-se o Collegio Argent. p. 117.); todavia isto só se entende do direito romano, que é o de que se tractava na definição de Cujacio, o que não é applicavel á jurisprudencia portugueza, nem conforme aos mesmos principios e doutrinas, que o compilador nos dá nos §§. 10 e 11. desteTitulo, aonde tracta da jurisdição voluntaria, como verdadeira especie de jurisdição, e refere alguns actos della, que são desta mesma natureza.

Not. II. Parece pelos termos, com que o compilador se explica, que na definição não comprehende claramente uma das partes capitaes, de que consta a plenitude do poder judiciario: no estado actual da jurisprudencia consta de tres partes, como nota Thomasio, a quem o mesmo compilador allega nesteTitulo:

- 1.º Do conhecimento da causa;
- 2.º Da pronunciação da sentença, ou applicação do direito;
- 3.º Da sua execução;

as quaes partes, diz Thomasio, devem estar conjunctas no magistrado, que exercita o officio de juiz. (*Dissert. de jurisd. et magistr. differ. secundum morem germ.* §. 44. p. 954.)

Orá nesta definição, que aqui se põe, da jurisdição, parece faltar a segunda parte, isto é, o direito de pronunciar a sentença; ao menos não vem nella declaradamente, como convinha. As palavras, por que se

quiz talvez designar este direito, são as seguintes: — *Por jurisdição se entende não só o méro e simples conhecimento*; porque as mais, que se seguem, pertencem para o direito da execução. Ora por estas palavras: — *méro e simples conhecimento* — parece que tão sómente se pôde entender o primeiro direito, ou a primeira parte da jurisdição, que consiste no puro conhecimento da causa, pois que *este conhecimento* alli se chama *méro e simples*, o qual por isso mesmo vem a corresponder ao que os romanistas chamarão *mera*, ou *nuda notio*, ou *notio* nos termos da Lei 5. ff. *de re judicata*.

Com effeito entre os Romanos a *noção*, como todos sabem, era o direito, que o pretor ou magistrado delegava nos juizes pedaneos para conhecerem tão sómente do facto segundo as fórmulas, que lhes prescrevia, que não podião exceder, e não para dizer de direito e pronunciar sentença em seu nome, o que só era proprio da verdadeira jurisdição, como se vê da fórmula, com que se lhes dava este poder: *si parèt . . . condemnato damnas*.

Neste sentido *noção* ou *notio* era o mesmo que *facti cognitio*, e se contrapunha á jurisdição na especie da Lei 3. *in princ.* e 5. *in princ.* ff. *de re judicata*, da Lei 99. ff. *de verbor. signif.*, da Lei 52. §. 2. ff. *ad leg. Aquil.*, e da Lei fin. vers. *Sed nequis C. ubi et apud quem*. (Henrique de Coccei *Disp. de exec. etustreg. lect.* 1. n. 10. liv. II. tom. I. p. 140. 146., Heineccio *Elem. jur.* §. 1317. p. 329.) D'aqui vinha a differença entre o officio de magistrado e o de juiz, entre jurisdição e juizo, ou entre as cousas, que se dizião feitas *in jure*, e as que se dizião feitas *in judicio*. Assim a jurisdição do magistrado tinha por objecto o direito e a justiça; a *noção* do juiz, o facto e a sua verdade (Colleg. Argent. p. 113.): o magistrado dizia de direito, e respondia á questão *an jus sit*, determinando, como se havia de pronunciar por direito, se o auctor provasse a sua intenção; o juiz dado conhecia do facto, e respondia á questão, se era verdade o que intentava o litigante (Colleg. Argent. p. 113.), isto é, se o auctor provava a sua acção, ou o réo a sua excepção. A esta *noção*, que

tinha o juiz sem jurisdição, *vel jure statuendi*, isto é, sem o direito de pronunciar a sentença, vierão os auctores a chamar *simplex* ou *nuda notio*, para a distinguirem da verdadeira jurisdição.

Parece pois, que o compilador, usando dos mesmos termos romaniscos = *méro e simples conhecimento*, = quiz fallar do simples conhecimento da causa no sentido da jurisprudencia romana, e não do conhecimento legal e juridico, ou do direito de pronunciar a sentença. Sei, que não forão estas as suas intenções; mas os termos, de que se serve inadvertidamente, introduzirão na sua definição os mesmos romanismos, que nella se quizerão acautelar.

Not. III. Quando porém se julgue, que neste logar debaixo da palavra *conhecimento* se comprehende claramente não só o conhecimento, ou inquirição da causa, mas tambem a pronunciação da sentença, ou, como se explica o direito romano, *notio et cognitio*, então acho, que para tirar toda a duvida, se devem supprimir os epithetos — *méro e simples* — da maneira, que se usa em direito romano, aonde, quando pelo termo *notio* se quer designar a jurisdição, ou *cognitio facti*, se usa simplesmente da palavra *notio* sem os epithetos de *mera* ou *nuda notio*, como se vê da Lei 99. ff. *de verb. sign.*, e de outras; o que practicão os auctores, que tractão com mais exactidão desta materia, como fazem, entre outros, Fabroto, Hubero, e antes delles Cujacio, que nos paratitlarios ao Tit. *de jurisdict.* diz *notio magistratus competens*; definição, que o mesmo compilador teve em vista, quando formalizou este §., como direi ao diante,

*Texto,*

*Que compete ao magistrado.*

*Censura,*



no §. antecedente, que os *ministros e officiaes destes reinos todos tinham jurisdição maior ou menor*; logo, querendo definir e declarar o que era esta jurisdição, segundo os seus mesmos principios, que todavia me não parecem exactos, como já notei áquelle logar na ultima conferencia, deveria fazer aqui menção não só dos magistrados, mas tambem dos officiaes; visto que ambas estas classes no seu systema tem *jurisdição maior, ou menor*; de outra sorte vem a mudar-se a cada passo de hypothese, e a tomarem-se as palavras já n'uma, já n'outra acceção, em sentido ora mais amplo, ora mais restricto; o que não convém de modo algum em uma legislação.

*Texto.*

*Que compete ao magistrado em razão de seu officio.*

*Censura.*

Not. O auctor parece ter tido em vista nestas palavras a clausula, que vem na definição da jurisdição, que deu Cujacio, o qual nos paratitlarios ao livro II. do Digesto Tit. I., e nos paratitlarios ao livro III. do Codice Tit. II. define assim a jurisdição: = *Notio jure magistratus competens*, — o que seguiu Hubero, Fabroto, e outros mais. Com tudo já Heineccio entre outros na sua Dissertação *de locatione conductione jurisdictionis* §. 8. p. 232. advertio, que a definição por esta clausula vinha a ficar diminuta; porque nem comprehendia os actos da jurisdição delegada, que não pertencem ao juiz delegado *jure magistratus*, mas *ex illius mandato*; nem os da jurisdição extraordinaria, que competião *ex jure speciali*, ou por constituição do Principe. O mesmo Cujacio reconheceo, que a sua definição nesta clausula era manca, porque só continha a definição da jurisdição ordinaria; por isso, querendo obviar ás duvidas, que se lhe podião mover contra a sua definição, accrescentou: = *Definitio est jurisdictionis ordinariae, vel si vis omnem complecti, jurisdictio est notio, quae jure magistratus, vel ex mandato magistratus, vel extra or-*

*dinem competit.* (Paratitl. oct. lib. III. tit. XIII. p. 153 ad tom. II. oper.)

Cumpria pois formalizar aquella clausula de maneira, que se podesse accommodar não só á jurisdicção ordinaria, mas tambem á extraordinaria e á delegada segundo o estado actual de nossa jurisprudencia.

### *Texto.*

*Mas tambem o direito de mandar affixar editaes, lançar pregões, executar o julgado, prender os criminosos, etc.*

### *Censura.*

Not. I. Sendo a definição nas clausulas, que até aqui tenho notado, um pouco manca e diminuta, agora me parece que é nestas mais targa, do que convinha; porque acho, que não ha necessidade de descer a particularizar os diversos actos de jurisdicção, e a fallar miudamente do poder *de affixar editaes, de lançar pregões, etc.*, especificando cada um destes artigos de per si. Parecia-me bastante definir a jurisdicção em geral, e de maneira, que podesse comprehender a todos elles; reservando-se a sua enumeração individual para os logares, em que se tractasse de cada um dos magistrados. Boelmero contentou-se com dizer em geral: *Publica potestas per modum imperii de negotiis subditorum judicandi, et lutas leges applicandi*, lib. II. C. VII. §. 10. p. 230. §. 97. p. 83.; e Urfel na sua *Jurisprudencia definitiva: Jus nomine superioris de factis hominum cognoscendi, legesque ad ea adplicandi*. Cada uma destas definições com algum retoque mais, que se lhe dêsse, comprehenderia mais amplamente e em menos palavras tudo o que se diz neste §.

Not. II. A entrar-se em similhante miudeza, então se deverião especificar muitos outros actos de jurisdicção, que aqui não vem, porque não ha mais razão para enumerar uns, e não enumerar os outros.

Not. III. *Prender os criminosos*. É inutil accrescentar esta clausula depois de ter dito = *executar o julga-*

*do.* = A prisão ou é para segurar a pessoa do réo, ou para castigo, e em execução de sentença; e tractando-se aqui da jurisdição civil e criminal debaixo da palavra *conhecimento*, e dizendo-se que o juiz podia executar o julgado, fica dito, que podia prender, etc.

### *Texto.*

*O direito de impôr penas e multas.*

### *Censura.*

Not. I. Dizendo-se *penas*, julgo que fica inutil accrescentar *multas*; pois que as *multas* também são *penas*. É doutrina vulgar, que se acha nos praxistas: basta citar aqui um logar de Pegas: *Nomine poenae continetur multa, non e converso; quod satis innuit textus noster, qui tantum de poena meminit.* (A' Ordenação do Liv. II. Tit. 26. §. 18. p. 87.) Alias deveria dizer-se, segundo entendo = *impôr multas e outras penas.* = Assim o fez o compilador adiante no Título XIX. = *e outras penas temporaes.* =

Not. II. Por estas clausulas = *o direito de impôr penas e multas* = juntas com as outras = *executar o julgado e prender os criminosos* = creio que quiz o compilador denotar o poder da execução, isto é, o poder coactivo e de imperio, que tem o magistrado para executar a sua sentença ou civil ou criminal, que é a terceira parte, de que consta a jurisdição, segundo o estado da jurisprudencia moderna; com tudo a definição parece ser diminuta nestas clausulas, e conter nellas um romanismo. Por quanto pela maneira, porque aqui se falla, parece que se teve em vista tão sómente o *imperio mixto*, que corresponde hoje á *justiça baixa*, ou *inferior*; e consiste no direito da execução effectiva por meio de uma modica coacção, e não o *méro imperio*, ou, para fallar com mais propriedade, a *justiça alta e superior*, que comprehende a jurisdição criminal, a que o mesmo compilador chama *justiça maior* nas Provas ao Título LV. da *jurisdição dos donatarios*; a

qual procede , não já por modica coacção contra os contumazes, mas por penas mais graves até pena capital contra os delinquentes.

A razão, que tenho para dizer isto, é vêr 1.º que a palavra *multas* se põe aqui depois da outra *penas*, como dando a entender, que aqui se falla de *penas* menores e mais leves, e da ordem daquellas, que, como as *multas*, podem pôr os juizes contra os contumazes para effectiva execução de suas sentenças; porque a querer-se comprehender aqui o *jus gladii*, ou toda a jurisdicção criminal ou *méro imperio*, não collocaria o compilador o direito de *impôr multas* depois do direito de *impôr penas*, procedendo *a majori ad minus* contra a ordem, que neste caso se devêra guardar: 2.º que a mesma especifica menção de *multas*, que aqui se faz de mistura com as mais *penas*, parece denotar, que sómente se havia contemplado o *imperio mixto* dos romanos, ou a execução da jurisdicção civil; pois que entre as penas, que erão da alçada do *imperio mixto*, se costuma nas leis romanas e nos auctores, que tractão disto, enumerar principalmente as *multas*, que se podião pôr em razão da contumacia; donde parece que as *penas e multas*, de que aqui se falla, são sómente as que se impõem não como castigo contra os criminosos nas causas criminaes, mas como coacção contra os desobedientes e contumazes nas causas civeis; isto é, *penas* taes, que serão necessarias não para punir os crimes, o que não era da alçada do *imperio mixto*, mas para reduzir a contumacia do réo, que recusava obedecer á sentença do juiz. (Stryckio *Us. mod. tit. de jurisdiction.*) Sendo isto assim, receio, que a definição de jurisdicção venha a ser diminuta nesta parte, e a envolver outra vez os mesmos romanismos, que se quizerão aqui acautelar.

Para se conhecer isto melhor, será util trazer á lembrança, que a jurisdicção entre os Romanos consistia no direito de conhecer da causa; mas tinha a si annexo e conjuncto o *imperio mixto*, que consistia no poder de execução effectiva, e de impôr multas e outras penas mais leves contra os contumazes; pois que se não podia

considerar jurisdição sem alguma particula de imperio, ou coacção para poder conseguir o seu fim. Assim o considerava Javoleno na L. 2. ff. *de jurisdictione*: = *Cui jurisdictio*, diz elle, *mandata est, ea quoque concessa videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest*; = e Paulo na L. 5. §. 1. ff. *de officio ejus, cui mandata est jurisd.*: = *Jurisdictionem sine modica coërcitione nullam esse*; = e esta é a doutrina de Ulpiano na Lei 3. ff. *de jurisdict.*: = *Mixto imperio-jurisdictionem* = (Coccei, Urfel, Selchou, Thomasio e Heineccio *Elem. jur.* p. 330.); de maneira, que a pronuniação da sentença era a ultima parte da jurisdição, considerada em si mesma; e a execução já era parte do imperio, e não da jurisdição *in specie*. (Heineccio §. 242. p. 69. e §. 4. p. 227.) Mas disto ainda se fallará mais largamente ao §. 15. Em consequencia desta doutrina o magistrado, para executar effectivamente o seu julgado, podia usar de modica coacção, e impôr multas e outras penas leves.

Por tanto usando o compilador de semelhantes clausulas neste §., parece haver tão sómente comprehendido nellas o *imperio mixto*, e não o *imperio méro*; e cair nos mesmos romanismos, que quiz desterrar desteCodigo, dando-nos da jurisdição quasi as mesmas idéas, que nos ficárão dos Romanos. Pelo que acho, que este §. necessita nesta parte de algum retoque e illustração, maiormente porque extinguindo-se adiante no §. 15. a differença e distincção entre *jurisdição* e *imperio méro e mixto*, que havia por direito romano, e que se tinha adoptado entre nós (do que ainda fallarei em seu logar), de tal sorte deveria formalizar-se a definição, que aqui se põe, que nella se comprehendessem todos os direitos e poderes, que estavam repartidos por cada uma daquellas especies, segundo as idéas da jurisprudencia romana, da maneira que ellas se achavão modiücadas e applicadas ao estado da jurisprudencia actual.

Not. III. Não passarei adiante, sem notar ainda algumas cousas neste §. — 1.º A definição, que aqui se dá de jurisdição, não se ajusta bem com os principios do mesmo compilador; porque se reflectirmos na doutrina, que deixou estabelecida no §. 6., parece, que o que elle

entende por jurisdição, é todo o poder e auctoridade, que o Soberano tem dado aos ministros e officiaes, de que se serve em cada um dos ramos da administração pública, para encherem os fins de seu destino. Isto é o que se collige do dito §. 6., em que se diz *que todos os ministros e officiaes destes reinos tem jurisdição maior, ou menor, na conformidade das leis*. Ora sendo isto assim no systema do compilador, vem a definição a não abranger as idéas mais amplas, que elle deu da jurisdição no dito §. 6.; pois que só contém as especies de jurisdição civil e criminal, que exercitão os magistrados, e não as outras especies de jurisdição, administração, ou poder, que exercitão os mais ministros e officiaes segundo os diversos cargos ou ramos de suas repartições.

2.ª Também se não ajusta a definição com a divisão, que se faz no §. seguinte, da jurisdição; por quanto no systema do compilador a definição, que se dá, é daquella jurisdição, que no §. seguinte se divide em *ecclesiastica e secular*, que esta é, segundo se diz nas Provas, a sua principal e generalissima divisão; donde esta definição deveria ser tal, que nella se podesse haver também por contemplada e comprehendida a *jurisdição ecclesiastica*, que ha de vir a ser depois um membro da sua divisão. Ora a definição, que aqui se dá, não parece ser em tudo accommodada e applicavel nem á *jurisdição puramente ecclesiastica*, nem ainda á *jurisdição ecclesiastico-temporal*: porque á primeira se não pôde attribuir no mesmo systema do compilador o poder externo coactivo, ou de imperio civil, que aqui se dá neste §. á jurisdição em geral, como nota característica de sua natureza, parecendo por isso, que quando se formou este §., se teve sómente em vista a jurisdição secular, e não a ecclesiastica; o que noto de passagem, não por me persuadir, que aqui se devia contemplar esta jurisdição, como direi adiante, mas por vêr que o compilador não vai coherente com os seus mesmos principios e systema.

Tambem se não pôde applicar a definição á parte da jurisdição ecclesiastica, a que elle chama *temporal*,

concedida á Igreja pelos Principes ; porque esta não é a verdadeira jurisdicção ecclesiastica , mas antes pertence realmente á jurisdicção secular ou politica : nem esta parte se deve entender jámais comprehendida debaixo do nome de jurisdicção ecclesiastica , quando della se falla em contraposição á jurisdicção civil ou secular. Mas disto fallarei ainda nas notas ao §. 8.

3.º Com esta definição de jurisdicção pretendem-se desterrar todas as questões inuteis de direito romano , segundo se diz nas Provas deste §. Com tudo não sei se se poderá conseguir este fim por meio desta definição ; porque ella , ainda tomando as suas clausulas em sentido mais amplo , não comprehende nem declara mais cousas , do que as outras definições , que vulgarmente se costumão dar da jurisdicção , segundo o estado da jurisprudencia actual : e se o compilador as reputa defeituosas e insufficientes para fazerem cessar as controversias , que se costumão mover nesta materia , pôde recear-se igualmente , que tambem esta , que aqui se nos propõe , e contém as mesmas idéas , não seja bastante para as fazer abolir e desterrar.

De mais as questões inuteis de direito romano , que se dizem ficar por esta definição desterradas e abolidas , são de dous modos : ou se traetão relativamente ao estado antigo da jurisprudencia romana ; ou relativamente ao estado da jurisprudencia actual : no primeiro sentido parece inutil a definição , que aqui se dá , porque não sendo , nem podendo ser dogmatica e interpretativa authenticamente do antigo direito dos Romanos , vem a ser puramente doutrinal , e por isso inefficaz para decidir taes questões , e pôr limites ás desvariadas interpretações dos doutores ; deixando sempre subsistir entre os eruditos as disputas historicas e juridicas , que tem havido sobre as verdadeiras noções de jurisdicção e de imperio entre os Romanos.

Se são relativas ao estado da jurisprudencia actual , pelo que ella tem de romanismo nesta parte , cuido que se não pôde prudentemente esperar , que ellas se desterrem por uma unica definição , como esta , que se reduz ao simples enunciado , que a *jurisdicção consiste no*

*direito de conhecer da causa; de affixar editaes; de lançar pregões; de executar o julgado; de prender os criminosos; e de impôr penas e multas:* pois que até aqui se considerarão todos estes actos proprios da jurisdicção em geral, e com tudo nem por isso se obviarão as questões, que recrescêrão em taes materias. Pelo que julgo, que a definição não é tal, que adiante as cousas, mas antes as deixa subsistir com as mesmas, ou com a maior parte das questões, a que se quiz occorrer.

De tudo o que tenho notado venho a concluir, que a definição, que se nos appresenta, não é pura e livre de romanismos, sem embargo das cautelas, que se tomáram; que é obscura ou equivocca em algumas clausulas; diminuta em umas cousas, e sobeja n'outras; e que, como tal, necessita de alguma reformation.

## AO §. 8.

### *Texto.*

*Toda a jurisdicção ou é ecclesiastica, ou secular; e entre esta divisão não ha meio: a ecclesiastica ou é meramente espiritual, e tem por objecto dirigir e encaminhar os fieis á bemaventurança eterna pelo meio da palavra e da doutrina; ou é temporal, quando se versa a respeito das fazendas e bens caducos.*

### *Censura.*

Not. I. Sou obrigado a dizer deste §. o mesmo, que tantas vezes tenho dito de outros, que todo elle me parece uma explicação doutrinal, mais propria de lições academicas, que de uma legislação.

Not. II. Esta divisão e explicação das duas jurisdicções é um artigo, que, como tambem se tem já dito de outros, pertence ao Direito Publico universal, e não a um Codigo de leis civis. aonde tem de se tractar, não de ambos os direitos civil e ecclesiastico para se fazer tal divisão, mas só do direito civil.



Not. III. Dando-se aqui a definição, ou descripção da jurisdicção ecclesiastica, que não parecia necessaria, não se dá a da jurisdicção secular, sendo ella o objecto capital deste Titulo e desteCodigo; mas disto fallarei adiante.

Not. IV. Parece-me improprio e incurial fallar aqui da jurisdicção ecclesiastica: 1.º porque a divisão geral, que neste §. se dá, segundo o teor dos §§. antecedentes, deve ser daquella jurisdicção, de que até aqui se havia fallado, e que faz o objecto capital deste Titulo. Ora a jurisdicção, de que até aqui se tractou, não é por certo a jurisdicção tomada em geral, mas sim e tão sómente a jurisdicção temporal e propria do poder civil: por quanto no principio deste Titulo se diz: *= o poder judiciario reside na pessoa do imperante; =* no §. 1. da mesma sorte: *= o poder de impôr penas; =* no §. 2.: *= exercitão este poder em nosso nome os juizes e magistrados; =* no §. 3.: *= a jurisdicção e auctoridade destes juizes, a quem confiamos a porção mais nobre da nossa soberania e majestade, consta dos regimentos especiaes, que temos mandado fazer; =* no §. 4. se falla de como os tribunaes e relações dos desembargadores do Paço, e dos outros ministros de justiça e de fazenda hão de observar uniformemente os regimentos incorporados na collecção ultima das ordenações; = no §. 5. da pluralidade dos votos, que se deve seguir nas relações e tribunaes; = no §. 6. da jurisdicção maior, ou menor, que tem todos os ministros e officiaes destes reinos na forma de seus regimentos; = e no §. 7., antecedente ao nosso, se define e descreve a jurisdicção mais de molde para a secular, que para a ecclesiastica, como já notámos ao dito §. Logo até aqui só se havia fallado da jurisdicção civil e temporal; logo só desta jurisdicção se devia dar neste §. a divisão especifica e particular, e não da jurisdicção em geral: alias vem-se a mudar de hypothese, e a comprehender na divisão da regra uma nova especie, que se não havia contemplado e comprehendido na sua definição e exposição; logo, ou não se havia de dividir a jurisdicção nestas duas especies, ou alias se devia ter dado d'antemão no §. antecedente ou

nos outros uma noção mais ampla de jurisdição, que houvesse de admitir e abranger depois ambas as jurisdições ecclesiastica e secular.

Not. V. Parece-me improprio ainda por outra razão fallar aqui da jurisdição ecclesiastica pela maneira, por que se falla della. Esta jurisdição, segundo os principios do compilador, ou é puramente ecclesiastica, ou é puramente temporal, como se diz neste §., porque elle não admite jurisdição mixta. A que é puramente ecclesiastica, é a espiritual e de instituição divina, que não compete ao Principe; e esta não pôde ser objecto proprio e privativo da legislação propria deste Codigo: logo della se não devia fazer cargo. A outra, que é puramente temporal, e que a Igreja tem por concessão do poder civil, fallando com propriedade e exacção, é secular, e não ecclesiastica; porque ou o Principe a retenha e exercite por si mesmo, por seus ministros seculares, ou a exercitem pessoas ecclesiasticas, ella é sempre a mesma, e nunca perde a natureza de jurisdição civil, propria e privativa da soberania dos Principes.

Se isto assim é, a jurisdição ecclesiastica temporal não deve aqui entrar em contraposição á jurisdição secular ou politica, como se fosse diversa e distincta della; mas deve vir, como especie subalterna debaixo da noção generica de jurisdição temporal, isto é, deve entrar na divisão geral, que se costuma fazer della em diversas especies subalternas, segundo a diversidade de seus objectos; como são a civil, a criminal, a academica, a militar, a maritima, a consular, e outras mais. Ultimamente o compilador passando deste §., desampara logo e perde de vista esta idéa de jurisdição ecclesiastica, e nunca mais se lembra nesteTitulo da divisão, que fizera, para applicar os principios e regras geraes, que vai dando á mesma jurisdição ecclesiastica, assim como os aecommoda á jurisdição temporal.

*Texto.*

*E entre esta divisão não ha meio.*

*Censura.*

Not. I. Não sei se por ventura será dicção correctá dizer em linguagem portugueza = *entre esta divisão não ha meio* = em logar de dizer = *entre uma e outra não ha meio*.

Not. II. Por esta clausula ou se quer dizer, que não ha senão dous poderes, o espirital e o temporal; e por conseguinte só duas jurisdições: ou se quer dizer, que toda a jurisdição ou é puramente espirital, ou puramente temporal. No primeiro sentido é verdadeira a proposição, pois que não ha outra alguma jurisdição diversa destas duas, e média entre uma e outra. No segundo sentido não me parece exacta, porque, posto que se tivesse aqui em vista a jurisprudencia, que adiante se estabeleceu no Titulo XVIII., em que se dão por extinctas e abolidas as causas mixtas, todavia já adverti nas notas ao Titulo II. *das leis e do costume*, que não podia deixar de as haver pela relações mutuas de ambos os poderes, e maiormente no estado actual das cousas; e por consequencia não póde deixar de se considerar uma jurisdição mixta, que tenha por objecto estas causas, e participe de uma e outra natureza espirital e temporal.

Por tanto parece-me, que se não póde dizer geralmente, que entre a jurisdição ecclesiastica e secular não ha meio; pois que esta jurisdição mixta nem é só puramente espirital, nem só puramente temporal; mas sim composta e participante de uma e outra natureza, a qual póde ser exercitada por ambos os poderes, ou cumulativamente, ou com alternativa, ou com prevenção, ou por outra qualquer maneira, segundo as diversas fórmás, que sobre isso se tiverem dado.

*Texto.*

*A ecclesiastica ou é méramente espirital, etc., ou é temporal.*

*Censura.*

*Censura.*

Not. I. No principio deste §. dividio-se a jurisdicção geralmente em ecclesiastica e secular; dizendo-se, que entre uma e outra não haviã meio. Por tanto tomou-se alli jurisdicção ecclesiastica no seu sentido proprio, isto é, como jurisdicção espiritual, ou propria e privativa da Igreja; e tal, que se contrapõe á secular; assim como por jurisdicção secular se entendeo alli a temporal, ou propria e privativa do poder dos Principes, que se contrapõe á ecclesiastica; alias seria defeituosa a divisão, que alli se fez.

Sendo isto assim, na subdivisão, que agora se faz, da jurisdicção ecclesiastica em duas especies, *mere* espiritual e *mere* temporal, vem-se a mudar de hypothese, e a tomar a jurisdicção ecclesiastica em sentido mais amplo, do que se havia tomado no principio; pois que alli só se fallou da jurisdicção ecclesiastica *pure* espiritual em contraposição á jurisdicção secular, entre as quaes não havia meio; e agora querendo-se subdividir esta mesma jurisdicção ecclesiastica, se distribue em duas especies: 1.º em *pure* espiritual; 2.º em outra temporal; das quaes a ultima não se podia haver por comprehendida na primeira noção, que se deo, da jurisdicção ecclesiastica.

Not. II. Já adverti no §. antecedente, que, propriamente fallando, esta segunda especie de jurisdicção ecclesiastica, que aqui se chama *temporal*, não devia vir na divisão da jurisdicção ecclesiastica, mas na divisão da jurisdicção civil; porque versando ella, como aqui se diz, *sobre as fazendas e bens caducos*, e sendo *temporal*, como se denomina neste §., e não se podendo chamar ecclesiastica, senão em razão da pessoa, que a exercita, como se diz adiante, vem a ser verdadeiramente temporal quanto á sua origem, e quanto ás cousas; e vem a ser consequentemente uma porção ou especie subalterna da jurisdicção civil; e, como tal, devia ser comprehendida na divisão da jurisdicção secular, e não na divisão da jurisdicção ecclesiastica.

*Texto.*

*A ecclesiastica ou é meramente espiritual, e tem por objecto dirigir e encaminhar os fieis á bemaventurança eterna pelo meio da paltora e da doutrina, etc.*

*Censura.*

Not. I. Toda isto é uma méra explicação doutrinal, que, como já se tem dito, não deve ter logar na legislação.

Not. II. Tem por objecto dirigir e encaminhar os fieis: parece-me, que destes dous verbos = *dirigir e encaminhar* = bastaria um. Lembrarei sempre a necessidade, que ha, de poupar palavras em um codigo de leis.

Not. III. *Bemaventurança eterna.* A bemaventurança eterna é o fim geral e commum, a que se dirige a religião; a Igreja e todo o seu poder; mas não é o objecto particular e proximo da jurisdicção ecclesiastica. Fallando-se aqui, não da religião, ou da Igreja, nem do seu poder divino em geral, mas só de uma parte d'elle em particular, qual é a sua jurisdicção; parece que se lhe não devia assignar outro objecto, que não fosse o particular e immediato, a que ella se dirige. O mais é confundir a definição da religião, ou da Igreja em geral com a definição da jurisdicção ecclesiastica em particular.

A jurisdicção tomada no seu sentido restricto é proprio é o direito de conhecer dos factos dos homens, e de lhes applicar as leis em nome do superior: e restringindo e accomodando estas noções á jurisdicção ecclesiastica, podemos dizer, que ella é o direito de conhecer dos factos dos fieis, e de lhes applicar as leis ecclesiasticas. Assim a define Urfel, entre outros, na sua *Jurisprudencia definitiva: Ins cognoscendi de factis hominum, applicandique eis leges ecclesiasticas, jurisdictio ecclesiastica dicitur.* Acrescentarei a este um canonista moderno de boa nota, a quem o compilador costuma allegar muitas vezes nas Provas deste Codigo em mate-

rias ecclesiasticas, qual é Riegger: *Est autem jurisdictio ecclesiastica nihil aliud, quam potestas publica ac causis fidelium, quæ talium, controversis cognoscendi, et eas judicandi, et eo, quem natura negotii fert, modo exequendi.*

Esta é em substancia a definição, que costumão dar de ordinario os escriptores mais exactos de direito canonico. Assim que todos definem a jurisdicção ecclesiastica em relação ao seu objecto proximo e particular, que é o conhecimento dos factos dos fieis, e applicação das leis ecclesiasticas a esses factos; e não em relação á bemaventurança eterna, que é o objecto ou fim remoto, geral e commun á religião, e a todo o poder espiritual da Igreja. Convém pois dar a definição particular da jurisdicção ecclesiastica de maneira, que se não confunda com a geral da religião e da Igreja, nem o seu fim com o seu objecto.

Not. IV. *Pelo meio da palavra e da doutrina.*

1.º Parece ser aqui uma mesma cousa *palavra e doutrina*: a doutrina chama-se *palavra*, por excellencia, por ser a palavra de Deus revelada ao homeni; pelo que o mesmo é dizer *palavra*, que *doutrina*; e *vice-versa*. Por tanto bastaria usar de um destes dous vocabulos.

2.º Pela maneira, por que aqui se falla, poderia parecer a alguém, que o compilador suppunha, que a jurisdicção da Igreja consistia tão sómente na palavra, ou doutrina, como se tudo se reduzisse unicamente á méra exposição da crença. Estou certo, que elle não quiz nunca fallar neste sentido: esta doutrina só é propria dos novadores, que concedendo á Igreja a simples e unica faculdade do magisterio e da pregação, lhe negarão verdadeira jurisdicção e auctoridade no seu fôro. Similhantes principios nunca se poderião suppôr da esclarecida religião e sabedoria do compilador deste Codigo: se tóco nisto, é sómente para acantelar toda a equivocação, que possa illudir os leitores menos intelligentes. Em taes materias é necessario muito tento com a maneira de as explicar, para que nunca se arrisque uma só expressão, ou clausula, que ou por si mesma,

ou pela maneira, por que se põe, possa tornar-se em um sentido heterodoxo.

3.º A Igreja, para dirigir os fieis á salvação eterna, não usa só dos meios da doutrina: a religião não consiste sómente na crença, ou parte theoretica, mas também nas obras, que é a parte moral e práctica da lei, porque consiste também na prestação do culto externo, isto é, nos logares sagrados, na santificação dos dias dedicados a Deos, no sacrificio, nas preces públicas, na administração dos sacramentos, nas obras meritorias, na penitencia externa, na ordem e policia ecclesiastica, e em toda a disciplina fundamental e constitucional da Igreja Christã: e todos estes meios, que consistem em cousas e acções, e não simplesmente na doutrina, emprega a Igreja na obra da santificação dos fieis.

4.º A Igreja não é um collegio, ou sociedade igual e de simples direcção, como querem hoje os novadores; mas sim sociedade desigual e rectoria, em que uns governão, e outros obedecem. Ha nella por sua mesma constituição fundamental o poder hierarchico da ordem e da jurisdicção, estabelecido por JESU CHRISTO; o qual tem por objecto não só o governo interno para declarar e ensinar a doutrina e administrar os sacramentos, mas também o governo e policia externa. Neste governo e policia externa exercita a Igreja *jure proprio* os tres poderes legislativo, judiciario e executivo, ainda que de um modo espirital e diverso do poder civil. Assim tem: — 1.º o direito de declarar as leis divinas e formar canones, ou regras de direito humano, que obriguem os fieis em consciencia; — 2.º o direito de julgar da conformidade de suas acções com as leis divinas e ecclesiasticas; — 3.º o direito de os obrigar a se conformarem com ellas, ou seja corrigindo-os por meio dos diversos grãos de penitencia, ou seja castigando os incorrigiveis com as diversas penas e censuras ecclesiasticas, ainda mesmo com penas, ou antes penitencias temporaes, como esmolos, jejuns, privação de logar na igreja, da voz em cabido, e dos fructos de um beneficio ecclesiastico, com a suspensão, deposição e degradação das funcções hierarchicas nos

clerigos, ou privação parcial ou total da percepção dos sacramentos, da comunicação das preces, e da participação dos bens espirituaes nos que são leigos.

Não citarei auctores em um ponto tão sabido, como este; bastará trazer aqui o logar de Riegger, visto ser um dos principaes canonistas, com quem o compilador se costuma abonar nas Provas das materias ecclesiasticas deste Codigo. Elle traz em summa os principios de toda esta doutrina: *Regimen Ecclesiae*, diz elle, *aliud internum, quod in erudiendo populo fideli* (e aqui está o meio da palavra e da doutrina), *et eo per sacramentorum administrationem ad salutem aeternam perducendo situm est; aliud vero externum, atque hoc triplicem continet potestatem: 1.º legum ferendarum; 2.º coercendi; 3.º et judicandi modo spirituali, et ad finem spiritualem ecclesiae exercendam.* (P. I. da jurisdicção ecclesiastica §. 55. p. 107.) Concluo pois, que se isto assim é, convém muito retocar este §., em quanto parece suppôr, que a Igreja, para dirigir os fieis á *bemaventurança eterna*, só usa dos meios da *palavra*, ou da *doutrina*.

Se assim noto este §., não deixarei de lembrar ao mesmo tempo tudo o que pôde salvar as rectas intenções do compilador. Talvez elle teria em vista dizer aqui, que a Igreja no exercicio de sua jurisdicção só usava da palavra ou doutrina, sem coacção externa, em contraposição ao poder civil, que usa de imperio e força; que é o sentido, em que se diz vulgarmente, que a Igreja não tem jurisdicção, isto é, jurisdicção civil e politica, jurisdicção de imperio. Seja pois assim; mas com isso está, que não é inutil requerer: — 1.º que em materias de tanta delicadeza e circumspecção se poupe ao leitor esta indagação e interpretação; que se aclare mais o pensamento, e que se expresse de maneira, que as palavras não possam ter outro sentido: 2.º que se não chame palavra ou doutrina a todos os actos jurisdiccionaes, que exercita a Igreja, pois que ella no exercicio de sua jurisdicção não só usa da palavra e doutrina para dirigir as acções dos fieis, mas tambem usa, segundo o seu fôro penitencial e canonico, como já disse, do poder legislativo, judicial e executivo,



promulgando canones, julgando das acções dos fieis, impondo censuras e penas canonicas, e exercitando outros actos jurisdiccionaes para manter a pureza da fé e dos costumes, e o vigor da disciplina canonica, e encaminhar os christãos á fiel observancia da lei, e por conseguinte a sua santificação e salvação; aos quaes actos se não pôde chamar propriamente *palavra e doutrina*.

#### *Texto.*

*Ou é temporal, quando se versa a respeito das fazendas e bens caducos.*

#### *Censura.*

Not. I. Já adverti, que esta especie de jurisdicção ecclesiastica, sendo, como é, temporal, pertencia á jurisdicção civil; e devia por conseguinte comprehender-se na divisão, ou exposição da jurisdicção secular, e não da ecclesiastica.

Not. II. *Quando se versa a respeito, etc.* Quizera mais correccão na linguagem.

Not. III. *Fazendas e bens.* Creio, que bastaria dizer *bens*. Sei que na Ordenação se diz assim; mas desejo, que no Codigo se poupem os termos, para que seja breve.

Not. IV. *Fazendas e bens caducos.* O auctor faz aqui uma antithese, contrapondo os bens caducos aos bens eternos, ou *bemaventurança eterna*, de que pouco antes havia fallado; com tudo chamar aos bens temporaes *bens caducos*, parece linguagem mais propria de uma obra mystica, do que legislatória. De mais, *caduco* no sentido moral, que é o em que aqui se toma, fallando exactamente, não se deve applicar a todos os objectos da jurisdicção temporal da Igreja. Nós só chamamos *bens caducos* no sentido moral aos bens profanos, que se dirigem a fins meramente humanos e temporaes, e isto em contraposição aos bens espirituaes e eternos: ora neste sentido não costumamos chamar caducos aos

**Bens** e cousas temporaes, dedicadas á santidade da religião christã : por exemplo, não chamamos *bens caducos* aos templos e mais logares consagrados ao culto; aos vasos e alfaías sagradas; aos bens necessarios para a sustentação da Igreja e de seus ministros, etc.; por isso, posto que estas cousas sejam de per si temporaes e caducas no sentido natural, com tudo, uma vez que são consagradas aos usos da religião, o fim espiritual, a que estão destinadas, **faz com** que as não denominemos bens caducos no sentido moral. Depois disto, se tomarmos o termo em sentido juridico, costumamos chamar em direito bens caducos aos que caducão para o fisco.

Not. V. Diz-se que a jurisdição temporal da Igreja versa a respeito das fazendas e bens. Parece-me com tudo diminuta esta clausula; porque esta jurisdição **tambem** tem por objecto as pessoas. Ha causas pessoais meramente temporaes e civis, como os privilegios pessoais do clero, concedidos pelos Principes, de que muitos são objecto da jurisdição temporal da Igreja. De mais a Igreja, no mesmo **systema** do compilador, conserva a jurisdição temporal sobre as pessoas dos clerigos nos crimes civis communs, que commetterem, como se diz no principio do Titulo XLVII. *do fóro do clerigo*, aonde se confirma o privilegio do fóro e audiencia episcopal em todas as causas criminaes, assim civil, como criminalmente intentadas; e no §. 2., aonde se dá o mesmo privilegio nos crimes communs, de que os juizes ecclesiasticos devem conhecer privativamente: conserva igualmente a mesma jurisdição temporal para impôr penas de prisão, multas pecuniarias e degredo nos mesmos crimes e delictos ecclesiasticos, que os clerigos, como taes, commetterem em razão do seu officio e ministerio, ou de prohibição canonica, como **tambem** se diz no §. 10. do mesmo Titulo XLVII. Logo se isto assim é, a jurisdição temporal da Igreja tem **tambem** por objecto as pessoas: por tanto é diminuta a clausula de que só versa sobre as fazendas e bens. De mais, segundo o **systema** deste Codigo, a Igreja não tem jurisdição temporal nos bens e fazendas, porque

nos Titulos XVII. e XVIII. *do fóro do clérigo e da causa* se tira á Igreja toda a jurisdicção nas causas civeis.

*Texto.*

*E neste sentido só se pôde dizer ecclesiastica em razão da pessoa , que a exercita.*

*Censura.*

Not. Parece-me que esta jurisdicção temporal, a chamar-se ecclesiastica, o deve ser não só em razão da pessoa, que a exercita, mas tambem em razão das pessoas e das mesmas cousas ou bens, sobre que se exercitão. Por quanto pôde chamar-se ecclesiastica: — 1.º em razão dos juizes ecclesiasticos, que a tem; — 2.º em razão das pessoas, sobre que se exercita, quæ sãõ os clérigos nas suas causas criminaes de delictos communs, assim civil, como criminalmente intentadas, segundo o mesmo systema do compilador; — 3.º em razão dos mesmos bens ecclesiasticos, que tambem sãõ objecto desta jurisdicção; porque em muitos casos exercita a Igreja sobre elles um poder verdadeiramente civil e temporal. Com tudo acho que seria melhor não especificar aqui as razões, por que esta jurisdicção temporal da Igreja se pôde chamar ecclesiastica; ou alias dizer simplesmente, que se chama ecclesiastica em razão da Igreja, a quem foi concedida, o que vem a abranger todas as tres especies acima referidas.

AO §. 9.

*Texto.*

*A jurisdicção méramente ecclesiastica é de uma ordem toda sobrenatural e divina, e independente na sua essencia do supremo poder dos Principes.*

*Censura.*

Not. I. Acho desnecessario, segundo já notei, expor neste §. o que é a jurisdicção meramente ecclesiastica, não sendo ella, ou não devendo ser objecto proprio e privativo da legislação civil.

Not. II. Este §. é todo doutrinal, como os outros, e contém um principio geral de Direito Publico universal e ecclesiastico, a saber, que a religião em si não é obra do homem, mas só da razão ou revelação divina, e que a jurisdicção propria e privativa da Igreja vem a ser por consequencia independente, como ella, do poder civil.

Not. III. Menos logar tem ainda esta doutrina em um Codigo de leis meramente civis, em que se não tracta de estabelecer e declarar os direitos e obrigações do Principe, para se haver de demarcar por uma linha de divisão os limites do sacerdocio e do imperio, e declarar-se, quaes são as cousas, que dependem do poder do Principe, quaes as que são independentes d'elle, e só proprias e essenciaes do poder da Igreja.

*Texto.*

*Méramente ecclesiastica.*

*Censura.*

Not. *Méramente ecclesiastica*: era melhor dizer *puramente espiritual*, ou *meramente espiritual*, visto que havia dividido a jurisdicção ecclesiastica em *meramente espiritual* e *temporal*.

*Texto.*

*De uma ordem toda sobrenatural e divina.*

*Censura.*

Not. Bastaria um destes dous epithetos, ou *divina*, ou *sobrenatural*.

*Texto.*

*É independente na sua essencia do supremo poder dos Príncipes.*

*Censura.*

**Not. I.** *Na sua essencia quer dizer* — na sua substancia, ou na sua formação e constituição essencial; mas isto é uma verdade conhecida de todo o mundo christão, que não é necessario propôr neste Código. A conservar-se porém este logar, acho que não bastaria dizer = *independente na sua essencia*, = e que cumpre acrescentar = *e no seu exercicio*. A jurisdicção mero ecclesiastica, isto é, a jurisdicção *pure espiritual e divina*, que Christo deu á sua Igreja, que é a de que aqui se tracta, assim como para se formar em sua origem não dependeo do Imperio, assim tambem para subsistir e se exercitar não necessita, nem necessitará jámais do poder dos Príncipes.

A religião e a Igreja, logo desde seu nascimento, tinham tudo quanto lhes era preciso para a sua constituição fundamental; a Igreja já antes da sua união e entrada publica no Imperio havia recebido de JESU Christo toda a sua perfeição essencial e necessaria para existir, e para se manter e propagar por toda a parte, independente do poder humano. Ainda que Constantino não dêsse a paz á Igreja, ainda que os Príncipes pagãos nunca recebessem a fé, a Igreja se manteria no exercicio e uso de seus direitos essenciaes sem os socorros do throno; e a sua lei se practicaria entre os fieis no meio das mesmas contradicções e perseguições do Imperio. Os Príncipes podião perseguil-a, mas nunca destruil-a; podião difficultar o seu estabelecimento, mas não embarçal-o inteiramente; podião negar á Igreja toda a jurisdicção secular, mas não tirar-lhe a sua propria, que tem de Deos; podião vedar-lhe o seu exercicio publico, mas não o particular e domestico: porque ella era fundada sobre um poder superior ao poder dos Príncipes; tinha assento sobre o espirito e a consciencia do homem, que não admite imperio e coacção; e tinha

de mais a promessa solemnemente jurada pelo mesmo Deos, de que o poder do mundo nunca prevaleceria contra ella. Por tanto a Igreja e toda a sua jurisdicção divina fai e será sempre independente dos Principes na sua essencia, e na sua prática e exercicio.

Não basta pois dizer, que a jurisdicção da Igreja é independente na sua essencia do poder dos Principes: cumpre acrescentar, que o é igualmente no seu exercicio; ou alias dizer em geral, o que me parece melhor, que *é independente do poder dos Principes*, sem especificar na sua essencia.

Not. II. Diz-se em geral — *do supremo poder dos Principes*. Este Codigo é de leis portuguezas, e não de Direito Publico universal; pelo que os principios geraes, que nelle entrão, devem ser sempre applicados ao nosso Estado. Deve pois o legislador fallar, não por termos genericos, mas de *maneira*, que applique a si mesmo a decisão; por tanto em lugar de dizer = *do supremo poder dos Principes* = seria mais proprio dizer = *do nosso poder supremo*. = Assim se praticou no principio do Titulo IV. = *E confessamos que o nosso supremo poder nesta parte está sujeito á Igreja*, etc.

Já tenho notado isto outras vezes, e não cessarei ainda de o repetir; porque me parece, que estas maneiras geraes de fallar, de que se usa frequentemente em varios Titulos deste Codigo, sabem muito ás lições academicas e doutrinaes; sendo que muito importa ter sempre diante dos olhos, que esta obra não é uma mera prelecção, mas um codigo de leis, a que só convém o tom e o estilo proprio da legislação.

#### *Texto.*

*A qual elles mesmos estão sujeitos por felicidade sua.*

#### *Censura.*

Not. É isto uma confissão muito christã e pia; mas mais propria de um catecismo ou obra mystica, do que de um codigo. De mais parece-me desnecessaria

esta clausula. É sabido, que todos os fieis indistinctamente estão sujeitos á Igreja Christã e á sua jurisdicção divina por felicidade sua; e que o Principe á este respeito é como qualquer delles: pelo que nem a sujeição nesta parte, nem a felicidade, que resulta desta sujeição, é cousa ou singular, ou duvidosa, que deva por isso entrar em conta neste §.

*Texto.*

*A temporal toda pende do seu arbitrio e concessão (isto é, dos Principes.)*

*Censura.*

Not. I. Na exposição desta especie de jurisdicção continúa o mesmo tom e estilo de fallar em termos genericos, que já notei nas clausulas antecedentes.

Not. II. Esta proposição, posta aqui com esta generalidade, e a respeito de todos os Principes, não me parece muito exacta. É principio certo em Direito Publico universal, que toda a jurisdicção temporal, que ha na Igreja, é na sua origem e por sua mesma natureza uma emanação ou participação do poder civil; mas nem por isso se segue logo, que em todos os Imperios toda a jurisdicção temporal, que tem a Igreja, fica por isso mesmo dependente na sua existencia e conservação do poder dos Principes.

Ha reinos, em que a Igreja, ou clero figura como ordem do Estado, e em que a Igreja tem privilegios jurisdiccionaes, que lhe forão dados por leis fundamentaes e constitutivas da nação. Assim, por exemplo, em Inglaterra reputão-se como leis fundamentaes os direitos e privilegios, que a lei tem outorgado ao corpo dos bispos e do clero do reino; e no acto da coroação, como nota Blackstone, se pergunta aos Reis, se promettem de os conservar e manter em seu vigor, e os Reis expressamente os promettem guardar com juramento. l. 338. Em França ainda em 1750 se representou ao Rei, como principios certos e reconhecidos em

todo o reino, que as immuniidades ecclesiasticas erão um privilegio do primeiro corpo da nação, que tinha adquirido todos os characteres de uma lei immutavel por sua origem, tão antiga, como a monarchia; por sua posse constante; por testemunhos de todos os seculos; por convenções sagradas e inviolaveis; e por leis authenticas, e muitas vezes renovadas; e que desta maneira era um direito apoiado sobre os mesmos fundamentos, em que se havia estabelecido a propriedade fixa e immutavel dos bens, a segurança dos contractos, a ordem das condições, a estabilidade das fortunas, e o repouso e felicidade dos cidadãos. (*Max.* 482: 1.<sup>a</sup> edic. ant.) Quando o principado soberano de Neufchatel e de Valengin foi julgado aos Estados d'elRei de Prussia nos principios deste seculo, entre os artigos das leis fundamentaes, que se formárão no curso das pretensões de diversos Principes, foi um delles, que o Soberano seria obrigado a guardar todos os direitos, franquezas e liberdades da Igreja, em que entravão muitos temporaes.

Destes pois, e acaso de outros Estados não se póde verificar a proposição geral e indefinida, que aqui se põe, de que toda a jurisdicção temporal, que tem a Igreja, é dependente do arbitrio e concessão do Principe. Por tanto não deve ir aqui esta clausula assim absoluta e applicavel a todos os imperantes, como um principio de Direito Publico; mas só restricta ao nosso Imperio, se for certo, que a Igreja Lusitana não tem parte alguma de jurisdicção, que lhe fosse dada por leis fundamentaes, tradicionaes ou consuetudinarias, do que por ora me não faço cargo.

## AO §. 10.

### *Texto.*

*É uma e outra ou é voluntaria, ou contenciosa; e a esta se referem todos aquelles actos, que se praticão contra os invitos, e em que houver disputa e contenda, ou, ainda que a não haja; que de sua natureza pedirem*



*maior indagação e conhecimento de causa: os quaes sómente se podem expedir por juiz competente, que é regularmente o ordinario do lugar; os outros, por qualquer juiz.*

*Censura.*

Not. No principio do §. 8. propoz-se a divisão geral da jurisdicção em *ecclesiastica* e em *secular*; e no mesmo §. 8. e no §. 9. se definiu o que era jurisdicção *ecclesiastica*. Parecia pois, a seguir-se este methodo, que antes de se passar adiante á divisão de uma e outra jurisdicção em *voluntaria* e *contenciosa*, se devia primeiro definir o que era jurisdicção *secular*, ~~assim~~ como se havia practicado a respeito da jurisdicção *ecclesiastica*, como já notei ao §. 8. Isto pedia a exactidão do methodo, maiormente sendo a jurisdicção *secular* o objecto capital desteTitulo e desteCodigo: com tudo não se fez assim; e a jurisdicção *secular* ficou por definir.

*Texto.*

*É uma e outra ou é voluntaria, ou contenciosa.*

*Censura.*

Not. Esta clausula = *e uma e outra* = tem aqui alguma obscuridade; porque sendo ella de si relativa, não é logo claro, quaes são as duas jurisdicções, a que se refere.

1.º Se attendermos á doutrina immediata do §. antecedente e do mesmo §. 8., parece que a divisão, que aqui se faz, da jurisdicção em voluntaria e contenciosa se deve entender tão sómente das duas especies de jurisdicção *ecclesiastica*, que são a espiritual e a *ecclesiastica* temporal, por serem o objecto mais proximo e immediato, de que se havia fallado; e muito mais, porque esta clausula = *e uma e outra* = pela particula ou formula connectiva vai ligada com as clausulas do §. antecedente, em que sómente se tractou das duas especies de jurisdicção *ecclesiastica*: com tudo

pela maneira, com que se tracta mais abaixo esta materia: se vê que aqui se quiz fallar dos dous generos de jurisdicção, ecclesiastica e secular, que se havião proposto muito acima no §. 8.; nem podia ser das intenções do auctor dar aqui a divisão da jurisdicção em voluntaria e contenciosa, e não incluir nella a jurisdicção secular, que é o objecto principal deste Titulo e deste Codigo.

2.ª Por outra parte para se entender esta clausula = e uma e outra = de ambas as jurisdicções, ecclesiastica e secular, fica então muito longe e distante a divisão, que se havia feito no principio do §. 8., para se poder neste §. 10. referir a ella depois de uma longa interrupção; muito mais, acabando de se tractar immediatamente, não daquelles dous generos de jurisdicção em geral, mas só das duas especies de jurisdicção ecclesiastica pura espiritual, e a ecclesiastico-temporal. Em poucas palavras a clausula = e uma e outra = é equívoca: pelo sentido refere-se aos dous generos de jurisdicção ecclesiastica e secular; pela grammatica refere-se ás duas especies de jurisdicção ecclesiastica, espiritual e temporal.

Por tanto julgo, que se deve reformar este §. 10., e enunciar as cousas de maneira, que se entenda logo, que esta clausula se refere, não á materia proxima do §. 9., mas á mais remota do §. 8.

#### *Texto.*

*E a esta (a jurisdicção contenciosa) se referem todos aquelles actos, que se practicão, etc.*

#### *Censura.*

Not: Havendo-se dividido a jurisdicção em duas especies, — 1.ª voluntaria, — 2.ª contenciosa; — e passando-se agora a dar uma idéa geral dos actos, que pertencem a cada uma dellas: pedia a ordem natural das cousas, que se começasse pela que primeiro se havia enunciado no principio deste §., isto é, pelos

actos da jurisdição voluntaria, e não pelos que pertencem á contenciosa ; ou alias dever-se-hia ter enunciado em primeiro logar a jurisdição contenciosa, e em segundo a voluntaria. Isto quanto ao methodo.

### *Texto.*

#### *Contra os invitos.*

#### *Censura*

Not. Aqui se qualifica e caracteriza a jurisdição contenciosa pelos actos, que exercita contra os *invitos*, que é a differença especifica, que se lhe dá, da jurisdição voluntaria. Alguns auctores assim a definem, seguindo a Glossa á L. 2. ff. *de offic. proconsulis*, em contraposição á voluntaria, que se exercita *inter volentes et consentientes*, ou sem contestação entre partes: com tudo não me parece isto exacto. Um dos litigantes é invito, qual é o réo, que vem obrigado a juizo ; mas não se póde dizer, que o é o auctor, que o demanda perante o magistrado, nem ainda mesmo, quando recebe sentença contra si, pois que veio a juizo por sua vontade. De mais algumas vezes as partes por seu commun accordo e convenção recorrem ao juizo, e pedem a decisão da causa, como já notou Samuel Stryckio nas suas *Observações* ao compendio de Lauterbachio, que por isso quer, que em logar de *invitos* se diga *controvertentes*, p. 58. XX.

Por tanto parece, que se não póde dizer indefinidamente, que a jurisdição contenciosa se exercita contra os *invitos*, como se o fossem ambas as partes, ou o fossem sempre. Daqui vem, que alguns auctores, definindo a jurisdição contenciosa, modificão esta clausula, dizendo: *etiam contra invitos* ; porque incluindo assim os *invitos*, denotão ao mesmo tempo, que nem ambos os litigantes o são, ou que nem sempre são *invitos*. Outros dizem simplesmente, que a jurisdição contenciosa é a que decide das contestações, que se propõem em juizo. Hubero diz, que a jurisdição con-

tenciosa

contenciosa consiste = *in litibus et controversiis de meo atque tuo* = (Liv. II. Tit. I. *de jurisdict.* p. 575.), e Urfel na sua *Jurisprudencia definitiva*, que a jurisdição contenciosa era o direito de conhecer dos factos dos litigantes, ou contradictores, e de lhes applicar as leis: *Jus cognoscendi de factis dissentientium inter se, iisdemque leges applicandi.* §. C. I. p. 87.

Seria pois mais conveniente adoptar esta ou outra definição, pela qual se declarasse, que a jurisdição contenciosa se exercitava entre partes, e que decidia de suas controversias.

Nem obsta a contraposição, que se quer fazer da jurisdição contenciosa com a voluntaria: da voluntaria se diz exactamente, que ella se exercita *inter volentes et consentientes*, porque se exercita sobre objectos, em que não ha contestação entre partes, e em que concorre a vontade de todos, a dos que pedem, e a dos juizes, que recebem, ou confirmão os actos dos que pedem o que se pede *vel auctoritatis, vel solemnitatis gratia*, como adverte entre outros Selchow nas notas ao §. C. I. da *Jurisprudencia definitiva* de Urfel: *Dicitur voluntaria, quia omnium voluntas hic concurrat, petentium scilicet, et confirmantium.* Não é porém assim a respeito da jurisdição contenciosa, em que não são *invitos*, ou o não são sempre, todos os que vem a juizo, como já notei.

#### *Texto.*

*E em que houver disputa e contenda, ou ainda que a não haja.*

#### *Censura.*

Not. I. *Disputa e contenda* é o mesmo; bastaria um só destes dous termos.

Not. II. Esta parte da definição ou exposição parece-me defeituosa; porque a nota characteristic da jurisdição contenciosa é a contenda entre as partes, e por consequente quando a não ha, passa a mesma jurisdição a ser voluntaria. Esta doutrina é corrente entre os auctores. De mais, se não ha contenda, não ha

contradictores, e por consequencia nem ha *invitos*, que é o que qualifica a jurisdição contenciosa no systema do compilador.

### *Texto.*

*Ou actos, que de sua natureza pedirem maior indagação e conhecimento de causa.*

### *Censura.*

Not. Ha actos de jurisdição contenciosa, que pedem maior indagação e conhecimento de causa, isto é, conhecimento ordinario, como se entende no Titulo VII. §. 8. desteCodigo, e nas suas Provas; mas tambem ha outros, que só requerem o conhecimento summario, e por consequencia menor conhecimento e indagação: logo não se pôde dar o maior por unica nota característica dos actos de jurisdição contenciosa, pois que tambem os de menor indagação o podem ser. Já Schiltero nos Corollarios ao Titulo *de jurisdict.* reprovou em Sichardo haver supposto comõ nota característica da jurisdição contenciosa demandarem os seus actos conhecimento ordinario da causa, quando ella em muitos actos só requer conhecimento summario.

Not. II. Parece-me além disto muito vaga e indefinida esta doutrina; porque não nos diz claramente, qual é o grão de indagação necessario para fazer que o acto se repute de maior conhecimento e de jurisdição contenciosa; pois tambem ha actos, que pedem indagação e conhecimento de causa, e com tudo não são actos de jurisdição contenciosa, mas voluntaria. É bem sabido, que ha actos de jurisdição voluntaria, que podem fazer-se simplesmente sem conhecimento de causa, a que chamão de *confirmação méra*; e outros, que requerem conhecimento de causa, a que chamão de *confirmação mixta*, como já notei ao §. 7. Desta ultima classe são, por exemplo, as cartas de emancipação, de suppleto de idade, de legitimação, de perflhamento; as insinuações das doações; as cartas de privilegio e

liberdade; as cartas testemunháveis, que tirão de algumas pessoas por se quierem escusar de servir os officios de vereador, e os mais da governança das cidades e villas; e outros muitos actos semelhantes, os quaes requerem informação e conhecimento de causa, sem que por isso se possam chamar contenciosas.

Bem vejo, que estes actos podem alguma vez involver disputas: por exemplo, pôde um terceiro oppôr-se á confirmação da doação; podem-se oppôr os parentes, ou tutores á dispensa da idade, etc.; e por isso pôde ser necessario ouvir as razões de uma e outra parte para julgar da sua validade. Mas o que d'aqui se segue, é que estes actos então mudão de natureza, e passão a ser de jurisdicção contenciosa, como adverte Hubero (*Praelect. Lib. II. Tit. I. de jurisd.*): *Nihil haerendum*; diz elle fallando neste caso, *quin haec omnia sint contentiosae jurisdictionis*; e o mesmo segue Stryckio nas *Observações* ao compendio de Lauterbach: *Et sic actus voluntariae jurisdictionis, si ad contentionem rei veniant, fit contentiosae*; p. 58.: sendo principio estabelecido entre os auctores, que nem ha jurisdicção voluntaria com disputa entre partes, nem jurisdicção contenciosa sem ella.

Se pois muitos actos da jurisdicção voluntaria demandão indagação e conhecimento de causa, qual é a medida ou balança, que aqui se nos dá, por que possamos pesar e avaliar aquelle maior grão de indagação e conhecimento, que faz com que um acto se repunte antes de jurisdicção contenciosa, que voluntaria? Eis aqui o que fica em silencio e confusão neste §., podendo-se aqui applicar o que já havia advertido Schiltero nos coroll. ao *Titulo de jurisdictione*, que era obscura a nota, que dava Sichardo, da jurisdicção contenciosa, fazendo-a consistir nos actos, que demandavão conhecimento ordinario de causa: *Obscura ea est, neque facile apparet, an actus indigeat causae cognitione ordinaria, nec ne*. Seria pois melhor especificar aqui estas cousas, que não são claras, do que gastar tempo em propôr outras, que são sabidas e vulgares.

*Terto.*

*Os qudes (actos da jurisdição contenciosa) sómente se podem expedir por juiz competente, que é regularmente o ordinario do logar: os outros por qualquer juiz.*

*Censura.*

Not. I. *Os outros por qualquer juiz.* Fica escuro, a quem se referem = *os outros*; = porque se não fallou até aqui de actos de jurisdição voluntaria, a que este relativo se possa referir.

Not. II. Parece-me, que se não póde dizer absolutamente, que todos os actos de jurisdição voluntaria se podem ou devem expedir por qualquer juiz: 1.º porque isto daria logar a muitas duvidas e conflictos de jurisdição: 2.º porque ha muitos actos em nossa jurisprudencia, que requerem competencia de juiz. As leis tem determinado certos magistrados, e certos tribunaes entre nós, a quem compete exercitar privativamente muitos dos actos da jurisdição voluntaria, e que até são estabelecidos para esse mesmo fim: nem podia deixar de ser, porque a diversa natureza dos negocios pedia, que houvesse juizes certos, que os tractassem e decidissem.

O compilador talvez contemplou aqui a doutrina geral de direito romano, aonde os actos de jurisdição contenciosa podião expedir-se tão sómente por juiz competente; e os da jurisdição voluntaria por qualquer juiz. L. 20. ff. *de jurisdict.*, e L. 27. C. *de donation.* Mas cumpre advertir: — 1.º que pelo mesmo direito romano só podião exercitar os actos de jurisdição voluntaria aquelles magistrados, perante os quaes se desse *actio legis, sive actus legitimus*, pois que magistrados havia, perante quem se não davão estes actos: — 2.º que assim mesmo se devia entender sómente dos actos de jurisdição voluntaria, que não requerião decreto e conhecimento de causa, mas sómente a auctoridade do magistrado, como nota Lanterbachio *de jurisdict.*, e com elle Schilter nos *corollarios* ao mesmo Titulo, e

Stryckio ao compendio de Lauterbachio Liv. II. Titulo *de jurisdictione*, fundados na L. 5. §. 12. ff. *de reb. eorum, qui sub tutela vel cura sunt*; e que por isso devião expedir-se perante o magistrado ordinario, segundo se conclue da L. final ff. *de judic.*, limitando-se a regra sómente na especie da Lei 15. §. fin. ff. *de manumiss. vindict.* em favor da liberdade, como nota Stryckio ao Livro II. Titulo *de jurisdict.* em Lauterb.; e Schiltero contra Sichardo nos coroll. ao Titulo *de jurisdict.*: — 3.º que o dizer-se, que os actos de jurisdicção voluntaria se podião expedir por qualquer juiz, era porque para ella se não requeria que o juiz fosse competente *ratione personarum agentium aut rerum*, mas era sempre necessario, que o fosse *ratione causae vel jurisdictionis*; isto é, que fosse habil para poder confirmar aquelles actos: donde vem que na Lei 5. e fin. C. *de emancipationibus liberorum*, e no §. 6. e 8. Inst. *quibus mod. jus patr. potest. solv.*, e em outros textos se diz, que os actos de jurisdicção voluntaria se devem fazer perante juiz competente: o que se deve entender precisamente neste sentido, como nota Carpzovio e Samuel Stryckio *ad Lauterb.* p. 57.

Not. III. Havendo-se dado neste §. a definição ou explicação do que era jurisdicção contenciosa, convinha, a seguir-se este methodo doutrinal e didactico, definir tambem o que era jurisdicção voluntaria, e não passar sem isso á enumeração dos seus actos no §. seguinte.

## AO §. II.

### Texto.

*E deste genero são as escripturas publicas de doações, compras e vendas, e transacções; os testamentos e a sua approvação; as procurações publicas; o reconhecimento dos escriptos e mais papeis particulares; a sua redução ás notas, ou traslado; e a conferencia das escripturas, e causas simillhantes.*



*Censura.*

Not. I. • Referem-se aqui exemplos de actos, que pertencem á jurisdição voluntaria; e começa o §. dizendo: = *E deste genero são*, = havendo-se fallado no §. antecedente dos actos de jurisdição contenciosa e voluntaria em geral, e sem os especificar em particular: não fica logo claro a todos os leitores, a qual destas duas jurisdições se refere a clausula = *E deste genero são*; = só pela materia sujeita é que se vê, que se refere á jurisdição voluntaria; e é necessario, que o legislador poupe aos subditos estas indagações na leitura de um Codigo.

Not. II. O compilador neste §. sómente refere exemplos de actos pertencentes á jurisdição voluntaria; a seguir este methodo, porque não especificou tambem exemplos de actos de jurisdição contenciosa? Julgo, que esqueceo isto no texto; porque, segundo se vê das Provas, tinha sido de suas intenções especificar tambem estes actos. — Diz elle assim nas Provas: No §. 10. (que é antecedente a este) *se põe a regra geral dos actos, que pertencem á jurisdição chamada voluntaria e contenciosa; e os exemplos no §. seguinte* (que é este nosso); e *se põe com mais clareza para evitar duvidas e questões.* Com tudo neste §. só se põem exemplos de actos da jurisdição voluntaria, e não da contenciosa.

Not. III. O compilador aponta aqui estes exemplos, como actos de jurisdição voluntaria: ora o character da jurisdição voluntaria, na sua opinião, é poderem ser feitos por qualquer juiz: assim quem tiver lido o §. antecedente, e lêr depois este §., entenderá, que os actos, de que aqui se falla, só podem ser expedidos pelos juizes: com tudo não me parece isto muito exacto, porque as escripturas, procurações, testamentos, etc., que aqui se nomeião por exemplos, são feitos pelos tabelliães publicos, sem que seja necessaria a intervenção do julgado.

Not. IV. Acho que não era necessario enumerar aqui estes actos, os quaes podião ter melhor assento nos logarés, em que se tractasse de cada um dos officiaes

e magistrados. De mais, a enumerarem-se estes actos, porque se não enumerarão outros muitos, que também pertencem á mesma especie de jurisdicção? Diz-se nas Provas, que se pozerão estes exemplos, e com mais clareza, para evitar duvidas e questões: mas não sei que ate aqui as tenha havido entre nós sobre serem os actos referidos neste §. pertencentes, ou não, á jurisdicção voluntaria. E se houve questões, mais as haverá agora para saber: — 1.º quaes são estes actos, que demandão maior ou menor indagação; — 2.º se são taes, que pertenção á jurisdicção contenciosa, ou á voluntaria; — 3.º se todos os juizes os podem expedir.

Not. V. *Escripturas publicas de doações.* Bastava dizer = *escripturas publicas*; = alias seria necessario enumerar-as todas; e se se não enumerão todas, para que se faz aqui menção especifica das escripturas de doação?

Not. VI. *E outros semelhantes.* Na lei tudo deve ficar definido e demarcado, e esta clausula deixa as cousas vagas e expostas ao arbitrio dos juizes. Já Montesquieu notou este modo de fallar vagamente em uma ordenação de França.

## AO §. 12.

### *Texto.*

*A jurisdicção dos nossos ministros toda é ordinaria, em quanto só de nós dimana; o que se entende ainda da que vulgarmente se diz mandada, ou delegada, porque nenhum juiz em nossos reinos tem liberdade de mandar, ou delegar a sua jurisdicção, e o que por elle serve nos seus impedimentos, a exercita como propria em virtude da lei, e é, assim como todos os outros, juiz ordinario.*

### *Censura.*

Not. As doutrinas, que se dão neste §., correm a mesma nota, que as outras, porque são mais expli-

cações de escola, que decretos de legislação; estilo transcendente na maior parte dos §§. deste Título.

*Texto.*

*A jurisdicção dos nossos ministros toda é ordinaria, em quanto só de nós dimana.*

*Censura.*

Not. O dimanar a jurisdicção do Principe não basta para se dizer ordinaria e delegada; tambem a extraordinaria dimana do Principe, e com tudo não deixa de se chamar extraordinaria. Parece que o compilador suppõe, que os que até agora fazião differença entre jurisdicção ordinaria e delegada, querião que a primeira emanasse do Principe, não a segunda: com tudo não achei ainda auctor de boa nota dos que tenho visto, que não tivesse como um principio certo, que o Principe era a fonte de toda a jurisdicção civil e politica, e que ninguem a podia exercitar, se delle a não tivesse: nisto convêm não só os estranhos, como se vê de Zeiglero *Tract. de juro majest.* lib. I. C. 29. §. 2. e de Samuel Stryckio *Usus modern. pandect. ad titulum de jurisdictione*, que citão muitos outros; mas tambem os nossos, como se vê de Valasco *de jure emphyt.* 9. 8. nn. 21 e 29., de Caldas Pereira *cõns.* 28. n. 41., de Portugal *de donat.* lib. II. C. 8. n. 8., de Pegas no tom. XII. ao liv. II. das Ordenações t. 49. Gl. I. 9. n. 1. e no tom. II. ao liv. I. t. 3. Gl. I. 64., e de outros muitos, que não é necessario citar aqui; os quaes dizem, que isto procede muito principalmente em nossos reinos, em que todas as cousas jurisdiccionaes são reservadas ao Rei, como adverte Cabed. P. 2. *dec.* 41., e Portugal *de donat.* liv. I. c. 8. n. 8.

*Texto.*

*O que se entende ainda da que se diz mandada ou delegada.*

*Censura.*

Not. Não acho isto corrente: a jurisdição pôde emanar do Príncipe por diverso modo e fôrma, e para diversos fins; e assim mesmo pôde vir delle immediata ou immediatamente, como nota Portugal *de donat.* lib. II. c. 12. n. 11. p. 181.: *Ut nemo jurisdictionem, etiam minimam, habere possit, nisi a Principe non recognoscen- te superiorem, vel mediate vel immediate.* Attendendo a isto é que os auctores costumárão fazer differença entre jurisdição ordinaria e delegada. Chamárão ordinaria, como é sabido, áquella, que vem immediatamente da lei, e que por direito commun reside em toda a sua extensão no magistrado em razão de seu officio, tanto que elle é constituído pelo Príncipe; pela qual conhece em uma certa repartição, ou territorio, de todos os negocios, que não estão commettidos e reservados a outro juiz por alguma lei particular. Como o Príncipe separou de si este officio de julgar, e o constituiu proprio e privativo do magistrado, não se pôde delle separar esta jurisdição radicada em sua mesma pessoa, tanto que o Príncipe lh'a conferio, que por isso mesmo se chama ordinaria, e se diz que lhe compete *jure proprio*: *Proinde haec est propria jurisdictio*, diz Hubero, *quam quis immediate habet a Republica* (Prol. ad lib. II. p. 576.).

Pelo contrario chamárão jurisdição delegada áquella, que alguém tem, não immediatamente da lei, mas só mediatemente por especial mandado do superior ou magistrado; ou seja para julgar certas causas e negocios; ou seja só para conhecer plenamente de uma causa até definitiva; ou seja para autuar o processo, reservando-se o delegante a pronunciação da sentença; ou seja para certos artigos e incidentes das causas, etc. E esta jurisdição é a de que usão todos os juizes commissarios em nossos reinos.

Sendo isto assim, não acho razão para alterar neste §. as noções até aqui recebidas, e chamar a toda a jurisdição ordinaria: — 1.º porque todos os que fazem differença entre uma e outra, concordão em que

ambas provêm ou *proxime*, ou *remote* da auctoridade do Principe, ou da lei, sendo desnecessario para firmar este principio chamar a uma e outra ordinaria: 2.º porque é diversa a natureza, e são diversos os limites e os effeitos de uma e outra jurisdicção, como é sabido, em direito, os quaes fazem com que o nome de jurisdicção ordinaria seja proprio de uma, e não da outra.

*Texto.*

*Porque nenhum juiz em nossos reinos tem liberdade de mandar, ou delegar a sua jurisdicção.*

*Censura.*

Not. Eis aqui a razão, por que o compilador chamou á jurisdicção delegada ordinaria: analysemos esta doutrina. Ou elle entende, que o juiz não póde mandar ou delegar a sua jurisdicção por auctoridade propria; ou entende que o não póde absolutamente fazer em nossos reinos por virtude de lei, que para isso tenha.

Se entende no 1.º sentido, é certo, que nenhum juiz tem direito de mandar, ou delegar a outrem a sua jurisdicção por sua propria auctoridade sem lei ou costume, que valha como lei, que para isso o auctoreze; porque para este officio é escolhido o juiz por sua industria e aptidão pessoal, e não exercita aquelle cargo *jure proprietatis et domini*, mas só por beneficio da lei e do Principe (Boehm. p. 241.). A ser este o sentido do compilador, não vejo, como este principio lhe possa servir para dizer, que toda a jurisdicção delegada é ordinaria: nem sei aonde esteja o nexo entre este principio e a consequencia, que tira delle.

Se se toma no 2.º sentido, creio que se não póde dizer absolutamente, que nenhum juiz em nossos reinos tem liberdade de mandar ou delegar todos, ou alguns actos de sua jurisdicção; por quanto ha muitos casos, em que a lei permite ao julgador commetter a outrem as suas vezes em alguns actos, sem lhe de-

signar pessoa determinada: e isto é o que se chama poder delegar a sua jurisdição; e juizes delegados, ou commissarios aquelles, em quem ella se delega; ou isto seja para certas e determinadas causas, ou partes illas; ou para as audiencias; ou para o exame das testemunhas; ou para o transumpto dos documentos; ou para inspecção ocular; ou para a averiguação das contas; ou para a execução; ou para a liquidação e distribuição no concurso dos crédores; ou para outros actos semelhantes de jurisdição: são muitos os exemplos disto em nossas leis, e mui frequentes as commissões na prática.

Bastará trazer aqui por exemplo o Alvará de 25 de Fevereiro de 1771, em que os superintendentes das alfandegas das provincias do norte e sul podem delegar a sua jurisdição, quando saírem fóra dos seus respectivos territorios, nos ministros, que lhes parecerem, com tanto que sejam bachareis, e da graduação de cabeça de comarea para cima nas provincias do sul, e da Relação e Casa do Porto para as do norte; e o outro Alvará de 16 de Janeiro de 1773, em que o presidente relator da junta sobre os censos e fóros do Algarve póde, estando ausente ou impedido, delegar o seu poder em um dos ministros de maior graduação daquelle reino. Ora estes delegados, ainda que recebam o poder, que tem, por meio da commissão do proprio magistrado, todavia mediatamente o recebem do Principe e da lei, que tem auctorizado naquelles casos as mesmas commissões do magistrado; verificando-se, neste sentido, dos delegados, o que se diz especificamente dos delegados dos superintendentes das alfandegas, que se entenderão nos ditos casos por aquella mesma lei nomeados pelo Principe.

Sendo isto assim, não acho razão em se dizer tão geral e indefinidamente, que nenhum juiz nestes reinos tem auctoridade para mandar ou delegar a sua jurisdição; e trazer este principio para prova de que toda a jurisdição é ordinaria.

*Texto.*

*E o que por elle serve nos seus impedimentos, a exercita, como propria, em virtude da lei, e não da sua commissão; e é, assim como todos os outros, juiz ordinario.*

*Censura.*

Not. Havia-se dito, que o juiz não podia mandar ou delegar a sua jurisdição; agora se accrescenta, como fallando da mesma especie, que o que por elle serve em seus impedimentos, a exercita como propria em virtude da lei. Parece destas palavras, que aqui se confundem as noções de delegação com as de substituição ou subrogação; e se põe de mistura o juiz, a quem algum magistrado ou superior manda ou delega a sua jurisdição, com o que por elle serve em seus impedimentos; sendo alli as cousas entre si diversas, segundo eu cuido. Para se fazer juizo disto, convém recordar aqui, que a jurisdição de um magistrado pôde ser commettida a outro ou immediatamente pela lei, que lhe designa certo substituto, ou serventuario em seus impedimentos; ou pelo mesmo magistrado em virtude da permissão, que a mesma lei lhe dá para poder commetter as suas vezes ou a certa ordem de ministros publicos, ou a outras pessoas habeis. Ponhamos exemplos de um e outro caso.

Diz a lei, que na ausencia ou impedimento do juiz ordinario sirva de juiz o vereador mais velho; que no impedimento do juiz dos orfãos sirvão os juizes ordinarios, ou o juiz de fóra, se oahi houver (Ordenação do Liv. 1. Tit. 97. §. 8.); que impedido ou ausente o governador da Casa do Porto, ou regedor da Casa da Supplicação, fique em seu lugar o chanceller (Liv. 1. Tit. 9. §. 16. e Tit. 1. §. 48. e Tit. 35. §. 7.), ou sendo o chanceller impedido ou ausente, o desembargador dos agravos mais antigo (§. 7. Liv. 1. Tit. 35., Assento do . . . II. da Suppl. fol. 29., Coll. III. ao Liv. 1. Tit. 4. n. 4.). Verificando-se pois estas hypotheses, entra o vereador no lugar do juiz; o juiz ordinario ou de fóra,

no lugar do juiz dos orfãos; o chanceller, ou o desembargador mais antigo dos aggravos no lugar do regedor, ou do chanceller, etc.; e tem todos inteiramente toda a jurisdicção, de que estavam revestidos os magistrados, que substituem.

Por tanto destes serventuarios e substitutos se verifica exactamente, que são magistrados ordinarios; que recebem o seu poder immediatamente do Soberano; que tem a mesma alçada, e usão inteiramente de todos os direitos dos seus substituidos; e que podem consequentemente pela regra geral dos subrogados delegar aquelles actos de jurisdicção, que podião ser delegados pelos mesmos substituidos segundo o seu regimento (Vanguerve p. 210. P. III. C. 9. n. 30.). Estes são pois os que se chamão propriamente substitutos. Assim no Assento do Liv. 2.<sup>o</sup> da Suppl., que vem na Collecção III. á Ordenação do Liv. 1. Tit. 4. n. 4., se diz, que o desembargador dos aggravos, que fica com o sello com beneplacito do regedor na ausencia do chanceller, é substituto d'elle pela lei, e que exercita integralmente tudo aquillo, que o dito chanceller havia de expedir como chanceller, por ser tudo inseparavel do dito officio; que o chanceller em certas especies de jurisdicção é substituto, pela lei, do regedor (Assento ibi), ou em sua ausencia o desembargador mais antigo dos aggravos, a quem ellas se devolvem. Assim no Alvará de 26 de Maio de 1766 se dizia, que os provedores das comarcas, como contadores da fazenda, erão substitutos dos dous superintendentes geraes das alfandegas do norte e sul nas suas faltas e impedimentos; e no Alvará de 22 de Fevereiro de 1779, que estando o juiz presidente dos leilões impedido, substituisse o seu lugar um dos dous presidentes da junta do deposito publico, que estivesse mais desembaraçado.

Não succede assim nos casos de pura delegação, ou commissão do magistrado, como se vê do que acima notei; porque quando, por exemplo, o Desembargo do Paço encarrega a um ministro, que faça certa diligencia, ou conheça de certo negocio, então este ministro é delegado, e não substituto do tribunal, que



o nomeia; e por isso deve elle mesmo expedir por si a commissão, que se lhe deu, e não lhe é permittido subdelegar.

Assim pois o juiz, a quem a lei manda servir nos impedimentos de outro magistrado, é substituto, ou serventuario; e aquelle, a quem o magistrado manda ou delega a sua jurisdicção, é delegado ou mandatario: ambos recebem a sua jurisdicção em virtude da lei; mas o primeiro a recebe immediatamente da lei, e não do magistrado, que substitue; o segundo a recebe immediatamente do magistrado, que lh'a delega por virtude e concessão da mesma lei, que lh'o permite: o primeiro tem jurisdicção ordinaria e propria, porque lhe compete em razão da magistratura, ou officio, que a lei naquelle caso lhe deferre, a qual exercita *jure proprio*, isto é, por direito, que lhe é dado immediatamente pela lei; o segundo a não tem ordinaria e propria, mas alheia, porque a tem e exercita por mandado e em nome daquelle, „*cujus non est summa potestas*. No 1.º caso não é livre ao magistrado ter, ou não ter aquelle substituto, que a lei chama e designa em seu lugar; no 2.º caso póde escolher este ou aquelle, com tanto que seja pessoa idonea, e da classe daquelles, que a lei approva para isso.

Não se devem pois confundir as noções de delegação com as de substituição, ou subrogação, como parece que se faz neste lugar; nem dizer-se, que o juiz delegado é, como todos os outros, juiz ordinario, pois que sómente se póde haver por tal o juiz substituto pela lei, e não o delegado per commissão do magistrado. Por tanto julgo que convem retocar este §.

### AO §. 13.

#### Texto.

*A outra especie de jurisdicção, chamada especificamente prorogada, nos casos, em que póde ter lugar, tam-bem é ordinaria, por se adquirir por força e em virtude*

*das nossas leis : as quaes constituirão o fóro do contracto ; que é o fundamento da prorrogação expressa ; e permitirão que qualquer pudesse renunciar o seu privilegio , donde vem a tacita , que se presume de se não allegar a prescripção do fóro ; e admittirão geralmente a prorrogação legal , ou necessaria , que acontece pela reconvenção , não parecer justo , que se possa recusar aquelle mesmo juiz , que se escolheo para outrem.*

#### *Censura.*

Not. I. Continuação neste §. as divisões e explicações doutrinaes ; creio que bastaria dizer , que a jurisdição prorogada , de qualquer modo que o fosse , tambem era ordinaria ; porque as explicações , que se dão , das tres especies de prorrogação são inteiramente doutrinaes , e por isso pouco proprias do tom legislativo. De mais , que devendo tractar-se necessariamente no livro III. , como se adverte nas Provas , dos tres modos , por que se adquire a jurisdição e foro , para elle se devião consequentemente reservar as explicações , que aqui se fazem ; assim como nelle se ha de fallar dos requisitos necesarios para se prorogar a jurisdição ; de quaes são os que a podem prorogar ; se toda a jurisdição é prorogavel por sua natureza , e a que pessoas ; se tem logar as quatro especies *de loco ad locum ; de tempore ad tempus ; de persona ad personam ; de causa ad causam* ; os effeitos da prorrogação , etc ; do que se não tracta neste §.

#### *Texto.*

*A outra especie de jurisdição chamada especificamente prorogada , nos casos , em que póde ter logar , etc.*

#### *Censura.*

Not. Não sei se seria melhor extinguir toda a prorrogação da jurisdição , menos a legal e necessaria , que acontece pela reconvenção , como se practica em Alle-

manha, aonde é prohibida por muitas leis a prorrogação da jurisdicção, menos a legal e necessaria, ou da reconvenção, como notão Schilter Ex. VI. §. 23., Gebavero de *jurisd. c. 2. §. 7. p. 72. e seg.*, Selchow *Jus publ. germ. p. 80.*, e Biver. de *jurisdic.*, nos quaes se podem vêr as razões disto.

*Texto.*

*Por se adquirir por força e em virtude das nossas leis, que constituirão o fóro do contracto (falla da prorrogação expressa).*

*Censura.*

Not. I. *Por força e em virtude das nossas leis.* = Bastaria dizer em virtude das nossas leis: poupem-se palavras.

Not. II. Não era necessario dar a razão da decisão; e muito menos allegar para isso as leis antigas. A auctoridade do legislador deste Codigo é a mesma, que a de seus predecessores; e não necessita de apoiar na auctoridade das leis antigas a razão e prova das decisões de seu novo Codigo.

*Texto.*

*E permittirão que qualquer podesse renunciar o seu privilegio.*

*Censura.*

Not. Digo desta razão o mesmo, que acabo de notar a respeito da 1.<sup>a</sup>

*Texto.*

*E admittirão geralmente a prorrogação legal ou necessaria, que acontece pela reconvenção, pôr não parecer justo, que se possa recusar aquelle mesmo juiz, que se escolheo para outrem.*

*Censura.*

*Censura.*

Not. Tambem acho desnecessario dar a razão , muito mais aqui , que se não tracta de estabelecer as diversas especies de jurisdicção prorogada ; mas tão somente de declarar , que toda a jurisdicção prorogada é ordinaria. No mais digo o mesmo desta passagem , e já disse das outras.

## AO §. 14.

*Texto.*

*Distingue-se da jurisdicção civil a criminal ; porque esta vindica as injurias , e os crimes publicos e particulares ; e aquella os bens e os direitos.*

*Censura.*

Not. I. Neste §. continúa ainda o estilo do methodo doutrinal , que não convém á legislação.

Not. II. Por esta maneira de fallar parece , que já antes se havia começado a fallar da jurisdicção civil e criminal , e que aqui só se explica o em que differe uma da outra ; e com tudo esta é a primeira vez que se falla dellas.

Not. III. A seguir-se o methodo doutrinal , deveria primeiro dividir-se a jurisdicção secular em civil e criminal , e dar-se a definição de cada uma dellas ; e depois explicar-se , como aqui se faz , o em que differe uma da outra.

Not. IV. Quizera , que se dessem noções mais claras de uma e outra jurisdicção. A jurisdicção civil é a que se occupa em dar a cada um o que é seu ; e geralmente em conhecer de todos os factos , em que se tracta do *meu e teu* , sem haver transgressão dolosa da lei , a que haja de seguir-se pena (Heineccio ao liv. II. c. VII. §. 4. p. 238. Prelecç. a Puffend. , que por isso Urfel a define: *Quae respicit facta poenitis non obnoxia*) ;

mas isto não é sempre ~~em~~ controversia, porque como a jurisdicção civil se divide em contenciosa e voluntaria, a voluntaria não tracta de ~~controversias~~, mas de confirmar os actos. A jurisdicção crime pelo contrario é a que averigua e castiga os factos, em que ha transgressão dolosa da lei, a que está imposta pena, isto é, os delictos; ou, como a define o mesmo Uffel: *Ius cognoscendi de delictis, applicandique iisdem poenis legibus praescriptas, jurisdictio criminalis dicitur*; p. 98. §. c. V.

Daqui se segue, que a jurisdicção civil, contraposta á criminal, tem por principal objecto os bens e direitos, ou sejam controvertidos entre as partes, para se dar a cada um o que é seu, ou sejam propostos para se confirmarem: a jurisdicção criminal, contraposta á civil, tem por objecto os bens e direitos violados com transgressão dolosa da lei, para reparar o danno feito á república, ou ao particular; para corrigir o delinquente; e para refrear os que podião seguir o seu exemplo; que são os tres fins das penas.

A jurisdicção civil pois conhece dos bens e direitos, para dar a cada um o que é seu; a criminal, dos bens e direitos, para julgar, se forão violados dolosamente, e que effeito se deve seguir á acção do delinquente: logo os bens e direitos, que o auctor aqui põe como objectos só proprios da jurisdicção civil, também o podem ser da jurisdicção criminal, ainda que em diverso ponto de vista, e para diversos fins, e com diversos effeitos. Por outra parte a jurisdicção civil também comprehende algumas vezes as causas dos delictos, porque também *ex iis civiliter agitur*. Além disto a jurisdicção criminal, como tem por fim na imposição das penas não só a emenda do delinquente e o exemplo dos outros, mas também a reparação do danno, vem muitas vezes a comprehender ao mesmo tempo a satisfação e restituição dos bens e direitos do offendido, o que é uma parte do ministerio da jurisdicção criminal; e também por esta razão se verifica della, que revindica os bens e direitos: donde parece, que a differença das obrigações civis e cri-

minas deve deduzir-se não tanto dos objectos, sobre que versão, pois que podem ser os mesmos, como de sua origem, e do fim, que se propõem.

Por tanto julgo, que cumpre fallar da natureza da jurisdicção civil de maneira, que não pareça, que só elle reivindica os bens e direitos em contraposição á jurisdicção criminal.

### Texto.

*Vindica as injurias, e os crimes; e os bens e os direitos.*

### Censura.

Not. I. Não sei se se pôde assim fallar correctamente em portuguez, applicando-se o verbo = *vindicar* = em uma mesma acceção, como aqui se applica a estas duas clausulas ou membros da oração = *inurias e crimes* = e = *bens e direitos*. = Separadamente ainda se poderá dizer = *vindicar as injurias* = e = *vindicar os bens*, = porque vem a tomar-se o verbo = *vindicar* = em duas acceções diversas, como se toma na lingua latina, e segundo o uso de direito: em uma significará = punir, castigar os crimes; = e n'outra significará = restituir, reivindicar, defender, assegurar o dominio da cousa, ou o direito, *quod quis habet in re*. = Ora em nenhuma destas duas acceções se pôde applicar o mesmo verbo a ambas as clausulas deste §.; porque não podemos dizer na primeira acceção = *punir as injurias e os bens e direitos*; = nem podemos tambem dizer no segundo sentido = *assegurar as injurias, e os bens e direitos*. = Assim parece que o mesmo verbo não pôde reger aqui em uma mesma significação os dous membros ou clausulas da oração = *inurias e crimes* = e = *bens e direitos*. =

Not. II. *Vindicar as injurias e os crimes publicos e particulares.* As injurias são crimes; logo bastaria dizer = *vindicar os crimes publicos e particulares*. =

*Texto.*

*E uma e outra se exercita sobre todas as pessoas do povo, em que se comprehendem nobres e plebeos.*

*Censura.*

Not. I. Bastaria dizer = sobre todas as pessoas do povo. =

Not. II. A especificar *nobres e plebeos*, então cumpriria especificar também os ecclesiasticos, assim como se havia feito no §. 8. do Titulo II., aonde se diz: *que a lei civil obriga a todos os vassallos, assim ecclesiasticos, como seculares*; e isto muito mais, porque segundo os mesmos principios desteCodigo ficão os ecclesiasticos sujeitos em geral á jurisdição civil e criminal, ainda nos mesmos casos, em que até agora se havião por isentos.

*Texto.*

*Em differença da militar e academica, a que estão sòmente sujeitos os que pertencem á milicia e academia, na fôrma dos seus regimentos e estatutos.*

*Censura.*

Not. I. Contrapõe-se aqui a jurisdição militar e academica á jurisdição civil e criminal em razão da diversidade das pessoas, sobre que se exercitão; mas não me posso conformar com esta doutrina e methodo. A jurisdição, a que aqui se contrapõe a jurisdição militar e academica, não é a jurisdição civil e criminal ordinaria e em particular; mas sim a jurisdição civil e criminal tomada em geral e em toda a sua extensão, e segundo a sua divisão generica, que comprehende toda a jurisdição, como é claro do teor dos §§. antecedentes. Ora neste sentido esta jurisdição vem a ser genero, que comprehende debaixo de si todas as differentes especies subalternas de jurisdições; e por consequente as mesmas duas especies de jurisdição mi-

litar e academica. Logo a jurisdição civil e criminal, que aqui é o genero, não se devia contrapôr á jurisdição militar e academica, que aqui são especies, e não generos diversos della; pois que os soldados e academicos estão igualmente sujeitos á jurisdição civil e criminal, posto que esta jurisdição a respeito delles esteja commettida a magistrados privativos. Parece pois, que se confundirão aqui as idéas de jurisdição civil e criminal tomada geralmente com as suas especies particulares.

Toda a jurisdição se divide geralmente em civil e criminal; e ambas estas comprehendem todas as especies particulares de jurisdição, ou seja a ordinaria, ou a extraordinaria, ou a delegada, ou a privativa, etc. Da jurisdição civil e crime ordinaria, que é uma especie, se diz propriamente, que se exercita sobre todas as pessoas em geral, e que della differem as outras especies de jurisdição militar e academica, que só se exercitão sobre os soldados e academicos; porque se faz a contraposição entre especie e especie: mas não se pôde fazer a contraposição entre a jurisdição civil e criminal em geral, e a jurisdição militar e academica em particular, porque seria fazel-a entre o genero e as suas mesmas especies, que se contém debaixo delle.

Not. II. Se o compilador sómente quiz contrapôr a jurisdição academica á jurisdição civil e criminal ordinaria e em especie, porque, fazendo menção destas duas especies de jurisdições privativas, a não fez tambem de outras mais, que ha entre nós, como são as jurisdições consulares, conservatorias, e outras, que se podem chamar extraordinarias, distractadas, pelo dizer assim com Mr. Domat, da jurisdição ordinaria? (Liv. II. Tit. I. sect. II. p. 225.)



## AO §. 15.

## Texto.

A differença e distincção entre jurisdição *méra* e *mixta*, e entre *imperio* *mixto* também *méro* e *mixto*, como *ociosa* e *inutil*, não poderá jámais ser allegada em juizo.

## Censura.

Not. I. Extingue-se neste §. a differença, que até agora se fazia, entre jurisdição *méra* e *mixta*, como *inutil* e *ociosa*. Para vermos a razão disto, será necessario trazer aqui á memoria o que é jurisdição *méra* e *mixta*, visto que o auctor o não declara, como se poderia esperar do seu methodo doutrinal:

1. Póde-se entender por jurisdição *mixta* aquella jurisdição voluntaria, cujos actos demandão algum conhecimento de causa, como era por direito romano o decreto de *alienando res minquam*, e sobre os alimentos futuros deixados no testamento, de que dá exemplos a l. 16. G. de *praediis et aliis rebus min.*; por jurisdição *méra* a que não requer conhecimento de causa (Heineccio *Pand.* p. 71. in *Not. et Observ. ad Inst.* p. 19. §. 250.). Mas neste sentido não se póde reprovar a distincção, porque com effeito entre nós ha actos de jurisdição voluntaria, que demandão conhecimento de causa, e outros, que o não requerem, do que já fallámos.

2. Póde-se entender também por jurisdição *méra* a que é opposta ao *imperio mixto*, que contém sómente o conhecimento da causa sem execução, ou faculdade de obrigar e constranger os contumazes na especie da l. 3. ff. de *jurisdict.*, a que chamão jurisdição *minima*; e por jurisdição *mixta* a que tem execução, que vem a coincidir com o *imperio mixto*. Neste sentido pois vem a ser jurisdição *mixta* o mesmo que *imperio mixto*; e então convinha não pôr no texto estas duas cousas como diversas, dizendo: =

a distincção entre jurisdição *mêra* e *mixta*, e império *ditto* também *mêro* e *mixto*; = pois que jurisdição *mixta* e império *mixto* é uma mesma noção. Por tanto convém repetir o §. neste logar.

Mas tomando-se a jurisdição *mêra* e *mixta* neste sentido, não se pôde dizer, que é inútil entre nós a distincção entre uma e outra; trarêl sômente alguns exemplos.

O primeiro é o de muitos juizes commissarios para conhecerem especialmente de certos artigos de uma causa, para examinar as testemunhas, e para inquirir da verdade de um facto em um incidente; porque estes pelo *colluctu* sô tem o conhecimento, e não a plena jurisdição no sentido de hoje, como nota Samuel Strýckio a Lauterbach p. 62.: *Hoc enim minus est, cum ita in iudicem datum nollo tantum, non jurisdictio transeat*. Estes por tanto sô tem jurisdição *mêra*, e não jurisdição *mixta*.

O segundo exemplo é dos juizes ecclesiasticos: segundo o estado de nossa antiga jurisprudencia, tendo os ecclesiasticos o direito de julgar, todavia não tinham o direito de executar suas sentenças no fóro externo, como consta da Ordenação do Liv. 2. Tit. 8. §§. 1, 2, 3 e 4., Lei de 2 de Março de 1568 do senhor Rei D. Sebastião (Nunes P. 2. T. 2. L. 13.). Ainda que o poder executivo se lhe concedeo depois pela Lei de 19 de Março de 1569, confirmada pelo artigo 12. da Concordia de 12 de Março de 1578 (Pereira de Manu Regia C. 54. n. 7.), e no art. 3. da Concordia de 12 de Março de 1578; todavia esta lei não foi incorporada na Ordenação Philippina, e ficou por isso de nenhuma auctoridade pela lei de D. Filippê II. na Prefação de nossa Ordenação, em que deu por de nenhum vigor todas as leis antigas, que nesteCodigo não tivessem sido incorporadas, exceptuando sômente os artigos de sizas e foraes, e as ordenações da fazenda.

O mesmo compilador desteCodigo no Tit. XIX. da ajuda do braço secular, *in princ.*, estabelece estes principios: *Posto que aos bispos e prelados ecclesiasticos fosse sempre permittido o fóro externo judicial e contencioso,*

*assim para as causas ecclesiasticas, como para as civis, com tudo nunca tiveram verdadeiramente em nossos reinos o poder executorial, e o direito de per si, ou por seus officiaes, sem ajuda do braço secular, fazer cumprir e executar as suas sentenças, multas e outras penas temporaes, principalmente entre leigos.*

Nas Provas diz outra vez o mesmo : *Os bispos, ainda que exercitarão sempre o poder judiciario, nunca tiveram o direito da força e auctoridade para fazerem executar as suas sentenças; e estes dous direitos são diversos e majestaticos, e não vem um em consequencia do outro; é necessario, que ambos se concedão expressamente.* Logo, segundo nossas leis, e a mesma doutrina do compilador a respeito do ecclesiastico, havia e ha ainda entre nós distincção entre jurisdicção *méra* e *mixta*, isto é, entre o poder de julgar, e o de executar o julgado. É verdade, que parece oppôr-se a isto o §. 13. do Liv. II. Tit. I. e o §. ult. Tit. 9., em que se dá aos bispos o poder executorial; mas o compilador, para os conciliar com os §§. 1, 2, 3 e 4. do Titulo 8., diz em suas *Instituições de Direito Patrio* Tit. V. §. 54. na Nota, *que se devem entender por estes*: isto é, que possam executar suas sentenças com dependencia da ajuda do braço secular.

O terceiro exemplo é o dos vereadores, que podem pôr as suas posturas, mas não tem imperio para as fazer executar: que por isso manda a Ordenação aos corregedores, que as dêem á execução.

O quarto exemplo é o dos arbitros eleitos por compromisso das partes: elles são juizes, que recebem pela lei publica o officio de julgar, e por isso devem guardar as solemnidades dos juizos (Ordenação Liv. 3. Tit. 17. *in princ.*); e com tudo não tem jurisdicção coactiva, porque não podem executar a sua sentença (Orden. Liv. 3. Tit. 16. §. 2.); e nesta parte são como os juizes pedaneos entre os romanos, que tambem não tinham o direito da execução, L. 1. §. 2. ff. *de re judicata*: o que tudo reconhece o compilador nas suas mesmas *Instituições de Direito Patrio* no Titulo II. *de judicis* §. XXI. p. 23., e no Titulo III. *de jure gladii* §. II. p. 29.,

onde diz expressamente: *Namque iudicibus omnibus, si arbitros excipiamus, jurisdictio seu mixtum imperium, ut vocant, et demum ea omnia concessa esse videntur, sine quibus illorum jurisdictio, munera et auctoritas commodè explicari non possit.* Logo pela sua mesma doutrina os juizes arbitros entre nós não tem a verdadeira jurisdição ou imperio mixto. Logo só tem jurisdição *méra*, ou *nua*, e *simples* jurisdição. Por tanto não é inutil a differença entre jurisdição *méra* e *mixta*, como se diz neste §.

O quinto exemplo é o dos desembargadores dos agravos, que julgão, e não executão as suas sentenças.

O sexto exemplo é o dos juizes executores (Ord. Liv. 3. Tit. 76.).

O septimo exemplo é o dos juizes de vintena (Ord. Liv. 1. Tit. 65. §§. 74. e 75.).

### *Texto.*

*E entre imperio dito tambem méro e mixto.*

### *Censura.*

Not. I. Aqui se extingue tambem, como ociosa e inutil, a differença de *imperio méro* e *mixto*.

Para vermos a razão disto, cumpre recordar aqui as noções de um e outro poder. Segundo os principios da jurisprudencia romana a jurisdição tomada no seu rigoroso sentido era distincta do imperio: a jurisdição, denotada pela palavra *potestas*, era o poder de conhecer e julgar das causas civis e contenciosas (Boehmer *diss.* 22. p. 969. *in not.*); o imperio era o direito da força e coacção; e, segundo se divide na Lei 3. ff. *de jurisdict.*, era ou *méro*, ou *mixto*; porque elle se exercitava de dous modos: — 1.º constringendo os desobedientes á sentença do magistrado; — 2.º castigando os facinorosos até á pena capital: o *imperio mixto* consistia em uma coacção modica, como se diz na L. ult. ou 5. §. ult. ff. *de officio ejus, cui mandata*

em jurisdicção, *L. unic. pr. si quis jus dicendi non obtinuerit*, e na *L. 2. de in jus vocando*; a qual coacção era necessaria para execução da sentença, e por isso se diz, que era annexa á jurisdicção, *L. 1. ff. de officio ejus, cui mand.*; o *imperio méro* consistia no poder de castigar os facinorosos *ad vindictam publicam*, e se exercitava ou *jure gladii*, ou por outros modos (Heineccio p. 244. §. 13.).

O primeiro era o direito de applicar as leis aos factos com effeito; e consistia no poder de executar a sentença, e de impôr multas, ou usar de alguma outra modica coacção: ordinariamente era dado a todos os que tinham jurisdicção, porque se vio, que a jurisdicção fhearia muitas vezes illusoria, e baldados os juizos, uma vez que se lhe não acrescentasse alguma particula do imperio, isto é, da força e coacção; e por isso se concedeo aos magistrados, que podessem prender, caucionar, prender, multar e restituir *in integrum*: a esta particula de imperio se chamou *imperio mixto*, por ficar inherente ou conjuncto com a jurisdicção.

O segundo, isto é, o *imperio méro* não competia a todos os magistrados, mas só áquelles, a quem por lei especial ou senado-consulta havia sido concedido (Heineccio §. XXI. p. 243.); e este era o *imperio méro*, ou jurisdicção *alta*, *superior*, ou *plenissima jurisdiction* nos termos da *L. 7. fin. ff. de officio proc.*; que vinha a ser um imperio, que se exercitava principalmente em punir os criminosos.

Postas estas idéas, vejamos se também é inútil entre nós a differença de *imperio méro* e de *imperio mixto*. Ora aqui se falla da coisa em si, ou das palavras: se da coisa, não me confundo inteiramente com a disposição deste §. A razão, que teve o compilador para rejeitar esta differença, foi a que elle havia dado nas suas *Instituições de Direito Patrio* noTitulo III. de *jure gladii* §. 2., que não tinha uso entre nós: *Neque apud nos aticujus usus est subtilis meri et mixti imperii jurisdictionis differentia, cetera, quæ occasione L. 3. de jurisdictione romanæ juris scriptores disputant.* Já entre outros

havia dito o mesmo em geral Frederico Jorge Lautenschlag, *Specim. jurisprudentiae otiosae in capitibus de jurisdictione*; e que todavia não approva de todo o mesmo Boehmer, sem embargo de impugnar o uso destas expressões de mero e mixto imperio na Dissertação singular *de majestate imperio magistratus maioris* c. II. in not. p. 975. Com tudo entre nós é certo que a differença entre jurisdição civil e criminal; entre jurisdição maior e menor; e entre juizo e execução; e que nem todos os que tem uma coisa, tem logo necessariamente a outra.

Ora a estas duas especies de jurisdição civil e criminal é que nossos auctores costumão chamar constantemente *mero e mixto imperio*; e é o sentido, em que se tomão estes termos nas nossas leis, e em muitos titulos de doações régias, aonde se achão, e aonde se dá este mero e mixto imperio; e ainda que as noções de imperio mero e mixto dos romanos não correspondão em tudo exactamente ao estado de nossa jurisdição, como nem ao das outras nações da Europa, segundo advertem Thomasio, Boehmer, e outros, todavia usamos destes dous termos para designar a diversa natureza daquelles dous poderes, isto é, para denotar por imperio mixto a jurisdição civil, ou baixa e inferior, e por imperio mero a jurisdição criminal plenissima, ou alta e superior, posta que a jurisdição criminal contenha hoje em um sentido mais artigos, e n'outro menos, que o mero imperio dos romanos; e a jurisdição civil comprehenda mais cousas, do que havia no imperio mixto; por quanto estes dous termos adoptados desde tempos antiquissimos em nossa legislação não se devem regular pelas noções, que tinham entre os romanos; mas sim e tão somente pelas que nossos maiores lhes derão, quando os adoptarão, e lhes tem dado, constantemente até agora, segundo as particulares modificações, que tem tido a jurisdição entre nós, como succede a respeito dos termos e expressões estrangeiras, que se costumão adoptar de uma lingua para outra.

Isto é o mesmo sentido, em que os auctores tem

tomado estes termos em diversos Estados da Europa. Bastará citar um ou outro: assim Reinkingio *de regim. secular.* lib. II. cl. 2. c. 17. n. 43. comprehende o imperio méro debaixo do nome de jurisdição alta; e o imperio mixto, ou simples jurisdição debaixo do nome de jurisdição baixa ou inferior: *Tam merum, quam mixtum imperium vocabulo altae jurisdictionis contineri; simplicem vero jurisdictionem vocabulo bassae seu inferioris jurisdictionis.* Knipschildio *de civitatis imp.* lib. II. c. 6. diz o mesmo: *Atque haec quidem jurisdictionis divisio de jure Justiniano obtinet; sed hodie omnium fere locorum consuetudine et praxi eo res devenit, ut duae tantum censeantur jurisdictionis species, jurisdictio nimirum alta, sive superior, et bassa sive inferior.*

Coccei no liv. II. titulo *de jurisd.* q. 29. p. 165. diz: que o méro imperio, ou *potestas gladii*, que entre os romanos pertenceo ao povo, L. 2. §. 16. *de O. J.*, e hoje aos Príncipes em seus territorios *jure majestatis*, quando o Principe a commette ao magistrado, tem o nome de imperio méro, L. 3. ff. *de jurisd.*, ou de jurisdição criminal (lib. II. t. I. *de jur.* q. 17. p. 152.): *Ex quo proinde adparet utriusque nominis eandem esse significationem; eoque corruunt dubia apud Struv.;* e vol. ad Et. 4. th. 74., dando a differença, que nisto ha, conclue: *Hoc discrimine observato, haud obscura erit materiae hujus hodierna praxis. Nam imperium illud merum et mixtum accurate respondet divisionibus modernis in altam et bassam, item in superiorem et inferiorem jurisdictionem.*

Stryckio propõe a mesma doutrina na sua obra *Usus mod. Pand.* Fallando do imperio méro, diz assim: *Est ergo superior jurisdictio sensu in Germania recepto nihil aliud, quam ipsa jurisdictio criminalis, seu potestas de criminibus quibuscumque cognoscendi, eaque puniendi* (ao Tit. *de jurisd.* n. 6.). Fallando depois do imperio mixto, acrescenta, que a elle se póde referir a jurisdição inferior: *Bassa seu inferior jurisdictio est facultas cognoscendi de causis civilibus et delictis levioribus, et haec coercendi.* Stryckio *ibi*. E querendo dar noções ainda mais exactas, acrescenta: *Ego potius di-*

*cendum existimo, quod illa bassa jurisdictio comprehendat omnia illa, quae sunt mixti imperii*; porque a esta jurisdição não falta cousa alguma do imperio mixto dos romanos. = *Habet enim potestatem cognoscendi, exequendi, et contumaces puniendi*, Selchow nas Notas ao §. C. V. da jurisdição definit de Urfel = *Et ita nostra criminalis jurisdictio cum mero romanorum imperio convenit.*

Isto coincide com o direito das Partidas, aonde o imperio méro, pela Lei 18. t. 4. part. 3., é o poder de decidir as causas crimes; e o mixto o poder de conhecer das causas civeis, como nota Jordan liv. 3. tit. I. p. 259. das *Instituições do direito civil de Castella*.

O mesmo compilador nas suas *Instituições de direito patrio* Tit. III. §. II. reconhece esta mesma applicação de termos, porque chama ao méro imperio *jus gladii, seu potestas ad animadvertendum in facinorosos homines*; e no §. II. chama ao imperio mixto jurisdição; e reconhece, que nem todos os magistrados tem plenamente o imperio e jurisdição, porque diz, que as penas capitaes, que vem principalmente com o nome de imperio, ou *jus gladii*, não as podem impôr senão as Relações *ex Ordinat.* lib. I. tit. 65. §. 33. e Real Decreto de 20 de Outubro de 1763. §. 1.: *Judicibus omnibus jurisdictio, seu mixtum imperium, ut vocant, et demum ea omnia concessa esse videntur, sine quibus illorum jurisdictio, munera, et auctoritas commode explicari non possunt: capitales tamen poenas, quae praecipue imperii seu gladii vocabulo veniunt, non omnes et singuli magistratus, sed juridici tantum regni conventus imponunt.*

Por tanto havendo entre nós differença entre jurisdição civil e criminal maior ou menor, que denotamos com os termos de méro e de mixto imperio, não acho razão para se dizer indefinidamente, que é inutil a distincção entre imperio méro e mixto, como se não houvesse entre nós realmente esta differença da jurisdição ou poderes.

Not. II. A disposição deste §. fica em contradicção com o que estabelece depois o mesmo compilador no



**Título XIX. da ajuda do brach secular;** porque nelle concede aos bispos em umas cousas jurisdição mixta; ou imperio mixto, e n'outras tão sómente jurisdição méra, ou jurisdição sem o direito da execução. — 1.º Concede aos bispos e seus vigarios o imperio mixto; porque lhes concede no §. 2.º, que em todos os casos, em que pelas Ordenações tem auctoridade para judicialmente conhecerem de quaesquer causas entre clérigos ou leigos, possão executar por seus proprios officiaes o seu julgado e sentença, e proceder consequentemente a toda e qualquer penhora, sequestro, embargo, venda, ou arrematação dos bens dos condemnados; o que é uma parte do imperio mixto por direito romano: — 2.º Nas causas de penas temporaes de prisão, de grêdo e multas pecuniarias contra leigos, ou sejam legaes, ou judiciais, nega-lhes o poder da execução ou jurisdição mixta, porque determina, que estas sentenças sómente possão ser executadas pelos ministros seculares. Eis aqui nesta parte o direito executotial separado do direito judiciario; e por consequencia nestes casos vem a ter os ecclesiasticos tão sómente jurisdição méra, e não mixta.

**Not. III.** Se o que diz o compilador neste §., se entende tão sómente do uso dos simples termos méro e mixto imperio, tambem não acho fundamento para os abolir de nossa jurisprudencia. A razão, que elle teve, é a mesma, que aponta adiante no §. 5.º do Título LV. da jurisdição dos donatarios, que vem a ser, que o uso de semelhantes vocabulos e expressões é de interpretação equívoca e duvidosa, e causa de muitas contestações e desordens; e que por isso se prohibe para o futuro. Esta foi já a mesma doutrina de Thomasio, de Boehmero, de Struvio, e de outros: mas 1.º devia o compilador explicar-se de maneira, que não parecesse, como parece, que mais abolia a differença das duas jurisdições ou poderes, do que os termos esportaes ou romanescos, que os significão: — 2.º a confusão, que costuma haver nesta materia, pela maior parte é mais a respeito da jurisprudencia romana e germanica, do que da nossa jurisprudencia.

A *romanã* não era em tudo clara nesta parte: as leis, em que se falla de jurisdicção e de imperio, dão occasião a que se formem diversas idéas de uma e outra cousa. Esta materia, pouco clara nas leis romanas, veio a ficar mais confusa e perplexa pela multidão e variedade dos commentadores, e muito mais ainda pelas divisões modernas, que se fizeram principalmente no fóro de Alemanha, de innumeraveis especies de jurisdicção, ou inventadas ou alteradas; porque como os modernos lhes quizerão applicar os mesmos principios e idéas de direito romano, que tinham estes termos, sendo diversa a forma de seu governo, e diversa a classe dos seus magistrados, e diversas as funcções de seus poderes, vierão a confundir as cousas, e a dar noções mui pouco exactas e conformes: de que nascêrão infinitas controversias jurisdiccionaes sobre os actos, que pertencião a uma e outra jurisdicção, principalmente nos foros de Alemanha.

Com tudo entre nós as clausulas *méro* e *mixto imperio* tem tido noções mais determinadas e constantes; entendendo-se communmente por *méro imperio* a jurisdicção criminal, e por *mixto imperio* a jurisdicção civil, assim e da maneira, que se practica entre nós.

Por tanto se os termos se devem tomar no sentido, que lhes dão os que os usão, e não na acceção, que tiveram nas linguas originaes, donde emanarão, menor razão ha para se recuar, que na intelligencia e uso destes termos recoreção entre nós as mesmas duvidas e controversias, que costumão excitar os interpretes sobre as verdadeiras noções, que ellas tem por direito romano. Ao que acrescento, que nunca entre nós, pelo menos nestes ultimos seculos da monarchia, se entendeo, que estes termos denotavão um dominio ou senhorio de terra absoluto, livre e independente da suprema autoridade e jurisdicção dos Principes, ou de outro igual e semelhante direito de independencia da pessoa do imperante, que parece ser um dos equívocos e desordens, que quiz acantelar o compilador, como se póde conjecturar, combinando este logar com o §. 3.º do Titulo LV. da *jurisdicção dos donatarios*.

Se com tudo estas clausulas tem ainda alguma obscuridade, ou não são tão exactas, como convém, o remedio não é abolir indistinctamente a differença entre imperio méro e mixto, ou fallar de maneira, que pareça, que mais se extingue a cousa em si, do que o uso das palavras; mas é fixar exactamente os termos de imperio méro e mixto, para que tenham noções claras, ou substituir-lhes outros equivalentes, que denotem as cousas com menos equivocação e mais clareza.

## AO §. 16.

### *Texto.*

*O cidadão, que não for especialmente prohibido, pôde ser juiz, e exercitar qualquer outro cargo publico, com tanto que seja maior de vinte e cinco annos, e casado.*

### *Censura.*

Not. Este artigo pertence ao tractado das cousas, que são communs a todos os magistrados e officios publicos, ou isto vá na cabeceira dos regimentos, ou titulo geral dos magistrados, ou vá no titulo dos officios e cargos publicos; porque aonde se tracta das qualidades, que devem ter os juizes e mais officiaes, ahi se deve fallar dos que o podem ser, e dos requisitos necessarios para o serem. O compilador no §. 17. seguinte diz, que as obrigações dos juizes e mais officiaes de justiça; o modo, por que devem ser eleitos e confirmados; o seu poder e auctoridade, constão destas ordenações e dos seus especiaes regimentos: por tanto para essas ordenações e regimentos especiaes se devia reservar o que aqui se diz neste §., para não ficar vaga e dispersa a legislação; porque certo que poucos leitores se lembrarão de recorrer ao Titulo *dos juizos e das penas* para saberem quaes são os cidadãos, que podem ser juizes.

### *Texto.*

*Texto.*

*Póde ser juiz , e exercitar qualquer outro cargo pu-*

*Censura.*

Not. Neste Titulo só se tracta dos ministros e officiaes de justiça , que isso é o que se vê da rubrica *dos juizos e penas* , entendida no sentido do compilador , e do mêsmo §. 17. seguinte. Logo parece , que se não deve neste Titulo formar a regra geral para todos os officios e cargos publicos , pois que vem a ser aqui fugitiva e deslocada , excedendo os limites da materia propria deste Titulo e da sua rubrica.

*Texto.*

*Com tanto que seja maior de vinte e cinco annos.*

*Censura.*

Not. I. Para tirar todas as duvidas , convêm declarar : — 1.º se a idade de 25 annos deve ser completa , como se diz na Ordenação , ou se basta sómente , que se entre nella , segundo a intelligencia vulgar , que dão os doutores , fundada na Lei *Ad rempublicam ff. de munerib. et honoribus* : 2.º se se entende no menor de 25 annos , que impetrou dispensa do Rei para ser havido por maior (Ord. Liv. 3. Tit. 42. p. 69.); e se se entende tambem ainda no mesmo , que impetrou dispensa de idade por outro motivo ; e no que é de menos idade , mas já casado , visto que se reputa maior (Ordenação do Liv. 1. Tit. 87. §. 2. , de que tractão Soar. *Alleg.* 12. n. 7. , Caldas Pereira *in L. Si curatorem C. de rest. in integrum* , e Thomé Valasco *Alleg.* 8. n. 11.) : 3.º se a idade de vinte e cinco annos se requer tambem nos serventuarios , o que as nossas Ordenações não deixarão em silencio , (Ordenação do Liv. 1. Tit. 94. Vid. Cabed. p. 2. *Arest.* 106. , e Mendes a Castro *in prax. lusit.* lib. I. c. 2. §. 9. n. 25.)

Not. II. Ha officios, que por nossas Ordenações requerem maior idade, como são os dos juizes dos orfãos, que devem ser de 30 annos, e dahi para cima (Ordenação do Liv. 1. Tit. 88. §. 1.); legislação mui sábia e providente, e que muito convém conservar, pois que estes juizes estão encarregados de um officio, que demanda muita circumspecção e madureza pelas pessoas, que estão debaixo de seu poder e auctoridade. O mesmo se debería requerer nos escrivães dos orfãos. Seria pois conveniente não deixar isto em silencio, e pôr logo a excepção ao pé da regra geral. Sobre estes e outros artigos ha cousas, que aqui se devião contemplar, e vem em Gomes in L. 2. Taur. n. 1. e 3., em Soares *Alleg.* 12., em Valasco *Allegat.* tom. 1. §. 7. p. 36., em Bobad. lib. 1. c. 7. e lib. 3. c. 7. n. 39., em Portugal *de don.* tom. 1. c. 12. n. 28., em Caldas Per. in L. *Si curator* n. 41. e 44., em Mendes a Castro *Pract. Lusit.* lib. 1. c. 2. n. 26., e em Melch. Phebo *Dec.* 92. n. 2.

#### *Texto.*

*E casado.*

#### *Censura.*

Not. I. Isto só tinha logar, quanto me parece, nos regimentos ou titulo, aonde se tractasse das qualidades, que hão de ter os ministros e officiaes; porque lá se ha de dizer, por exemplo, se os ministros podem casar, se com mulheres de sua jurisdicção. (Ord. Liv. 1. Tit. 95. p. 276.)

Not. II. Esta determinação, que já é de nossas Ordenações no Liv. 1. Tit. 94., não sei se ainda hoje se deve conservar neste novo Código. O estado de nosso reino em tempos mais subidos e remotos poderia soffrer melhor esta lei; então a sobriedade dos costumes, e a cultura das artes e empregos fazião com que os matrimonios fossem mais appetecidos e menos dispendiosos; mas hoje, que os costumes são menos frugaes e severos; que o luxo demasiado reina em todas as classes do

estado; e que as artes, apezar dos adiantamentos, que tem tido nestes ultimos tempos, não estão ainda em proporção com o numero dos habitantes, e com as suas crescidas necessidades, ha sem duvida maiores obstaculos e motivos, que podem difficultar ou impedir os matrimonios, para se fazer esta lei geral para todos os officios e magistrados.

Not. III. Prescindindo ainda desta differença de tempos e de costumes, ha razões geraes e dignas de muita consideração, que podem encontrar a determinação desta lei.

1.º Esta lei impossibilitará a muitos, que alias são habéis, para o serviço da républica, os quaes ou por falta de subsistencia, ou por outras razões de muito peso e consequencia, se não achão em termos de tomar este estado, ou pelo menos de o tomar antes de serem providos nos officios.

2.º Dará occasião a que muitos casem não precisamente para cumprirem com os fins do matrimonio, mas só para se habilitarem por esse modo para os officios publicos, quasi da mesma sorte, que succedia entre os Romanos por occasião da Lei Papia Poppea, que fez, como diz Plutarcho, que muitos entrassem no estado conjugal para serem herdeiros, e não já para os terem (Filang. II. 24.).

3.º Dará tambem occasião a que muitos, para preencherem a condição da lei, precipitem a escolha das pessoas, e a contracção do matrimonio, e venhão a fazer allianças tumultuarias, que tragão depois consigo o desgosto, a dissipação, a discordia, a deshonra, e a ruina das familias.

4.º É de recear, que esta lei se não observe, ou se ponha em desuso, ou só venha a ser uma méra formalidade, que faça expedir provisões de dispensa. Convém em materias de prudencia humana calcular os successos futuros pelos passados: o que vimos em tempos antigos, foi pedirem-se a principio muitas dispensas, ou ao menos pedirem-se prorrogações dos prazos da lei, até se estabelecer no §. 42. do regimento dos Desembarçadores do Paço, que se podesse conceder mais um

anno além do que pela Ordenação se concedia aos ditos officiaes, para poderem servir seus officios sem serem casados (o que veio a ser derogado pelo Alvará de 27 de Abril de 1607. Coll. 1. p. 199., ou Extrav. na Ord. Liv. 1. Tit. 94. Coll. 1. n. 1.) ; até que finalmente se poz a lei em desuso, e cessarão as provisões de dispensa e as concessões de prorrogação do Desembargo do Paço.

5.º Por esta lei virão a ficar inhabilitados para os logares de magistratura todos os ecclesiasticos, o que tem consequencias. O compilador, que em sua mesma pessoa nos dá um grande exemplo de quão uteis podem ser ao estado os ecclesiasticos, empregados em cargos e ministerios civis, como elle é, teve talvez em vista esta total exclusão dos ecclesiasticos, por quanto estabelece adiante no Titulo V. *da immuniidade das pessoas e bens ecclesiasticos* no §. 10. a regra geral de que devem ter uma escusa necessaria de todos os officios publicos: *E por se não implicarem com negocios seculares, e para melhor poderem satisfazer ás funcções de seu sagrado ministerio, ordenamos, que não possam servir officio algum de justiça, ou de fazenda, assim no auditorio ecclesiastico, como no secular; e lhes damos para todos os cargos publicos uma escusa necessaria.* E posto que pelas palavras = *auditorio secular* = podia parecer a alguém, que só fallava de alguns cargos e officios, e não de todos, com tudo das suas notas se vê, que quiz fallar absolutamente de todos elles, porque diz nellas = *prohibe-se-lhes, que possam servir os cargos publicos, assim civis, como militares.* = Com tudo semelhante exclusão tão absoluta e illimitada parece, que nem convêm no estado actual das cousas, nem pôde ser das Reaes intenções de Sua Majestade, do que fallarei em seu logar.

Not. III. A conservar-se esta lei, convêm então declarar algumas circumstancias, para occorrer ás duvidas, que sobre isto se podem suscitar: — 1.º se para ser provido o juiz, ou official publico, é necessario precisamente, que já esteja casado, ou se basta, que depois case, e podendo casar depois, dentro de que tempo o deve fazer; o que não deixou de definir a Ordenação

do Liv. 1. Tit. 94., determinando, que fosse dentro de um anno do dia, que lhe fossem dados seus officios, sob pena de os perder: — 2.º se bastando, que case depois, deve haver excepção nos que houverem de servir de provedores de comarcas, segundo nossas Ordenações, que mandarão expressamente no mesmo Liv. 1. Tit. 94., que não fossem providos sem serem casados: — 3.º se o mesmo se ha de entender a respeito dos juizes e escrivães dos orfãos, nos quaes se devem considerar razões igualmente fortes: o regimento do Desembargo do Paço no fim do liv. 1. §. 16. p. 285. requer, que sejam casados os juizes dos orfãos e os escrivães; e com effeito podendo o Desembargo do Paço dispensar na lei, segundo seu regimento, a respeito dos outros julgadores e officiaes, concedendo-lhes mais um anno, não tem com tudo a mesma faculdade em quanto aos juizes e escrivães dos orfãos, a quem não pôde prorogar o tempo da lei, segundo o §. 16. do regimento; porque nelle se manda, que aos juizes e escrivães dos orfãos se não passem licenças para servirem solteiros além do anno, que lhes é concedido pelas Ordenações: — 4.º se os officiaes, que, depois de serem casados, viuvarem, são obrigados a se tornarem a casar; e se ha de ser dentro de um anno do dia, em que viuvarem, e sob a mesma pena, o que tambem não esqueceo na Ordenação do dito Liv. 1. Tit. 94.: — 5.º se são tambem obrigados a casar-se, quando, ao tempo que viuvarem, passarem já de 40 annos; e geralmente se o são todos os officiaes, que passarem da dita idade, o que tambem toca a Ordenação do Liv. 1. Tit. 94. §. 1.: — 6.º se a regra geral procede igualmente nos serventuarios; sobre o que tem havido diversidade de opiniões. (Vid. Mendes *in praxi* P. I. lib. 1. c. 2. n. 25., Fragos. P. I. disp. 15. §. 1.) Cabedo P. II. *Arest.* 106. traz uma sentença da Casa da Supplicação, que se confirmou por assento do Desembargo do Paço, pela qual se julgou, que a obrigação de ser casado, ou casar dentro de um anno, que põe a Ordenação, se entendia do proprietario, e não do serventuario: com tudo Pegas ao liv. I. tit. 94. §. 1. tom. 7. p. 440. justas-



mente adverte , que se não póde assignar razão de differença entre o proprietario e o serventuario , se este houver de servir por mais de um anno : — 7.º se a regra geral , que aqui se põe , se entende absolutamente de todos os officios e cargos publicos não só de justiça e de fazenda , mas tambem dos da governança das cidades , villas e logares , e dos mais da policia.

### *Texto.*

*O que geralmente por bem e augmento da sociedade determinamos em todos os officios.*

### *Censura.*

Not. I. É escusado dar as razões ou motivos da lei , como tantas vezes se tem dito.

Not. II. Parece-me , que a dar-se a razão , ou motivo da lei , não deveria ser este , posto que já Pegas havia recorrido a elle (tom. 7. p. 410. , ou 41. ao tit. 93.) por quanto : — 1.º esta razão é muito geral e vaga , e por isso mui pouco concludente ; porque não basta , que o matrimonio concorra para o bem e augmento da sociedade , para logo se haver por necessario ou util impôr essa obrigação indistinctamente a todos os magistrados e officiaes publicos : donde não é claro o nexo e relação entre uma e outra cousa , para se dar uma como razão necessaria da outra : — 2.º a razão das leis , para ser boa , deve ser tirada immediatamente da mesma natureza das cousas , que , ou se mandão , ou se prohibem ; e por isso a desta lei deveria ser tal , que por ella se mostrasse , que o estado do matrimonio contribuia muito , por exemplo , para o desempenho das obrigações dos magistrados e officiaes publicos , ou fosse porque assim ficavão menos arriscados a abusar de seu poder pela violencia das paixões mais seductoras do homem , ou porque ficavão mais ligados á república com outros tantos vinculos e penhores , quantos etão os que se consideravão em seus filhos e mulheres.

Not. III. Para se multiplicarem os matrimonios ,

não é necessario prescrever aos homens a obrigação de contrahir. O homem pelo commum propende para o estado; não é necessario obrigar-o : mas ha causas fisicas e moraes, que ou suffocão esta propensão natural do homem, ou a não deixão reduzir a practica. Estas são as que deve remover o legislador. Não e aqui lugar de fallar destes obstaculos, que já tem sido ponderados por muitos sabios escriptores, e mui particularmente entre nós pelo douto varão Manoel Severim de Faria, e modernamente na Italia pelo cavalleiro Filangieri na sua obra da *Sciencia da legislação*: direi sómente de passagem, que a difficuldade, que ha em sustentar as pensões do matrimonio, e a facilidade de achar os seus prazeres sem tomar os seus encargos, é o que principalmente multiplica os celibatarios em toda a parte. Donde a multiplicidade dos matrimonios sera sempre o fructo de duas cousas: 1.º da opulencia publica: 2.º dos bons costumes. Primeiramente da opulencia publica, a qual consiste na multiplicidade dos meios da subsistencia, isto é, na prosperidade da agricultura, do commercio, da industria, e de todas as artes; pois que é principio simples e incontestavel na economia politica, que a povoação ou multiplicidade dos matrimonios é sempre em proporção na razão composta do numero dos empregos, que podem occupar os homens na agricultura, nas manufacturas, nas artes, no commercio, na marinha, etc.: em segundo lugar dos bons costumes; porque em um estado, em que houver educação e costumes, em que se inspirarem verdadeiras idéas e sentimentos de honestidade, de moderação, de temperança, de fidelidade, de justiça, e de decoro e honra, os homens pelo commum anteporão sempre os bens estaveis do matrimonio aos prazeres vagos de um celibato impuro e dissoluto.

O legislador pois, que quer efficazmente promover os matrimonios, e augmentar a povoação, deve fomentar os meios da subsistencia fysica, e da educação moral da nação, e a multiplicidade dos matrimonios será a consequencia dos seus cuidados. Se a povoação diminuiu entre nós, se se multiplicarão os celibatarios,

foi principalmente porque nos vierão a faltar as artes e empregos, que nos fornecião a mantença das familias, e animavão os homens na esperança de haverem com que sustentassem seus filhos e mulheres; foi porque altamente nos corrompemos e devassámos com o luxo e riquezas do Oriente, e do novo mundo; e viemos a decair dos bons costumes de nossos maiores, mais frugaes e austeros, que seus netos.

Bastará pois que no novo Codigo se estabeleção, além de outros principios e leis efficazes, providencias, que preservem os costumes, e fomentem as artes, para haver multiplicidade de matrimonios, e augmento da povoação, sem que seja necessario impôr a todos os officiaes e magistrados a obrigação de contrahir este estado.

#### *Titulo.*

*Determinamos em todos os officios de justiça e de fazenda.*

#### *Censura.*

Not. I. Este titulo, propriamente fallando, só tracta dos magistrados e officiaes de justiça, como já notei; donde parece, que só destes se havia de falar e não dos da fazenda.

Not. II. A conservar-se porém a regra geral a respeito de todos os officiaes e cargos publicos, então poderá parecer desnecessario accrescentar aqui esta clausula especifica dos officios de justiça e de fazenda, como se estes não viessem já incluídos nos termos geraes daquella regra, ou como se sómente destes se devesse ella entender: e com effeito se só nelles se quiz verificar a regra, para que foi propôl-a no principio deste §. com tanta generalidade, que se extendeo indistinctamente a todos os officios e cargos publicos?

Not. III. Se se especificarão officios de justiça e de fazenda, porque se não especificarão tambem, como faz a Ordenação no Liv. 1. Tit. 94., os officios da governança das cidades, villas e logares?

## AO §. 17.

### *Texto.*

*As obrigações dos juizes e mais officiaes de justiça ; o modo , por que devem ser eleitos e confirmados ; o seu poder e auctoridade ; os seus privilegios e direitos ; e os crimes proprios e particulares do seu officio , e suas penas , constão destas ordenações e dos seus especiaes regimentos , que mandamos observar.*

### *Censura.*

Not. I. Parece-me este §. ocioso, uma vez que ha regimentos e ordenações particulares para os juizes e officiaes ; porque para ellas se dirige naturalmente o leitor , sem ser preciso fazer aqui esta remessa.

Not. II. A ordem das cousas , que aqui se dizem , é esta : *As obrigações dos juizes ; o modo , por que devem ser eleitos e confirmados ; o seu poder e auctoridade , etc.* Acho que convinha seguir a ordem natural das cousas , e dizer primeiro o modo , por que os juizes devem ser eleitos e confirmados ; e depois as suas obrigações , o seu poder e auctoridade : porque na ordem das cousas é primeiro a eleição e confirmação dos ministros , e depois o exercicio de sua auctoridade e obrigações.

Not. III. Fallando-se neste §. das obrigações dos juizes , do modo , por que devião ser eleitos e confirmados , e de outras cousas , para se remetter o leitor para as ordenações e regimentos especiaes , todavia não se fez menção de suas qualidades , que era outro artigo muito importante , que não devia esquecer neste lugar , uma vez que se faz nelle a sua numeração e remissão.

### *Texto.*

*Officiaes de justiça.*

*Censura.*

Not. Uma vez que o compilador propôz no §. antecedente a regra geral a respeito de todos os ministros e officiaes em geral, parece que, para ir coherente, devia applicar o que aqui diz, a todos elles, ou ao menos aos da fazenda; visto que de uns e outros havia fallado especificamente no §. 4., dizendo, *que todos os officiaes de justiça e de fazenda usassem dos regimentos incorporados na colleccção ultima das Ordenações do reino.* Não me posso dispensar de notar a inconstancia, com que se procede em todo este titulo, e com que a cada passo se varia de hypothese e de sujeito: uma vez se falla de todos os officios e cargos publicos em geral; outras vezes dos officios de justiça e de fazenda; outras tão sómente dos officios de justiça; sendo aliás os principios e as cousas, que aqui se estabelecem, applicaveis a todos elles.

*Texto.*

*O seu poder e auctoridade.*

*Censura.*

Not. Basta um destes dous vocabulos. De mais, esta clausula já é repetição do que antes se havia dito no §. 6. = *Os ministros e officiaes dos nossos reinos todos tem jurisdição maior ou menor na fórma dos seus regimentos;* = e mais acima no §. 3. = *A jurisdição e auctoridade destes juizes consta dos regimentos especiaes.* = Para que é pois tornar a dizer aqui, *que o poder e auctoridade destes juizes consta destas ordenações e de seus especiaes regimentos, que se mandão observar?*

*Texto.*

*E os crimes proprios e particulares de seus officios e suas penas.*

*Censura.*

Not. Também não é necessario fazer remissão deste artigo, havendo Codigo Criminal, aonde o leitor espera naturalmente achar as leis penaes a respeito dos magistrados.

*Texto.*

*Constão destas ordenações, e dos seus especiaes regimentos, que mandamos observar.*

*Censura.*

Not. 1.º Não só constão destas ordenações do novo Codigo, mas também das ordenações antigas e actuaes incorporadas ou extravagantes, a que se manda recorrer nos casos omissos, segundo a disposição do §. 18. do Tit. II. — 2.º Não só constão dos especiaes regimentos actuaes, que se mandão guardar, mas também devem constar dos regimentos futuros, que se tem mandado fazer na fórma do §. 3., em que se disse, que a jurisdicção e auctoridade dos juizes constava dos regimentos especiaes, que se tinham mandado compôr: pelo que a fazer-se remissão para os regimentos, cumpria fazel-a não só para os regimentos actuaes, mas também para os que tem ainda de se ordenar.

AO §. 18.

*Texto.*

*E porque todo o officio publico de sua natureza, e conforme as antigas leis e costumes, é e foi sempre personalissimo, temporal e vitalicio, declaramos, que em nossos reinos não ha jurisdicção alguma real, patrimonial e hereditaria.*

*Censura.*

**Not.** Toma-se aqui por fundamentos da decisão deste §.: — 1.º que todos os officios publicos são personalissimos, temporaes e vitalicios de sua natureza; — 2.º que o são conforme as antigas leis deste reino; — 3.º que o são segundo os antigos costumes: e daqui se deduz a regra geral, que não ha entre nós jurisdição alguma real, patrimonial e hereditaria; donde apontão-se aqui dous principios, um de direito, e outro de facto. Com tudo: 1.º bastaria, que o compilador propozesse a regra geral, sem se fazer cargo dos principios, donde ella emana, segundo o que outras vezes já tenho notado sobre o methodo doutrinal de dar as razões das leis: — 2.º a darem-se aqui as razões desta ordenança, talvez não deverião ser estas.

Respeito muito a sabia Lei de 23 de Novembro de 1770, donde forão tirados todos estes fundamentos; mas respeitando a sua decisão, como devo, não serei havido por temerario e arrojado, se offerecer aqui os motivos, que tenho, para duvidar, se as razões e factos, em que ella foi fundada, se podem applicar tão geralmente, como aqui se faz neste §. a todos os cargos e officios publicos. Esta é a minha unica nota; debaixo deste ponto de vista, direi o que entendo destes tres fundamentos com aquella franqueza, que pede o meu officio: a junta soffrerá, que eu seja um pouco mais extenso nesta materia, pois que não é possivel fallar de cada um destes tres artigos sem maior exposição.

*Texto.*

*E porque todo o officio publico de sua natureza, etc., é e foi sempre personalissimo, temporal e vitalicio.*

*Censura.*

**Todos os officios publicos são personalissimos, temporaes ou vitalicios, segundo sua natureza.**

Not. Eis aqui a primeira razão, que se dá: duvido porém, que se possa dizer isto indistinctamente de todos os officios publicos: ha officios, que por suas circumstancias e consequencias pedem ser personalissimos, como são pelo commum os officios de jurisdicção: pelo contrario ha outros, que podem ser hereditarios, e taes são muitos dos que não tem jurisdicção annexa. Os officios são estabelecimentos civis, dependentes na sua criação e constituição do poder dos Principes: a sua natureza e fôrma depende do estado particular de cada república, e das regras da prudencia humana: *Idem hoc ex regulis prudentiae dependet*, diz Boehmero, *et ex statu reipublicae aestimandum* (liv. II. C. VI. §. 18. p. 230.). Daqui vem, que o Principe tem o direito de crear officios não só pessoas, mas tambem hereditarios, como reconhece o mesmo Boehmero com outros muitos auctores: *Idem quoque jus habet concedendi officia personalia et hereditaria* (lib. II. C. VI. §. 17. p. 230.).

Em consequencia deste direito: 1.º pôde o Principe doar alguns officios, maiormente em remuneração de serviços, ou vendel-os, ou traspassal-os por modo de contracto oneroso, como em patrimonio de outrem; o que admite o mesmo Boehmero na *Exercit.* 57. ás *Pand. De jure principis dimittendi ministros* (C. II. §. 22. p. 776.): 2.º pôde dar ou alvarás de expectativas de officios em geral, ou alvarás de lembrança e de promessa de futura successão em certos officios em particular.

Esta doutrina é corrente entre bons auctores; bastará citar aqui tres dos mais exactos. Martini nos *Principios do direito da cidade* C. VII. §. 192. p. 86. diz assim: *Potest porro imperans vel generatim expectativam, vel jus speciale succedendi in certum quoddam munus conferre: ubi priori casu nudam spem; posteriori jus quaesitum candidatus nanciscitur.* O mesmo diz Davies nos



seus *Discursos do direito natural: Hanc expectativam facit Princeps vel nuda promissione, vel promissione efficaciter acceptata: si prius, jus, quod civi subdito ab imperante promissum competit, est imperfectum, et dicitur expectativum; si vero posterius, jus illud, civi subdito competens, est perfectum, et vocatur jus succedendi.* (Sect. V. C. II. p. 406.) O mesmo nos inculca Boehmero: *Sicut porro imperans officia inter subditos actu distribuit, ita jure naturae non prohibetur, quo minus possit alicui spem ad officium mox vacatorum dare, quod alias vocant expectativam.* (Lib. II. C. VI. §. 18. p. 23.) Os nossos são conformes nesta doutrina, como se pôde vêr em Portugal *de donat.* lib. II. c. 13. n. 62. p. 196., em Melchior Febo *decis.* 2. n. 1. e 16. 27., em Barbosa *á Orden.* liv. 1. tit. 98., e em seu filho Agostinho Barbosa *in collect. ad C. II. de concess. praeb.* n. 5.

Se pois os officios são estabelecimentos civis; se a sua natureza e fôrma depende do estado particular de cada républica, e das regras da prudencia humana; se o Principe pôde fazer a muitos dellos hereditarios; se pôde dar nelles o direito de futura successão: não se pôde dizer geral e indistinctamente, que todo o officio publico é de sua natureza personalissimo, temporal e vitalicio.

O que tem feito persuadir a muitos do contrario, é vêr, que os officios por sua natureza requerem industria pessoal; razão na verdade sólida, que já se havia ponderado na Ordenação do Liv. 1. do Senhor Rei D. Manoel no proemio do Titulo 76., e na Ordenação Filipina no Livro 1. Titulo 98. Mas este principio não é incompativel com a doutrina dos officios hereditarios: quando se diz, que alguns officios podem ser hereditarios, suppõe-se sempre nos termos habeis, isto é, supposta sempre a aptidão da pessoa, para quem passão, e salvo o prejuizo da républica, como diz Boehmero, fallando dos officios, que se comprão: *modo de caetero habeatur ratio qualitatis personarum, et salus publica inde nullum detrimentum capiat.* (P. sp. lib. II. C. VI. §. 23. p. 231. 232.) O mesmo suppõem nossos auctores, quando fallão dos officios hereditarios: basta vêr a Portugal

*de donat.* no livro II. C. XLII. n. 16. p. 191. De maneira, que assim como não implica, que os officios se dêem *in perpetuum*, e sejam vitalícios, porque se suppõe sempre nos termos habeis de continuar a aptidão do official, que os serve; assim não implica, que sejam também hereditarios, porque se suppõe sempre a circumstancia essencial de continuar no successor a mesma idoneidade do seu antecessor: por quanto o officio, sendo creado para utilidade publica, é sempre uma commissão precaria e dependente do bom, ou máo serviço do official, que o têm; e não um direito ou dominio proprio, que se transmitta com independencia, como bens allodiaes e vinculados.

Daqui vem, que ainda sendo os officios hereditarios, póde o Príncipe privar delles os officiaes, que os servem, se nelles prevaricarem; porque ainda que os officios sejam patrimoniaes, diz Boehmer, todavia ficarão sempre subordinados á suprema auctoridade do Príncipe; nem se podião traspassar de maneira, que se podessem reger e exercitar segundo o alvedrio de cada um, e com detrimento da república. O mesmo nota Stryckio na *Dissert. de abusu juris quæsitæ*, e outros muitos.

Por tanto concluo, pelo que toca a este primeiro fundamento, que se não deve dizer indistinctamente, que todos os officios publicos são de sua natureza personalissimos, temporaes e vitalícios.

#### *Texto.*

*E confôrme as antigas leis.*

#### *Censura.*

*Se todos os officios publicos são personalissimos, temporaes ou vitalícios, confôrme as nossas antigas leis.*

Not. Eis aqui o segundo fundamento, que se allega. Eu não duvido, que houvesse leis antigas, que assim o determinassem; mas devo confessar com fran-

queza, que ainda até agora não achei uma só, donde podesse directamente concluir com a generalidade, com que aqui se falla, que todos os officios erão por nossas antigas leis personalissimos, temporaes e vitalicios. O compilador teve em vista as leis antigas, que communmente se costumão allegar para isto, e vem substanciadas na Lei de 23 de Novembro de 1770; mas parece-me, que nenhuma dellas prova a sua proposição. Façamos resenha de todas ellas.

A 1.ª lei, ou documento, que se costuma allegar, é a do Cap. VI. das côrtes de Coimbra de 1473, dizendo-se, que nelle se havião aggravado os povos ao senhor Rei D. Affonso V. de que elle dêsse alvarás para que os filhos succedessem nos officios por morte dos pais contra a antiga regra, practicada pelos senhores Reis seus predecessores, de darem homens aos officios, e não officios aos homens; e que deferindo o dito senhor a esta queixa, modificára as mercês, que já tinha feito aos filhos em vida dos pais, para que sómente se verificassem nos que fossem habeis e idoneos; donde se tira a consequencia, que todos os officios erão pessoaes, temporaes e vitalicios: vejamos porém se isto assim é.

1.º Se se combinarem estas queixas dos povos nestas côrtes com as outras, que repetirão ao mesmo Principe nas côrtes de Lisboa de 1451, nas de Santarém de 1459, e nas outras de Montemor o Novo de 1472, na regencia do Principe D. João, será facil de vêr, que os officios, de que aqui se fallava, erão officios da data dos concelhos e cameras do reino, que os Principes começavão a dar a seu arbitrio, sendo elles até então temporaes e de méra eleição dos povos; o que ficará mais claro, quando fallarmos adiante destas côrtes.

2.º As ditas côrtes de Coimbra não fallão com a generalidade, que vulgarmente se suppõe; os povos sómente se queixavão do abuso, que nisto havia; eis aqui as suas formaes palavras: = *Dão-se os officios aos que mais valimento tem, a quem mais corre, ou a quem primeiro pede. E os mais se dão, ou promettem d'ante mão; outros para não serem servidos pessoalmente por aquelles,*

*Quelles, a quem são dados, e outros se dão aos filhos daquelles, que os tem, para depois da morte de seus pais, e em taes dadas não se esguarda a necessidade do officio, se a quelle, a quem é dado, é auto ou disposto em saber, etc. E continuão assim no C. 7. : E na parte, que os outorgaes aos pays para os filhos depois de suas mortes, pedem vossos povos por mercê, que o não queiraes daqui em diante fazer, pelos males, que se dello seguem, que não se pôde saber do filho pequeno, se depois que for grande, virá tal, ou de tal merecimento para o officio do pay, e escusareis os damnos dos Monposteiros, que os hão de servir até os moços serem em ponto. E elRei responde: que lhe apraz; e que lhe apraz assy mesmo, que se alguns tiverem suas Cartas ou Alvarás, que por fallecimento de seus pays hajão seus officios, de lhos dar, se forem para ello autos e pertencentes, e não em outra maneira.*

De tudo isto se vê: 1.º que o que se taxava, era o abuso de se darem officios por valimentos, e outros meios incompetentes: ou de se prometterem d'ante-mão, ou de se darem com dispensa de não serem servidos pelos proprietarios: 2.º que a respeito de officios dos pais sómente se taxava o abuso de se darem em sua vida a filhos, que ainda erão meninos; o que prova não a generalidade da regra de que não erão então os officios hereditarios de pais a filhos, mas sómente, que o devião ser, verificada a idoneidade da pessoa, para quem passavão; o que se não podia realizar, quando se davão em vida dos pais aos filhos ainda meninos, o que era ent grande damno da républica, pois que nem se podia saber ainda de sua capacidade para os officios, nem se podião evitar os prejuizos, que resultavão de os servirem interinamente os monposteiros. Esta é pois a genuina hypothese do C. 6. e 7. das còrtes de Coimbra. Ainda quando assim não fosse, o mais que dellas se podia deduzir, é que havia officios, que erão personalissimos e temporaes, e não que todos o erão.

A 2.ª lei, ou documento, que se costuma allegar, é o C. 27. dos geraes do povo nas còrtes de Evora de 12 de Novembro de 1481; em que o Sr. Rei D.  
Cens. Part. III.

João II. determinou, que os *escrivães* das *correições* fossem *triennaes*, e mudados de umas para outras: mas o que daqui se tira, é: 1.º que havia *officios triennaes*, como erão estes e outros muitos, que ainda hoje o são; e assim como isto não prova que todos os *officios* fossem então *triennaes*, também não prova que todos fossem *personalissimos* e *temporaes*; 2.º que estes mesmos *officios* dos *escrivães* só erão *triennaes* quanto ao *exercicio* em *logar certo* e *determinado*, mas não quanto á *propriedade do officio* em *geral*, pois que erão *perpetuos*, e devião os *proprietarios* ir passando de uma para outra *correição* no *fim* de cada *triennio*.

O 3.º documento é o que se deduz da *Ordenação* do Sr. Rei D. Manoel no *proemio* do *titulo* 76. do *liv.* 1., em que se *suppõe* como um *principio certo*, que no *provimento dos officios* se *elege* sómente a *personalissima industria* e *aptidão* dos *sujeitos*, que os hão de *servir*. Mas já notei que a *qualidade da industria pessoal* não é *incompativel* com a *successão dos officios*, mas antes esta *suppõe* sempre a *idoneidade da pessoa*.

O 4.º documento é o *Alvará* de 26 de *Outubro* de 1607, incorporado na *collecção novissima á Ordenação* do *livro* I. *tit.* 10., na qual elRei D. *Filippe III.* *ordenou*, que se não *admittissem embargos* na *Chancellaria* ás *mercês dos officios*, ainda que fossem *oppositos* pelos *filhos* ou *netos dos officiaes fallecidos*.

1.º Este *Alvará*, sendo de 1607, não se póde *propriamente* contar entre as *leis*, a que chamamos *antigas*, que são as em que se funda a *disposição* deste §.

2.º Este *Alvará* pela *exclusão*, que fez, dos *embargos dos filhos e netos dos proprietarios fallecidos*, nem por isso prova, que todos os *officios* erão *havidos consequentemente* por *personalissimos* e *vitalicios*; porque a *exclusão dos embargos* não era *incompativel* com a *successão nos officios*, pois que, como veremos *adiante*, ainda restava aos *filhos e netos* o *recurso immediato á secretaria de estado*, ou para se *lhes restituirem*, ou para serem *providos em outros equivalentes*; assim e de *mancira*, que o mesmo *compilador*, *prohibindo no Titulo* 2.º *das leis e costumes* §. 10. *virem as partes com*

embargos de obrepção e subrepção ás mercês do Príncipe, nem por isso excluio a justiça das partes, e o seu recurso immediato a Sua Majestade, para que ella fosse servida á vista das razões, que allegassem, sendo justas, mandar suspender a resolução já tomada.

3.º Este Alvará, como outros muitos daquelle tempo, é um daquelles monumentos, que longe de promoverem a justiça e a equidade do Príncipe, que o publicou, sò servem de descobrir o despotismo do governo de Hespanha em Portugal. Este Alvará foi feito em tempos, em que, como se explica Macedo na *Lusitania liberata*: *Circa leges nihil immotum, nil quietum: aliena a veterum institutis formabantur; edicta male disposita, sibi contraria, turbabant omnia, perdebant plurimos*. A côrte de Madrid tinha então em vista abater a nação portugueza, e enriquecer e adiantar os hespanhoes; e um dos meios de o conseguir era dispor a seu arbitrio de todos os officios da nação, e provel-os nòs seus, ou nos que mais davão por elles. Disto se queixavão nossos maiores nas còrtes da aclamação: *Não guardavão ao reino, dizião elles, seus fóros, liberdades e privilegios; antes se lhe quebravão por actos multiplicados; vendião por dinheiro os officios de justiça e fazenda, e provião nelles pessoas indignas e incapazes*.

Disto se queixava Valasco na *Justa Aclamação* p. 2. pont. 2. §. un., §. 27. p. 378.: *Nos officios de fazenda, diz elle, provêrão castelhanos; e enumera muitos; e no §. 4. continja: E os cargos e officios públicos se vendião, e crão providos nos mais indignos e immeritos; e estava tudo tão venal, que por decretos reaes se não admittia petição de mercê alguma, sem se offerecer logo nella donativo* (p. 384.). João Pinto Ribeiro no *Discurso sobre a usurpação, retenção e restauração do Reino de Portugal* faz também menção destes abusos: *Os allivios de todas estas misérias, diz elle, erão a venda dos officios, ainda que fossem de justiça, practicada com tanta demasia e excesso, que o vassallo deste Reino, que não tinha dinheiro, não tinha merecimentos. Os officios se tiravão aos filhos, e se vendião e davão a quem de todos os desmerecia; e levando-se-lhe o dinheiro, erão obriga-*

*dos a jurar na chancellaria , que nada derão por elles , nem os pretendêrão por interposta pessoa.* Antonio Velloso da Lyra na obra *Espelho de lusitanos* dá outro testemunho destes excessos : *O mesmo era vagar , diz elle , qual-quer dignidade , ou officio secular ou ecclesiastico , que pôr-se em almoeda a quem mais dava ;* p. 48. O P. Vieira , ou quem quer que é o auctor da *Arte de furta* , no c. 17. p. 124. falla tambem deste abuso : *Fizerão practicar nestes reinos cousas nunca vistas entre portuguezes , venderem-se a quem mais dava , os officios , que antigamente se davão de graça , sem olharem se as pessoas erão dignas ; e porque as indignas erão as que por dinheiro subião aos officios , ficava a républica mal servida e perturbada ; o subir sem méritos , e o não cair por erros , igualmente se vendia. Fazião jurar na chancellaria os que compravão os officios , que nada davão por elles , nem que os pretendião por interposta pessoa ; e se alguem dava mais pelo officio já comprado , lh'o largavão , sem restituirem o dinheiro ao primeiro comprador , a quem satisfazião com que apontasse e pedisse outra coisa* (p. 124.). O mesmo notárão , entre outros , Leitão no *Tractado analytico* p. 221. , e o Dr. João Salgado de Araujo no seu *Marte lusitano* , certam. 3. ; e dos estranhos o Conde Maiolin na *Historia das cousas memoraveis do seu seculo* liv. II. p. 105. , etc. , e na outra *Historia das guerras civis* Part. II. p. 2.

Para poderem pois fazer isto a seu salvo , e darem os officios livremente aos seus , ou aos que mais offerecião pela compra delles , julgárão conveniente excluir na chancellaria os embargos dos filhos e netos ás mercês dos officios. Não esqueceo a nossos escriptores fazer menção especifica disto mesmo ; bastará allegar aqui a dous dos que já citámos. Um delles é João Pinto Ribeiro , que diz assim na obra acima referida : *Accrescentava-se a esta injustiça (de vender e dar os officios a quem querião) , a tyrannia de se prohibir virem as partes com embargos á chancellaria para encontrarem tão errados provimentos feitos em Madrid , mandando que se remetterssem lá , para difficultarem e tolherem aos queixosos o remedio de sua justiça.* O outro é o auctor da dita *Arte*

de *furtar*, que fallando dos officios, que se vendião, crescenta: *Prohibião ás partes virem com embargos taes provimentos* (p. 124.). Por isto, e por tudo o mais, tenho notado deste Alvará, não se póde tirar argumento d'elle para provar, que todos os officios erão personalissimos e vitalicios por antigas leis deste reino.

O 5.º documento é o Alvará de regulamento, dado por elRei D. Filippe IV. á chancellaria em 1635, que traz Pegas no tom. 12., em que se determina o que se deve pagar de direitos pelas mercês dos officios, feitas em uma ou mais vidas. Mas 1.º não é lei antiga; 2.º de se pagarem direitos pelas mercês dos officios não se segue necessariamente que todos sejam temporaes ou vitalicios. Pelo regimento de como se hão de cobrar os direitos das mercês, que vem na collecção 1. ao livro I. das Ordenações t. 2. (p. 256.), se determina que se paguem direitos das doações e mercês, que o Principe fizer a qualquer pessoa de juro e herdade, de que os successores devem tirar confirmação, a que chamão por successão; e tambem das confirmações, a que chamão de Rei a Rei: e seguir-se-ha daqui por ventura, que as jurisdicções ou officios, que tem os donatarios de juro e herdade por bem destas mercês, não são perpetuos, patrimoniaes e hereditarios, por delles se pagarem direitos na chancellaria? O mesmo compilador no Titulo 11. §. 5., e no Titulo 54. §. 4. desteCodigo reconhece o contrario, como notarei adiante.

O 6.º e ultimo documento é o Decreto de 15 de Fevereiro de 1643 do Sr. Rei D. João IV., para que as mercês dos officios se não possam suspender no transito da chancellaria com embargos. Mas: 1.º este Decreto é feito em conformidade do que havia sido determinado pelo dito Alvará de 26 de Outubro de 1607, e tem, como elle, a mesma resposta, isto é, que a exclusão dos embargos não provava necessariamente a exclusão de todos os officios patrimoniaes e hereditarios; 2.º não é lei antiga no sentido, em que falla o compilador, referindo-se ás antigas leis deste reino.

Por tanto, sendo estes os unicos documentos, que se costumão allegar, e que teve em vista o compilador



deste Código, venho a concluir, que não parece exacta a segunda razão, em que se fonda a disposição deste §., suppondo-se nelle como um facto certo, e uma regra geral e absoluta, que todos os officios erão personalissimos, temporaes e vitalicios, segundo as antigas leis deste reino.

*Texto.*

*E costumes.*

*Censura.*

Not. Este é o terceiro fundamento da decisão deste §.; mas sôo obrigado a fazer delle o mesmo juizo, que do antecedente.

1.º Se consultarmos os monumentos de nossa historia, e a antiga prática destes reinos, acharemos que sempre se fez differença entre os officios dos concelhos e os da data dos Principes: que os dos concelhos forão sempre personalissimos e temporaes, e que dos que pertencião ao Principe, uns erão tambem personalissimos, e ou temporaes ou vitalicios; outros erão patrimoniães, e passavão de pais a filhos por successão, ou fosse por costume, ou em virtude das mercês e doações, que os Principes fazião aos donatarios da Corôa.

2.º Nos mesmos capitulos 6. e 7. das côrtes de Coimbra de 1473, que se allegão nas Provas, não se nota precisamente o darem-se os officios aos filhos por morte de seus pais, o que não deixaria de se notar, se não houvesse tal costume; mas sim e tão sómente darem-se os officios aos filhos por cartas ou alvarás em vida dos pais, sendo elles ainda pequenos, que os não podião servir, e não se podendo saber naquella idade, se serião aptos para elles. Donde se suppunha, que sendo os filhos maiores, e sendo habeis, succedião nos officios dos pais.

3.º Isto mesmo se suppõe na resposta do Sr. Rei D. Affonso V.; porque, conformando-se com a representação dos povos, não diz que se não dêem mais os officios dos pais a seus filhos, mas sôo que lhe apraz, que

se não dêem aos filhos pequenos em vida dos pais, e em quanto se não sabe se são aptos; e que naquelles mesmos, a quem elle os havia já dado por seus alvarás, se não verifique a data, senão no caso de se mostrarem aptos para elles.

4.º Do mesmo Alvará de 26 de Outubro de 1607 se deduz, que até então costumavão passar muitos officios de pais a filhos por successão; pois que fundados os filhos neste antigo costume, é que oppunhão embargos na chancellaria, quando os querião dar a outrem.

5.º Nossos auctores constantemente depõem deste costume: basta citar aqui a *Portugal de donationibus* lib. II. C. 13. §. 15. P. 11. nn. 15. e 16. p. 191.; a Gabriel Pereira de Castro á *Orden.* do liv. II. tit. 13. C. 58. §. 30. p. 207.; a Barbosa *Consult.* 16. n. 64., e *Consult.* 75. n. 13.; a Cardoso na *Praxe, v. officium* nn. 40. e 41.; a Pegas no tom. 7. ao liv. I. tit. 98. *in princ.* n. 24. e seguintes; e, por não allegar outros muitos, a João Pinto Ribeiro, que se explica desta maneira: *Era lei inviolavel*, diz elle, *nascida do antigo costume, que sempre nisso guardarão os Senhores Reis deste reino, que por fallecimento dos pais, que procedêrão bem em seus officios, se dessem a seus filhos. Era tenção dos Príncipes portuguezes obrigar com este favor e esperança a que os pais, levados do amor de seus filhos, se esforcassem a viver ajustadamente na guarda de seus regimentos, para que assim lograssem os vassallos a quietação e bons procedimentos dos officios.*

Sei que communmente se diz, que a tradição ou costume, de que depõe este, e os mais auctores, que aqui tenho citado, se attribue á falsa allegação de facto de Alvaro Valasco na *consult.* 129. Mas 1.º o que havemos notado das côrtes de Coimbra de 1473, assás mostra que muitos annos antes de Alvaro Valasco havia já este costume, e por consequencia que elle não errou no facto; 2.º não achei logar algum decisivo, nem em Aires Pinhel, nem em Gama, nem em Caldas, nem em algum dos Barbosas, ou nos mais auctores, que escreverão por aquelles tempos, em que fallassem especificamente deste artigo, e encontrassem o costume, que allegára Valasco.

Accrescentarei ainda uma cousa, antes que arremate esta nota; que é, que se não faz provavel, que em tempos antigos fossem entre nós personalissimos e temporaes todos os officios deste reino, quando o não erão em todo o resto da Hespanha; quando o não erão na França, na Alemanha, em Inglaterra, e geralmente em todos os estados da Europa, formados das diversas colonias das nações septentrionaes: nelles reinava por uma parte o direito da conquista e repartição das terras francas e allodiaes, e independentes da alçada dos Reis no governo interior e territorial; e por outra o systema feudal ou benefical, que havia produzido muitas jurisdicções dominicaes e senhoriaes, inherentes aos territorios, e próprias dos senhores das terras; e com ellas muitos officios patrimoniaes e hereditarios, que ou exercitavão por si mesmos, ou por seus vassallos.

#### *Texto.*

*Declaramos que em nossos reinos não ha jurisdicção alguma real, patrimonial e hereditaria.*

#### *Censura.*

Not. Esta é a decisão deste §., para a qual se trouxerão os tres fundamentos, que acabei de notar. Bem se vê que o compilador falla aqui da jurisdicção real, patrimonial e hereditaria no sentido vulgar, em que a tomámos nas notas antecedentes, e não daquella jurisdicção real e patrimonial, ou annexa aos prédios derivados do antigo poder dominical, de que fallão Thomasio na *Dissertação de hominibus propriis*, Heineccio na *Dissertação de jurisdict. et patrím.*, Gundlingio e outros; a qual havia, e ainda hoje ha na maior parte de Alemanha, e em outros estados da Europa. Procedendo neste sentido, julgo que se não deve pôr aqui esta regra tão geral e indefinida sem alguma distincção.

Se por ella se quer dizer, que em nossos reinos nunca houve jurisdicção alguma real, patrimonial e hereditaria, o contrario se prova pelas notas e reflexões,

que até agora tenho feito: se se quer dizer que a não ha daqui em diante pela nova legislação deste Código, esta regra tão geral e absoluta: 1.º vem a desbaratar, com as jurisdicções patrimoniaes e senhoriaes annexas, e com os titulos e senhorios de terras, que tem muitas casas e corporações deste reino donatarias da Corôa, que não sei se é das Reaes intenções de Sua Magestade; ao menos em materia de tanta alteração e consequencia se não deverá assentar nisto sem especial consulta e determinação da mesma Senhora: 2.º vem a encontrar-se com o systema e principios, que segue o mesmo compilador no Titulo 48 das doações dos bens da Corôa, no Titulo 51. das clausulas e modos das doações, no Titulo 54. das confirmações, no Titulo 55. da jurisdicção dos donatarios, e no Titulo 56. das honras e coutos; nos quaes ora se suppõe, ora se estabelece a jurisdicção dos donatarios, annexa aos titulos ou senhorios de terras, e transmissivel aos seus successores e possuidores em virtude das doações perpetuas.

#### *Texto.*

*E que os filhos, e muito menos os outros parentes, não tem direito para succeder a seus pais nos cargos publicos, officios e occupações, que elles em nosso nome tiverão e excitarão.*

#### *Censura.*

Not. I. Como neste §. se falla directamente da jurisdicção, declarando-se que nenhuma ha nestes reinos, que seja real, patrimonial e hereditaria; e se accrescenta logo, que os filhos não tem direito de succeder a seus pais nos cargos e officios públicos: parece por isso suppôr-se que todos os cargos e officios, que se exercitão em nome do Principe, contêm jurisdicção; no que não posso concordar, pois ha officios, que são jurisdiccionaes, e outros, que o não são.

Not. II. Como ha officios e jurisdicções, que tem os donatarios da Corôa na fórmula de suas doações de juro

e herdade, ou ainda em certas vidas, não se pôde dizer com esta generalidade, fallando exactamente, que nenhum filho tem direito para succeder a seu pai nos cargos e officios públicos.

Not. III. Acho que conviria também fazer differença entre os officios gratuitos, ou dados por méra graça, e os que são havidos por compra, ou renúncia feita por dinheiro com licença regia, não sendo jurisdiccionaes; porque nestes ultimos parece justo, que os filhos, sendo habéis, tenham direito a preferir a quaesquer outros. O compilador no §. seguinte põe isto de méra graça do Principe, segundo a Lei de 23 de Novembro de 1770, que determina, que nos officios, que são havidos por compra, ou por renúncia feita por dinheiro com auctoridade ou licença regia, por morte do proprietario se consulte ao Principe, e se lhe fação presentes as informações do bom serviço e merecimento dos pais, e as da propria e pessoal idoneidade dos filhos, que pretendem preferir no provimento, para elle os attender. Com tudo esta preferencia, que o Principe quer dar em taes casos aos filhos por morte dos proprietarios, sendo, como é, fundada em uma razão de equidade ou de economia civil, ficaria mais segura e permanente na prática, se se propozesse e auctorizasse como um direito dos filhos, posto que sempre dependente, para se verificar, das provas legaes de sua aptidão e merecimento; porque isto escusaria muitas controversias e dúvidas, pretensões de estranhos, e incerteza das esperanças dos filhos.

## AO §. 19.

### *Texto.*

*A sua data e provimento, supposta sempre a habilitade da pessoa, é de méra graça, e pende do nosso Real arbitrio, assim como a sua extinctão.*

*Censura.*

Not. Não sendo a data, ou data dos officios outra coisa mais do que a eleição ou apresentação de pessoa habíl para elles, parece-me que vem a ser vaga e indefinida a regra, que aqui se põe. É principio certo do Direito Público universal, e reconhecido na nossa legislação, que a data dos officios da republica, considerada em si, e em sua origem e criação, pertence geralmente ao Principe (Ord. liv. II. tit. 45. §. 25.); mas este principio geral pôde ter suas modificações no exercicio, segundo a natureza do diverso governo e economia civil dos estados: 1.º porque podião os povos a principio reservar para si alguns officios; 2.º porque podia pedir a economia particular do estado, que o Principe, dos mesmos officios, que lhe ficavão pertencendo, doasse alguns a seus vassallos: ora isto é o que precisamente succede em nosso reino. A data dos officios, segundo a enumeração, que faz a Ordenação no liv. I. tit. 88. §. 1., ou é do rei, ou das cameras, ou de algum senhor de terras.

1.º Entre nós ha officios, cuja data pertence privativamente aos Principes; e são de sua immediata apresentação, os quaes ou elles mesmos creárão e fizerão seus em virtude de seu supremo poder; ou lhes ficarão reservados desde o principio da monarchia; ou se lhes reservarão pelos tempos adiante. Taes são em geral os officios do governo da justiça, da fazenda e da guerra, e outros muitos. (João Pinto Ribeiro *Lustre do Desembargo do Paço* §. 27. p. 23.) Destes se verifica exactamente a regra, que aqui se propõe, que a sua data é de mera graça do Principe, e pende de seu Real arbitrio.

2.º Ha outros officios, cuja data pertence ás cameras do reino, que desde tempos antiquissimos os costumarão prover por eleição e nomeação dos homens bons, de que falla a Ordenação liv. I. tit. 87. §. 1., que chama a estas apresentações == *datas das cameras.* == Taes são os officios de juizes ordinarios e dos orfãos, dos vereadores e procuradores do concelho, dos almo-

tacés e seus escrivães, e os das cameras, segundo a Ordenação do livro I. titulo 67., e do livro II. titulo 49., e os dos alcaides pela Ordenação do livro I. titulo 74., e dos meirinhos, que põem os concelhos segundo seus antigos costumes, como se diz na Ordenação do livro II. titulo 45. §. 14.

Tão proprio é das cameras o direito da data ou appresentação desses officios, que ellas o tem, não por doação particular e mercê dos Principes, como se quiz inculcar no governo dos Filippes no Alvará de 26 de Fevereiro de 1614, que vem na collecç. 1. á Ordenação do livro 1. titulo 28. n. 2., mas sim por especial reserva, ou expressa ou tacita, que delles fizerão a principio os mesmos povos (João Pinto Ribeiro *Lustre do Desembargo do Paço* §. 27. p. 23.), segundo a prática e costume immemorial, em que estavam ainda antes da formação da Monarquia as diversas villas e cidades, que se governavam como Behetrias no tempo dos Sarracenos, de que fallão nossos escriptores; os quaes continuarão a conservar, depois de reunidas debaixo do imperio dos Principes, o antigo governo municipal de suas cameras e concelhos, em contraposição ao systema feudal, e ás jurisdições senhoriaes e territoriaes dos ricos-homens, e de outros grandes senhores, que então havia.

O mesmo codigo Affonsino no livro II. no titulo ... *dos direitos reaes* reconhece este antiquissimo direito e costume dos povos, porque nelle se diz: *que o poderio de fazer juizes usurparão* (isto é, usarão, que esta é aqui e em antigas escripturas a força desta palavra) *de longo tempo as cidades e villas por todas as partes do mundo, assim como nestes reinos; mas necessariamente devem pedir a elRei confirmações delles.* O mesmo se repete no regimento dos Almojarifes e Recebedores C. 237.; o que fez dizer a Pegas sobre o livro 1. da Ordenação titulo 67. *in princ.* n. 23. p. 322.: *Patet ex ipsa lege, in Lusitania non esse totam civilem potestatem et temporalem jurisdictionem* (falla do uso e exercicio do poder, e não do poder em si) *solum penes Principem, cum civitates, oppida et populi constituendi sibi judices ordinarios jus habeant, et creandi magistratus, qui jus*

*signatibus reddere valeant; quod etiam patet ex lib. II. §. 44. §. 13.*

Este era o costume primordial e fundamental, que allegavão as côrtes de Santarém de 1451 no titulo *dos officios dos concelhos, como hão de ser dados*. Queixavão-se os povos ao Sr. Rei D. Affonso V. porque dava os officios, que era costume darem os concelhos, como tabelliães, procurador do numero, escrivaninhas dos orfãos e da camera e almotaçaria, e alcaides môres, que se davão por eleição: ao que o dito Sr. responde, que dessem os officios por fallecimento daquelles, a quem já D. João I. e D. Diniz os havião dado; e que os que elle dera sem requerimento ou consentimento dos concelhos, que elles o declarassem, para elle o desembargar.

O mesmo costume tiverão em vista as outras côrtes de Santarém de 1459. *Outrosim, dizem ellas ao mesmo Principe, grande aggravo sente o vosso povo pelos officios dos concelhos, que lhes tomado tendes, assim como escrivaninhas das cameras, orfãos, almotaçarias e outros, que sempre forão dados por eleição dos concelhos; e disto se seguem dous damnos: um, é o povo delle muito aggravado por vêr ter e possuir seus officios a quem lh'os não agradece; e outrosim por serem dados por peitas; e porque, Sr., então é o Rei louvado e amado do seu povo, que tudo realmente lhe guarda, e deixa usar de suas liberdades, franquezas e privilegios, que tem; seja vossa alteza servido mandar restituir os officios aos concelhos, etc. Ao que respondeo o Rei: que elle não toma estes officios dos concelhos; e se ora alguns tem perpetuos, que é por elles lh'os darem, ou a seu requerimento, ou de suas vontades, e elle lh'os confirma: porém elle apraz, como quer que algum vagar por morte, ou por outro modo que seja, daquelles, que ora tem por suas cartas, que os concelhos os hajão livremente para si, segundo sua antiga ordenação.*

As côrtes de Montemor o Novo de 21 de Janeiro de 1472, na regencia do principe D. João, allegarão este mesmo costume, fundado em privilegios nacionaes. Eis aqui como elles fallavão: *Sr., outros officios, que as cidades, villas e logares destes reinos sempre estiverão em*



*posse, por privilegios e capitulos de côrtes e ordenações; de os darem por mezes, como almotaçarias; e por anno, dos juizados dos orfãos e sisas, e assim escrivanihas delles; outros de tres em tres annos, e estes saem por eleições, como os juizes e vereadores: seja vossa mercê, que posto que alguns agora novamente os requeressem, e houvessem delles cartas para os terem em suas vidas, o que é grande aggravo ás ditas cidades, villas e logares, e grande damno e destruição do povo, de taes cartas haver por nenhuma, e mandar guardar e manter as ditas cidades, villas e logares em suas posses, usos e costumes, como sempre forão. — Respondeo o Principe, que ha por bem que aquellas pessoas, que ora novamente houverão os officios das cidades, villas e logares, de que a elles a dada pertence, os hajão e tenham por tres annos; e acabados esses officios, fiquem a essas cidades e villas, a que pertencem; tirando aquelles officios, de que el Rei seu padre está em posse de os dar, e assi outros alguns senhores.*

Arrematarei com a representação dos povos, repetida nas duas côrtes de Torres-Novas de 1525, e de Evora de 1535 no c. 189, em que allegarão ao Sr. Rei D. João III. a especial reserva, que os povos a principio havião feito para si, da data destes officios: — *Item podem seus povos a v. alteza, que os officios, que os concelhos das cidades e villas deixarão antigamente para si a dada delles, e sempre andarão nas eleições das cameras, e por ellas forão dados os taes officios, e os Reis passados sempre o houverão por bem, pedem a v. alteza, que assim o mande, que as ditas cameras os dê, e vossa alteza não possa dar a nenhuma pessoa. — Respondeo o Principe: Eu hei por bem que as cidades e villas de meus reinos possam prover dos officios, que forem da sua dada, segundo fôrma de minhas Ordenações, e não passarei provisão em contrario; e quando a passasse por não ter disso lembrança, hei por bem que me escrevão sobre isso, e a não cumprão, até ver minha resposta. Sobre o que nota João Pinto Ribeiro no Lustre do Desembargo do Paço: O que eu vi depois confirmado por muitas sentenças, quando os juizes respeitavão*

*mais a obrigação dos Reis, que o poder e vontade*; §. 23. Noto de passagem, que todos estes logares das côrtes me persuadem, que as representações dos povos nas côrtes de Coimbra de 1473 sobre os officios dos pais, que se davão aos filhos, se devem entender dos que erão da dada das cameras.

De tudo isto se vê o enorme filippismo, que se commetteo no Alvará de 26 de Fevereiro de 1614, que vem na collecç. 1. á Ordenação do liv. 1. tit. 28. n. 2., em quanto diz, que todos os officios dos concelhos são do Rei, e que da appresentação delles se tinha feito mercê a algumas cameras; pois que se oppõe manifestamente a todos estes artigos de côrtes, e á mesma declaração do Codigo Affonsino no titulo *dos direitos reaes*. Por tanto concluo, que havendo officios, cuja dada é das cameras, se não pôde dizer indistinctamente, que a dada de todos os officios é de mera graça, e pende do Real arbitrio do Principe no estado actual das cousas; menos que não seja no estado extraordinario, em que entre o supremo poder do Principe por necessidade da républica, que assim o peça.

3.º Ha outros officios, cuja dada pertence aos donatarios da corôa, ou sejam seculares, ou ecclesiasticos, por virtude de suas doações, os quaes os podião elles prover ou por si mesmos, ou por seus ouvidores. (Regim. *ibi* p. 2591.) Assim os Infantes, Duques, Mestres e outros donatarios tinham o direito da eleição e nomeação dos juizes e mais officiaes, e até o provimento dos officios e confirmação das justiças, e a data dos tabelionados, de que falla Cabelo na *Dec. XIV. n. 3. p. 19. Part. 2.*; jurisprudencia adoptada nas compilações antigas, que reconhece o mesmo compilador deste Codigo nas Provas ao Titulo 55.; e tanto a dada ficava propria e privativa dos donatarios, que só se devolvia ao Rei no caso de crime, de que falla a *Orden. liv. II. tit. 45. §. 3.*, que o suppõe; ou transgressão das condições impostas na lei, segundo se declara na *Ordenação do liv. II. tit. 46. §. 35.*

A legislação actual admite e conserva ainda, como é sabido, as datas ou appresentações de officios pelos

donatarios, como é a de seus ouvidores, Orden. liv. II. tit. 45. §. 41., e outros officiaes. Quanto á legislação deste novo Codigo, o mesmo compilador as admite nelle expressamente, posto que com manifesta contradicção com a regra, que aqui põe; porque no Titulo 41. dos officios e cargos públicos diz assim no principio: *A criação de todos os officios públicos, assim politicos, como militares, é privativamente nossa; a data porém e provimento dos officios já creados póde pertencer aos donatarios da nossa Corôa na fôrma de suas doações.* No Tit. 55. da jurisdicção dos donatarios no §. 15. diz que = *a doação de jurisdicção dá poder ao donatario para nomear e pôr ouvidor*; = no §. 23. diz que = *os donatarios, que já no tempo do Sr. Rei D. João estavam em justa e pacifica posse de nomear juizes, ou outros officios da camera, poderão continuar no uso deste direito, posto que a confirmação deva ser sempre pedida ás justiças Reaes*; = no §. 24. suppõe o mesmo: = *o que por especial mercê nossa, diz elle, tem auctoridade para dar ou nomear certos officiaes, declarados nas cartas de suas doações, não poderá nomear outros*; = no §. 25. = *que os donatarios proverão a propriedade dos officios gratuita e liberalmente em pessoa idonea*; = e no §. 24. = *e o que por especial mercê nossa tiver auctoridade para dar, ou nomear certos officiaes declarados nas cartas de suas doações*; = no §. 26. diz, suppondo o mesmo, = *quando por bem da justiça houvermos por bem extinguir alguns officios nas terras dos donatarios, e crear outros, a sua data não lhes fica pertencendo sem nova mercê*; = e nas Provas ao dito Titulo 55. acrescenta, = *que a data e provimento dos officios, que tem os donatarios, nada tem contra si que ella se conceda aos donatarios; e que só se prohibe o seu exame, habilitade, regimento e approvação, que parece que só deve vir do imperante.*

Logo, sem manifesta contradicção com os seus mesmos principios, não devia dizer indefinidamente neste §., que a data dos officios era de mera graça do Principe; porque posto que o seja na sua origem e propriedade, não o fica sendo no seu uso e exercicio, uma vez que passa para a jurisdicção dos donatarios.

Nem

Nem se pôde salvar isto, se se quizer entender por data dos officios a confirmação do Principe; porque, como adverte o mesmo compilador nas Provas no §., que começa = *A mesma razão* =, os direitos da confirmação são muito diversos dos da data e provimento.

### *Texto.*

*O official não poderá pedir em tempo algum recompensa pelo officio, que houvermos por bem extinguir, ou dar a outrem.*

### *Censura.*

**Not.** *Que houvermos por bem dar a outrem.* Pela maneira, por que aqui falla o compilador, parece suppor, que o Principe pôde tirar ao official o seu officio e dal-o a outrem; e isto livremente, pois que se toma por principio de toda a legislação deste §., que a data e provimento dos officios é de mera graça, e pende do Real arbitrio do Principe; fazendo-se assim todos os officios manuaes e removiveis *ad nutum*; e esta é a mesma doutrina, que o compilador propoz adiante no Titulo 41. §. 3., e nas suas *Instituições de direito patrio* no titulo 2. §. 19. p. 23., onde diz: *Quare eum bene potest rex pro libitu auferre et conferre.* Mas nição convinha fallar com mais alguma clareza e distincção; porque suppondo que o Principe pôde tirar ao official o seu officio, e dal-o a outrem, não declara aqui, se falla no caso, em que o tira por culpa do official, ou sem ella.

A collação do officio, ou se chame *mandato*, ou locação e conducção, como dizem muitos com Harpprecht *Resp.* 93. n. 77.; ou seja *contracto innominado*, como querem outros; ou seja *precario*, como segue Myler; é certo que entre o Principe, que dá um officio, e o official, que o recebe, ha um pacto, diz Vattel, que opera alguma cousa: o que reconhece Boehmero na *Exercitação* 57. às *Pand. c. 2. de jur. Princ. dimitt. min.* §. 15. n. 768., sem embargo de ser demasiadamente *regalista* na *Cens. Part. III.*

materia dos officios: *Alterum, quod praemonendum est*, diz elle, *respicit ipsam concessionis rationem, conventionemque, quae inter Principem et Principis officialem intercedit. Talem enim revera hic occurrere vel inde liquet, quod et Principis et Ministrorum ex hodierna officiorum collatione mutuus requiratur consensus, illius quidem ad concedendum, horum vero ad accipiendum officium. O effeito pois, que obra este pacto, é que o official deve servir bem seu officio, e que o Principe o deve conservar nelle, em quanto o bem servir.*

Wolfio na p. 8. c. 4. § 913. expõe os principios desta doutrina: *Etenim si officium non fuerit collatum in certum diem, nec sub conditione resolutive, in perpetuum collatum intelligitur: quamobrem, cum ea, de quibus in pacto, quo collatio perfecta vel expresse vel tacite conventa est, sint servanda; et quamdiu qui officio diligenter fungitur, et parte sua pactum servet, consequenterque ratio cesset, cur pars altera ab eodem recedere possit; sequitur, quod is, cui officium simpliciter collatum est, eodem privari nequeat, quandiu eodem diligenter fungitur.* E conclue nas notas: *Remotio in hoc casu, cum non fieret sine violatione juris ejus, qui officio fungitur, injusta utique foret.* Além desta razão fundamental, que nasce da natureza do pacto, ha outras não menos ponderosas, que se devem contemplar nesta materia: taes são as seguintes:

1.º A subsistencia do official, que lhe viria a faltar, ao mesmo tempo que elle a teria procurado por outra via, se não tivesse sido empregado nas funcções de seu officio, ou se entendesse que lh'o havião de tirar sem sua culpa; razão, que pondera Vattel, e antes d'elle o nosso Gabriel Pereira de Castro (p. 207.) com outros muitos; e viria a ser ruinoso ao official o seu officio: o que contemplou o mesmo compilador adiante noTitulo 41. §. 8., estabelecendo como principio certo, que o official, que for removido por causa de molestia, velhice ou outra similhante causa, em quanto lhe durar, não deixa de ser verdadeiro official, e de vencer como tal o ordenado do officio, etc.; = e no §. 9. diz: = *O que foi por graça nossa aposentado e removido do offi-*

cio, conserva todas as suas honras e prerogativas; e todo o ordenado ou parte d'elle na fôrma da mercê, que lhe fizermos.

2.º A reputação do official. Toda a destituição sem causa, diz o sabio auctor das *Maximas do direito publico de França*, é injuriosa ao official; porque o deshonra aos olhos do público, fazendo-o ter ou por incapaz, ou por culpavel de algum delicto no exercicio das funções de seu officio. Cada um dos officiaes destituídos sem causa, accrescenta elle, póde dizer ao Principe o que dizião os magistrados de França, que havião sido removidos de seus postos nas revoluções passadas: *Sr., era-vos livre pôr em nós a vossa confiança, e depositar em nossas mãos a vida e a liberdade dos cidadãos; mas feita uma vez esta escolha, não nos podeis privar sem razão e sem fôrma de processo; porque se nos não escolhesseis, não nos farieis mal; mas privando-nos ora de nossos officios, tiraes-nos de todo o com que haviamos contado para sempre; e tiraes-nos a nossa reputação, que nos é mais amavel, do que a vida.* (Tom. 1. 2. p. 154.) Esta mesma razão considera o Barão de Lyncher na *Dissertação de beneplacito* sect. 2. c. 1. §. 1.: *Nullibi sine causa fieri debere dimissionem officiorum eo ipso, quod saltem non expressa causa parvipendium subesse videatur.*

Sei que Boehmero na já citada *Exercitação 57. ás Pandectas* c. 2. de jur. Princ. dimitt. ministr. §. 7. p. 758. o reprehende, e aos mais auctores, que tomão este principio, por não fazerem differença entre dimissão e deposição; que esta é injuriosa, não a outra, como o não era a dimissão honesta militar entre os romanos; mas elle mesmo no c. 1. antecedente a este no §. 15. n. 746. havia feito a differença entre dimissão militar ignominosa, que era por delicto, e a honesta, que era a de graça e favor, e com o privilegio; e a causal em razão da doença ou de outra justa causa, accrescentando depois que a dimissão de hoje convém com a dimissão causal militar, definindo-a: *Ademptio muneris commissi a Principe, facta justa de causa, non tamen praecise in poenam ob delictum forsau commissum; e neste sentido diz que se toma remoção, deposição ou*

degradação §. 15. Logo daqui se segue por seus mesmos princípios, que fazendo-se a dimissão do official sem justa causa, vem a coincidir com a missão ignominiosa; porque tal dimissão sem causa não parece ser feita senão por delicto: logo com razão o B. de Lyncher, e outros mais, considerarão injuria ou deshonra na destituição do officio sem justa causa.

Deixo de ponderar aqui outras razões tiradas da utilidade da república, que pede que o official, que tem servido bem seu officio, e que está por isso mesmo mais habil para continuar a servir-o, seja nelle conservado e mantido, em quanto o bem servir, e que se não fação nem mudem facilmente officiaes, pelos muitos damnos, que trazem consigo estas mudanças, no que concorda o mesmo Boehmero na dita *Exercitação* 57. §. 14. p. 766., seguindo a doutrina de Zanhio na sua *Polícia municipal: Assentior omnino Zanhio in Polit. municip. lib. 2. c. 33. n. 19., dissuadenti Principi officialium mutationes, et perniciosas easdem reipublicae esse asserenti.*

Toda esta doutrina, que tenho proposto, é de Wolfio, o qual faz largamente a demonstração desta these no seu *Direito natural* p. 8. c. 4. §. 913. p. 691., cujo logar acima citei; é a mesma de Gaspar Klockio tom. 1. coas. 32. n. 15.: *Officiales, quantumvis voluntarie et precario creatos, sine justa causa revocari non posse*; é a mesma de Vattel nas *Questões de direito natural* p. 423., e do auctor das *Maximas do direito público frances* no tom. 2. p. 153. *in not. in fin.* 243., 270.; e é de Davies p. 404. §. 707., que até segue que o Principe não póde privar o vassallo, sem justa causa, do mesmo direito, que tem, de succeder nos officios por virtude da mercê da expectativa, que lhe fez, e que elle havia acceitado: *Juris succedendi fundamentum est promissio ab imperante facta, et a cive subdito acceptata; ideoque pactum ejusmodi: itaque promissionem Imperans sine civis subditi laesione revocare nequit*; §. 708.

É finalmente dos nossos, que seguem constantemente a mesma doutrina, que temos aqui proposto. Taes são Ayres Pinhel *in* 1. p. rubr. *Cod. de rescindenda*

*vendit. c. 2. n. 31.: Ex praedictis infertur ad officia concessa a Principe ad vitam, vel ad certum tempus; videatur enim tutius et magis juri consentaneum, ut sine justa causa ante tempus auferri nequeant; c. 2. n. 30. p. 23. (Ad. fundamento. n. 1., 2. e 3. vers. altera inspectio est.) Cabedo P. 2. decis. 20. n. 1., que diz: *Officium si Princeps alicui concessit ad vitam, vel ad certum tempus, non potest sine justa causa ante tempus illi auferre.* Caldas cons. 8. n. 73., que pondo a regra, que os officios conferidos pelo Rei são perpetuos, diz: *Nec possessori auferri posse*, limitando a doutrina sómente no caso do crime ou falta: *Nisi officialis aliquam notam vel delictum committat, et quo privationem mereatur; n. 72.* Barbosa nas Remiss. á Ord. do liv. I. tit. 99., fallando dos officios, que não expirão pela morte do concedente, diz: *Dic durare post mortem concedentis; et significare arbitrium boni viri, qui sine justa causa non aufert concessionem;* e seu filho Agostinho Barbosa in collect. ad Cod. lib. II. f. 7. L. 9. n. 5. attesta, que esta era a prática dos Reis de Castella e de Portugal: *Ipsum nempe officia extra mortis vel delicti aut renunciationis casus tollere non solere.* A mesma doutrina segue Portugal de donationibus liv. II. c. 13. §. 155. p. 202.*

Isto mesmo tem practicado muitas outras nações; bastará apontar aqui dous exemplos. Em França diz Loyseau no Tractado dos officios livro V. c. 4. n. 70.: *A inamovibilidade dos officios é uma das leis fundamentaes do reino.* Luiz XI. fez uma lei para ligar as mãos aos Reis, e tirar neste ponto o poder absoluto, e abolir o uso commum, que se havia introduzido, da destituição dos officios pela clausula, que punhão = em quanto nos aprover. = E esta lei do estado foi havida por fundamental, e nesta qualidade a fez jurar a Carlos VIII. seu filho, e como tal foi recebida desde esse tempo sem alguma reclamação. (Tract. do dominio tom. 3. p. 120.) O mesmo attesta Boerio Quaest. 149 n. 14., Rebuffo de nqmin. Q. 12. n. 27., e no tom. 3. ad leg. Franc. fol. 266. n. 9., Otero no Tract. de officialib. c. 13., Zanhio in Polit. municipali lib. 2. c. 33. n. 18., e outros mais, que depõem desta prática em França. No começo deste



seculo entre os artigos geraes, que publicou o Príncipe Soberano de Neufchatel e de Valengin, quando se levantou a contenda sobre a sua successão, um delles foi que nas cartas dos officios públicos de justiça, em lugar da clausula = *E em quanto nos agradar* =, se pozesse a outra = *Em quanto se comportar bem* =; de maneira que nenhum official podesse ser privado de seus cargos e officios, senão depois de ser convencido de haver servido mal. (*Max. do dir. publico de França* 2. p. 270.)

Mas supponhamos ainda que o Príncipe pôde tirar ao official o seu officio sem justa causa, e só por seu alvedrio: -- 1.º restaria ainda fazer differença entre os officios manuaes e dados *ad beneplacitum*, e os que se dão *ad tempus*, como os annuaes, triennaes ou sem limitação de tempo e *in perpetuum*: nos primeiros poderia ter mais logar a doutrina do compilador, não obstante que muitos auctores a não seguem, como se pôde ver de Boehmero na dita *Dissertação* 57. ás *Pand.* c. 2. §§. 1., 2. e 3. p. 752.; menos porém nos segundos.

2.º Devia tambem fazer-se differença entre os officios pessoaes e os hereditarios, porque não são em tudo os mesmos os direitos, que o Príncipe tem sobre os officios pessoaes, e os que tem sobre os officios hereditarios, uma vez que os ha e pôde haver; o mesmo Boehmero o reconhece: *Cacterum non idem juris retinet imperans circa personalia, quod habet circa hereditaria. Haec difficilius auferuntur, facilius illa, quae plerumque ex mera dependent gratia; cum illa per modum contractus acquirantur, et in alterius patrimonium redigantur.* (*Introd. in jus. publ.* not. ao §. 17. p. 230.)

3.º Convinha tambem fazer differença entre os officios gratuitos ou graciosos, e os officios comprados; quaes se suppõe adiante no §. 20.; porque nestes casos houve contemplação dos lucros, que delles se havião de tirar até a morte, como nota Boehmero na dita *Dissert.* 57. p. 766. §. 22., e forão adquiridos como *ex contractu*, de que o Príncipe se não pôde apartar. Pínnhel, que não admite a nossa doutrina nos officios gratuitos, a admite neste caso, fallando á 1. *part. rubr. C. de resc. vendit.* c. 2. n. 30. p. 23. *ordibatio lib. I. f. 76.*;

*Quae in omnibus officiis habet, posse ea libere a Principe auferri, ut non procedat in iis, quae non gratis, sed pretio concedantur.* O mesmo disserão Cabedo p. 2. decis. 20., Barbosa, Caldas de empt. c. 18. n. 6., e outros mais.

Estes são também os sentimentos de Boehmero na *Exercit.* 67. c. 2. de jur. Princ. dimitt. min. §. 20. p. 777., reprovando a opinião de Myler, e de Pedro Belluga sobre estes officios: *Sane ab injustitiae nota talis revocatio citra causam facta excusari nequit, cum et Principes fidem datam servare teneantur.* E para provar isto, havia trazido antes a doutrina de Vitriario sobre a obrigação natural, que os Principes tinham, de guardar os pactos entre elles e os subditos.

4.º Importava também que se fizesse differença entre os mesmos officios dados por remuneração de serviços. O mesmo Pinhel no lugar acima citado faz esta differença: *Limitatur, ne procedat in officiis concessis ob servitutem et benemerita.* O mesmo Cabedo p. 2. decis. 20. n. 2. e 3., Valasco de jur. emph. q. 34. 6., Gama decis. 353., Gabriel Pereira de Castro livro II. Ord. tit. 13. c. 58. p. 207.; e Barbosa ao tit. 99. liv. I. põe a mesma limitação: *Limita, si concedat constituto pretio vel ob benemerita, quia hujusmodi concessionem revocare non potest sine justa causa.* Caldas propõe a mesma doutrina na Cons. nn. 71., 72. e 73.: *Officia collata a rege alicui sunt perpetua, nec auferri possessori possunt interim dum vixerit; maxime procedit, si emptum officium, vel concessum ob benemeritum;* n. 73. O mesmo diz Phebo decis. 28. n. 5. tom. 1.

Not. II. Passando agora da supposição, que se faz neste §., á doutrina, que nelle se propõe directamente, a regra geral, que se estabelece, é esta = *que o official não poderá em tempo algum pedir recompensa pelo officio, que o Principe houver por bem extinguir, ou dar a outrem.* Esta regra com tudo é concebida com muita generalidade: porque assim como para se tirar o officio se deve attender, se ha, ou não, justa causa, segundo já notei; assim também para se lhe dar, ou denegar a recompensa, uma vez que se lhe tire, se deve fazer

differeça entre o caso, em que teve culpa, e o caso, em que a não teve: no 1.º nem o official tem direito de pedir recompensa, nem o Principe obrigação de lh'a dar; pois que ao que mal serve seu officio, de razão é que se lhe tire, e nenhum fundamento tem para pedir equivalente; no 2.º porém julgo que elle tem direito a pedir a recompensa, em consequencia das razões, que aponte na nota antecedente.

O compilador, para apoiar a sua doutrina, cita a Ordenação do livro 1.º titulo 99., aonde se diz, que o Principe, tirando e dando a quem sua mercê for, algum officio, nem por isso fica ao official, a quem o tira, em obrigação alguma, assim no fôro da consciencia, como no fôro judicial, de lhe dar satisfacção. Mas esta Ordenação só se verifica, como nella mesma se declara, *no caso, em que vem á noticia do Rei, que os não servem como são obrigados, e conforme á confiança, que nelles tinha, quando dos taes officios os provêra; no caso, em que ha quanto basta para ser certo, que é delles mal servido, que elles errão nos ditos officios, de maneira, que será mais serviço de Deos e do Rei serem-lhe tirados, que deixal-os estar nelles; no caso, em que o servem nelles mal, e fazem o que não devem, ou damnificação e roubão a fazenda real.* Eis aqui os precisos termos da Ordenação, e por consequencia o genuino sentido, em que se devem tomar as clausulas acima referidas; e neste mesmo sentido se deve entender a outra clausula, que costuma pôr-se nos privilegios e cartas de alguns officios: = *Que se eu houver por bem lh'o tirar, lhe não ficará a minha fazenda obrigada; e o haverá, em quanto eu houver por bem, com declaração, que querendo-lh'o em algum tempo tirar ou extinguir, minha fazenda lhe não ficará obrigada a satisfacção alguma.* =

Assim entenderão sempre nossos auctores a Ordenação, e as clausulas das cartas provisionaes dos officios no caso de prevaricação do official: assim o entendeo Portugal *de donationibus* no liv. II. c. 13. §§. 11. e 12. p. 191., e §. 117. p. 202.: *Ita ut si a Principe officium concessum auferatur sine justa caussa tangenti officialem, condignam satisfactionem praestare teneatur.*

habendo diz o mesmo e com mais largueza, fallando dos officios comprados ou havidos por serviços, na decis. d. n. 2. p. 2. n. 5.: *Si tamen ex causa aufert Princeps talia officia, an teneatur ad satisfactionem? Distinguedum puto, an propter culpam officialis aufert; et tunc non tenetur ad satisfactionem; ita procedit Ordinatio lib. 1. t. 98. in princ.: aut vero Princeps aufert officium hujusmodi propter aliam causam, puta ob privatam sive ob publicam utilitatem, legem condendo, vel alias ex justa causa sine demerito possidentis; et tunc tenetur ad satisfactionem.* O mesmo segue Gabriel Pereira de Castro p. 207., João Pinto Ribeiro *Lustre do Desembargo do Paço* p. 30. §. 69., e outros.

Esta doutrina não é só dos nossos, é também dos estranhos, como se pôde ver em Stryckio na *Dissertação de privilegiis titulo oneroso quaesitis* tom. 3. das *Observações hallenses* 16., e em *Victriario Instit. jur. nat.* liv. II. c. 14. q. 11., que todos põem como principio certo, que o official, destituído sem culpa, deve ser indemnizado. O mesmo Boehmero na *Exercitação 57. ás Pand. de jure Principis dimittendi ministros* c. 2. §. 22. p. 776. põe este principio: *Summa huc redit* (diz elle), *suadente utilitate publica, de qua solus Princeps decernit, haec officia revocari posse, ut tamen demissus indemnus servetur*; e diz que esta é a doutrina geral dos doutores, accrescentando, que da revogação ou destituição dos officios, havidos por titulo oneroso, ou por preço, se deve dizer o mesmo, que costumão notar os doutores a respeito da revogação dos privilegios adquiridos por titulo oneroso. Concluo pois de tudo o que tenho dito, que convém não alterar a letra da Ordenação, ou o sentido, em que nossos maiores a tomárão sempre; e não fazer de uma decisão particular, circumstanciada e restricta ao caso de prevaricação do official, uma regra geral e absoluta para todos os casos, o que seria duro e inhumano.

Accrescentarei por fim, que a regra, que o auctor aqui propõe, não é só contraria á razão e á equidade, e á doutrina corrente dos nossos e dos estranhos; mas até opposta aos seus mesmos principios e systema, que a-

diante desenvolve nos Titulos 41., 46. e 48., etc., aonde, esquecendo-se do que aqui havia escripto, propõe principios inteiramente contrarios a esta regra. Por quanto noTitulo 41. §. 5. diz elle assim: *Quando nós por alguma justa causa houvermos por bem extinguir todo e qualquer officio, o official, a quem o tirarmos, dentro de seis mezes depois da sua extincção nos poderá requerer o seu equivalente, juntando a sua carta de propriedade, e allegando as razões e serviços, por que lhe foi dado; e á vista dellas lhe daremos aquella recompensa, que bem nos parecer.* Se pela legislação doTitulo 41. pôde requerer o equivalente, como aqui se lhe nega, que possa pedir em tempo algum a sua recompensa? NoTitulo 46. §. 7. diz, *que o cidadão tem direito a pedir a justa recompensa e remuneração dos seus serviços;* noTitulo 48. dos serviços e mercês §. 1. estabelece, como regra certa, *que se pôde allegar e pedir remuneração dos serviços feitos ao estado e corôa destes Reinos, ou á pessoa do Rei immediatamente, ou do Principe e Infante como taes.* E querendo declarar quaes são estes serviços, diz no §. 2., *que estes serviços se fazem principalmente nos logares e officios, assim politicos, como militares, quando se servem bem, e desempenhão as suas obrigações.* Se tudo isto assim é, não se pôde combinar com estes principios a regra, que se põe neste §., de que extincto ou dado a outrem o officio, não pôde o official, que o servio, pedir em tempo algum recompensa delle.

## AO §. 21.

### Texto.

*O poder judiciario envolve necessariamente o direito de impôr penas, sem as quaes os juizos seriam illusorios; e compete privativamente ao Imperante, que é a fonte e origem de todo o poder; e o exercêta ou por si, ou por ministros por elle deputados.*

*Censura.*

**Not. I.** Todo este §. é aqui doutrinal, e contém noções puramente theoricas, e principios vulgares e sabidos, quaes são = *que o poder judiciario envolve necessariamente o direito de impôr penas; = que sem ellas os juizos seriam illusorios; = que este direito compete ao imperante; = que elle é a fonte e origem de todo o poder; = etc.*

*Texto.*

*O poder judiciario envolve necessariamente o direito de impôr penas.*

*Censura.*

**Not.** Se o poder judiciario envolve necessariamente o direito de impôr penas, como aqui se diz; se o direito de impôr penas é connexo e dependente do poder judiciario, como se affirma nas Provas; uma vez que no principio deste Titulo se deu ao Principe o poder judiciario, consequentemente se lhe deu tambem o poder de impôr penas. Por tanto só por esta razão era escusado propôr aqui este direito.

*Texto.*

*Sem as quaes (penas) os juizos seriam illusorios.*

*Censura.*

**Not.** Não é necessario dar os motivos das leis, como já tantas vezes tenho notado.

*Texto.*

*E compete privativamente ao imperante.*

*Censura.*

Not. Isto é repetição do que já se havia dito no preambulo e no §. 1. deste Titulo, aonde se pozerão estes dous principios: = *o poder judiciario reside na pessoa do imperante; e da mesma sorte o poder de impôr penas aos infractores de suas leis,* =

*Texto.*

*E compete privativamente ao imperante.*

*Censura.*

Not. Não me parece correcta a grammatica desta clausula, O periodo é desta maneira: *o poder judiciario envolve necessariamente o direito de impôr penas, e compete privativamente ao imperante;* sendo assim, parece que a clausula = *e compete* = pela regencia se refere ao poder judiciario, que é o nominativo da oração antecedente, quando pelo sentido se vê, que o compilador o quiz referir tão sómente para o direito de impôr penas. Devia pois dizer-se = *o poder judiciario envolve necessariamente o direito de impôr penas, o qual compete, etc.* =

*Texto.*

*E o exercita (o direito de impôr penas) ou por si, ou por seus ministros por elle deputados.*

*Censura.*

Not. I. Isto é tambem repetição do que já ficou dito no §. 2. deste Titulo.

Not. II. Quanto á doutrina, se por direito de impôr penas se entende o direito de legislar e determinar as penas competentes aos delictos, então este direito só compete ao Principe, e convêm que só elle o exercite, e nunca o magistrado. Muitos dos criminalistas modernos reprovão a legislação, que deixa ficar

a qualidade da pena em muitos casos dependente do arbitrio do magistrado, querendo que tudo o que é penal, seja definido e demarcado na lei, e que o magistrado não tenha nunca outro officio, senão pronunciar sobre o facto, o que me parece melhor. Se por direito de impôr penas se entende aqui o exercicio ou direito práctico e judicial de as applicar, já notei ao preambulo desteTitulo, e notarei ainda ao diante ao § 24., que só os magistrados o devem exercitar, assim como todo o mais poder judiciario, e não o Principe: e por isso julgo que não convêm pôr aqui a proposição geral de que este direito o exercita o imperante ou por si, ou por seus ministros.

## AO §. 22.

### *Texto.*

*E daqui vem, que em toda a républica bem ordenada nenhum cidadão pôde castigar outro, posto que criminoso e de ordem muito inferior á sua.*

### *Censura.*

Not. Aqui continúa o methodo doutrinal, allegando-se o exemplo, ou constituição de toda a républica bem ordenada. Já tenho notado outras vezes, que o Principe legislando só deve fallar de sua républica; donde o que aqui é dito em geral de todas as républicas bem ordenadas, se deve restringir e applicar ao nosso Estado, dizendo-se por exemplo: *Nenhum de nossos vassallos pôde castigar a outro, posto que criminoso.*

### *Texto.*

*E nem ainda os mesmos pais de familias a seus filhos, mulher e criados, senão muito moderadamente, e tanto, quanto o pedir o fim da sociedade parental e conjugal.*



*Censura.*

Not. I. *O fim da sociedade parental e conjugal:* seria melhor dizer segundo a ordem natural das cousas = *sociedade conjugal e parental.* =

Not. II. Havendo-se fallado do poder dos pais de familia, não só a respeito da mulher e dos filhos, mas também dos criados, devia fazer-se aqui menção não só da sociedade conjugal e parental, mas também da heril, que comprehende os criados; ou alias usar de um termo geral, que abrangesse a todas tres, por exemplo: *a sociedade domestica*, ou *a sociedade de familia*, etc.

*Texto.*

*E usando de seu natural poder.*

*Censura.*

Not. Diz-se aqui que os pais de familias tem um poder natural, ou dado pela natureza, para castigar sua mulher e seus criados: reconheço que muitos auctores tem seguido esta doutrina, e não sei com tudo se ella é exacta. Prescindo do direito positivo ou do estado civil, em que as leis podem dar este poder; e fallo tão sómente do direito natural, visto que aqui se considera e caracteriza este poder dos pais de familias por um poder da natureza.

E pelo que toca á mulher, sendo o matrimonio por sua natureza uma sociedade igual, a igualdade não admite imperio, e exclue por consequencia todo o direito de castigar. De mais, o fim principal desta sociedade é a propagação e educação da prole; e esta não pede necessariamente que o marido tenha o direito de castigar sua mulher. Alguma superioridade, ou excellencia fysica ou moral, que tenha o homem, se é que a tem, a respeito da mulher, não lhe dá este direito, mas só aptidão para dirigir os negocios de familia, e para que sua mulher haja de conspirar com elle em seu governo. Martini nos seus *Principios do direito da*

## AO §. 23.

*Texto.*

*Os ministros criminaes de nossos reinos na imposição das penas, e inquirição dos delictos e suas provas devem observar em tudo estas nossas ordenações, e aquella ordem do juizo e processo por nós estabelecida, segundo a diversidade dos crimes.*

*Censura.*

Not. I. A ordem natural das cousas pede que se proponhão estas duas clausulas, e se diga primeiro = *na inquirição dos delictos e suas provas* = e depois = *na imposição das penas* ; = porque a primeira operação é inquirir dos crimes, e a segunda castigal-os.

Not. II. *Devem observar estas nossas ordenações.* Esta maneira de fallar inculca, que já se tem estabelecido neste Codigo ordenações criminaes: com tudo ainda até aqui se não fallou desta materia.

Not. III. Esta primeira parte do §. é ociosa; porque é desnecessario dizer, que os magistrados crimes devem observar as ordenações criminaes desta legislação.

Not. IV. No Titulo 2. *das leis e do costume* §§. 8. e 18. já se havia posto a regra geral sobre a observancia das ordenações deste novo Codigo indistinctamente para todos; e neste mesmo Titulo *dos juizos e das penas* nos §§. 3., 4. e 6. tambem se havia dito, como os ministros devião observar as leis e regimentos tocantes a seus officios; pelo que é superfluo especificar aqui a obrigação, que tem estes ministros, de observar as ordenações criminaes deste novo Codigo: de outra sorte, será preciso repetir isto muitas vezes no corpo da legislação, e dizer em cada titulo ou §., em que se tractar de cousas relativas ás diversas ordens de magistrados, que elles devem guardar as ordenações respectivas a seus cargos. Uma vez que no Codigo se põem ordenações,

ção, que tocão aos magistrados, é claro, que é para  
practicarem no exercício de sua jurisdição, e  
é necessário dizê-lo.

*Texto.*

*é aquella ordem do juizo e processo.*

*Censura.*

Not. Primeiro é o *processo*, do que o *juizo*; ou, fallando mais exactamente, o *juizo* é a ultima parte do processo, como já notei ao §. 20. do Título II. *das leis e do costume*; ou alias bastaria dizer simplesmente *a ordem do juizo*; pois que por este só termo se entende communmente todo o processo. O mesmo compilador adiante no §. 25. o entendeo assim, dizendo = *para ali se processarem e julgarem.* =

*Texto.*

*Porém estas formalidades e leis meramente civis e positivas*

*Censura.*

Not. I. Esta segunda parte do §. também é ociosa, como a primeira; porque segundo o systema do compilador não se tracta nesteCodigo de estabelecer os direitos e liberdades do Principe, mas só as obrigações dos vassallos.

Not. II. Depois de se dizer = *leis meramente civis*, = é redundante accrescentar = *e positivas*, = porque toda a lei civil é positiva.

Not. III. Suppõe-se aqui, que todas as ordenações criminaes do novo Codigo, e toda a ordem do juizo criminal são formalidades e leis meramente civis; porque as clausulas deste periodo são relativas ás do periodo antecedente, em que se disse = *que os ministros criminaes destes Reinos na imposição das penas e inquiri-*

*rição dos delictos e suas provas devião observar as ordenações deste Codigo, e aquella ordem do juizo nelle estabelecida segundo a diversidade dos crimes.* Ora das leis, que entrarem nas ordenações criminaes deste Codigo, e na sua ordem do juizo, por certo que se não poderá dizer indefinidamente, que todas ellas são formalidades e leis méramente civis, como se suppõe neste §.

Nesta parte tão importante, tão capital, e tão sagrada da legislação, de necessidade ha de haver duas especies de leis, umas méramente civis, outras naturaes e sociaes, fundadas sobre os principios invariaveis da razão, e os direitos impreteriveis da natureza e da sociedade humana. A qualificação dos delictos; a proporção na legislação das penas; a defesa do réo; a prova do crime, ou por instrumento, ou por confissão, ou por testemunhas, que se presume que podem e querem depôr da verdade; o juizo da gravidade do delicto; a applicação do facto á lei; e todas as principaes operações e actos fundamentaes do processo, que se devem succeder uns aos outros na sua ordem natural para serem regulares, solidos e luminosos; todas estas cousas, que devem acompanhar a santidade do juizo, não podem deixar de ser fundadas em grande parte nas leis naturaes, e na mesma origem e constituição da sociedade civil.

Todos os criminalistas o reconhecem, fazendo differença entre as leis criminaes e do processo, que participão das leis naturaes e sociaes, e as que são méramente civis. O Codigo Criminal ha de ser necessariamente fundado sobre a moral universal e sobre o coração do homem; porque o Codigo penal, para não ser uma producção monstruosa, ha de ser accommodado á natureza do homem, e á da sociedade, ao valor das cousas, e á gravidade de cada acção. Logo desta classe de leis naturaes e sociaes, de que devem constar necessariamente as ordenações criminaes deste Codigo, e a ordem do juizo estabelecida nelle, não se pôde dizer vagamente, como aqui se diz, que são formalidades e leis méramente civis.

Texto.

Não está ligada e sujeita a nossa suprema auctoridade.

Censura.

Not. I. Bastaria dizer = *sujeita*. =

Not. II. Combinando-se este periodo com o do §. seguinte, vê-se claramente, que aqui se suppõe, que o Principe pôde exercitar por si mesmo o juizo criminal; e assim se suppoz já na Ordenação do Reino do liv. III. tit. 66. *in princ.*, tit. 75. §. 1., e a do livro V. tit. 138.; mas todas as razões, que já toquei no §. 1. desteTitulo para mostrar que o Principe não devia exercitar por si mesmo o poder judiciario em geral, provão com maior razão, que muito menos o deve exercitar em materias criminaes. A doutrina, que se lê no *Codigo da Humanidade* de Felice, é hoje a de todos os que conhecem os principios do direito social. Ainda que o Soberano, que representa a mesma sociedade, possa impôr a lei penal, todavia a elle não pertence julgar, se um particular incorreo na pena imposta pela lei. Com effeito no caso de um delicto ha duas partes: uma é o Soberano, que assegura que o contracto social é violado; outra é o mesmo réo, que nega a realidade desta violação. É logo necessario que haja um juiz entre os dous, que decida a contestação, isto é, um magistrado, cujo juizo seja sem appellação, e consista em uma simples affirmação ou negação dos factos particulares. *Cod. da Humanidade* tom. 5. p. 557. e 561., e tom. 10. p. 448., e Vattel tom. 1. p. 275.

Accrescentarei sómente aqui um testemunho, que não pôde ser suspeito, porque é do mesmo compilador deste *Codigo* nas suas *Instituições de direito patrio* no liv. 1. tit. 3. §. 3.: *Judicium criminale*, diz elle, *vel Rex ipse exercet, vel quicumque ejus nomine; prius tamen invidia haud carere videtur; potest enim facile subditorum odium incurrere*. E na nota parece adoptar a opinião de Bodino na obra *de republica*: *Quaestio est, an decorum, et utile sit, Regem non per judices datos, sed per se ipsam*

*judicia criminalia, vel civilia exercere; negat Bodinus de republ. lib. IV. c. 6.* Se pois não é decente, nem util ao Principe exercitar o juizo criminal; se com isto se arrisca a incorrer na desconfiança e odio de seus vassallos; para que é proceder ainda neste Codigo em semelhante hypothese?

Not. III. Suppondo com tudo que haja casos, em que o Principe possa exercitar por si mesmo o juizo criminal, assim mesmo entendo que se não dev. estabelecer o principio geral, de que elle não está ligado a guardar na ordem do juizo as formalidades e leis das ordenações criminaes e do processo: 1.º porque entre as ordenações criminaes e as da ordem do juizo, como já notei, ha de haver necessariamente leis naturaes e sociaes, a que o Principe esteja sujeito, e que não possa deixar de respeitar no exercicio do juizo criminal: 2.º porque convém muito que o Principe observe as mesmas formalidades e leis méramente civis em todo o juizo, e maiormente no criminal; de outra sorte se abrirá a porta a gravissimos abusos.

Sei que os auctores não são concordes nesta materia; muitos seguem o contrario, como são entre outros *Grocio de J. B. ac P.* liv. II. c. 4. §. 12., e c. 20. §. 24., *Buddeu na Dissert. de Principe legibus humanis soluto*, *Boehmero no seu direito publico* liv. II. c. 7. §. 22., e mais que todos *Daries na obra das Observações de direito social e das gentes* observação 20. ao §. 10. *An leges positivae etiam legislatorem obligent* p. 198.; e isto mesmo segue o compilador aqui e no Titulo 49. §. 13. Elles se fundão na razão da superioridade do Principe, e na origem das leis civis, que tirão d'elle toda a sua força e auctoridade; porque sendo Soberano, não pôde haver lei civil, propriamente tal, a que seja obrigado obedecer, como vinda de um superior, porque o não tem; e sendo as leis civis ordenações, que dependem d'elle na sua origem, e na sua duração, ellas o não obrigão directamente como taes, pois que nem o podem constranger por si mesmas, nem elle pôde ser constrangido á sua observancia por algum poder coactivo: o Principe, diz *Daries*, nem pôde obrigar-se e constran-

ger-se moralmente a si mesmo para praticar a lei, que elle poz, nem conceder a outrem o direito de o obrigar e constringer moralmente a viver segundo a mesma lei. Martini resumio esta mesma doutrina nestas palavras: *Qui majestate gaudet, legibus mere civilibus non est subiectus; repugnat enim obligatio a solius obligati arbitrio pendens.*

A brevidade de umas notas não soffre que eu examine aqui este fundamento. Direi sómente, que a questão não é esta: se o Principe está obrigado a guardar as leis civis, como taes; mas se está obrigado a guardal-as em razão da sociedade civil. Este é o verdadeiro e genuino estado da questão; e neste sentido sempre me pareceo mais exacta, mais solida, e util á sociedade a doutrina contraria de Zieglero *de jure majestatis*, de Gronovio nas notas a Grocio, do abbade Duguet na *Instituição de um Principe*, de Vattel no *Direito das gentes*, e do auctor anonymo das *Maximas do direito público de França*; do nosso Cabedo, de Portugal (p. 156.), e de outros muitos, que seguem, que o Principe tem obrigação de guardar as leis civis.

Quando se diz que elle tem esta obrigação, entende-se da obrigação natural, e não da obrigação civil; pois que esta obrigação não nasce precisamente da natureza e força da lei positiva, como tal, o que não podia ser, mas da lei anterior primordial e fundamental de toda a sociedade civil, que pede que por bem da ordem pública haja o Principe de guardar e praticar as mesmas leis, que elle impõe a seus povos, em quanto ellas subsistem na républica, e em quanto a utilidade do estado não pede, que elle as derogue, ou que elle se dispense dellas. E neste sentido não posso deixar de approvar tambem a distincção vulgar, que se faz entre a força directiva e a coactiva da lei, que dá Zieglero, o nosso Cabedo e todos os mais, que estão por esta parte, posto que Buddeu e Daries a rejeitem: o Principe é sujeito á lei, não quanto á força coactiva, porque a não póde haver contra elle, pois que nem elle a póde impôr a si mesmo, nem lh'a podem impôr os seus vassallos; mas sim quanto á força directiva, porque o bem

da sociedade pede; que o Principe é a lei mandem sempre uma mesma cousa; que elle seja exemplo aos seus; e que tenha por norma de suas acções a mesma, que prescreve como util ou necessaria a seus vassallos, para que não venha do contrario a ser destruidor da auctoridade das leis, de que é, e deve sempre ser o depositario e guarda. É digna de se ler sobre este assumpto a doutrina de S. Isidoro no liv. III. das *Sentenças* c. 53.: *Justum est principem legibus obtemperare suis. Tunc enim jura sua ab omnibus custodienda existimet, quando et ipse illis reverentiam praebeat. Principes legibus teneri suis, nec in se convenit, posse damnare jura, quae in subjectis constituunt. Justa enim est vocis eorum auctoritas, si quod populis prohibent, sibi licere non patiantur.* (Apud Gratianum Dist. 9. can. 2.)

Isto entendo bem o Sr. Rei D. João I. Quão digna foi d'elle, e maior que elle mesmo aquella Real voz, com que nas côrtes de Coimbra de 1437 respondeo ao 1.º artigo das queixas dos fidalgos, que se aggravavão de os obrigar a pagar sisa do que vendião! *As sisas*, diz elle, *forão lançadas com acordo de todo o meu povo, e para defensam destes regnos; e nem eu, nem a lha, nem os Iffantes somos escusados dellas.* (Cod. Aff. liv. II. tit. 59. §. 1.) Quão formosa é a outra resposta ás queixas dos prelados sobre a prohibição das bestas muares! *Tanto*, diz elle, *he esta ordenaçom boa e honesta e proveitosa ao bem da terra, e assy posta em geeral, que eu e meos filhos sempre a guardamos, e nunca despois andamos em más.* (Cod. Aff. liv. II. tit. 7. art. 11—15.)

Oppõe Daries, que a prudencia não dicta sempre, que o Principe seja obrigado a todas as leis, porque pôde haver circumstancias, em que seja util que as observem os povos, e não o Principe; porém isto só pôde formar a excepção, e não a regra. *Em quanto estas leis subsistem*, diz Vattel, *o Principe as deve observar religiosamente, e seguir as suas disposições em todos os actos da sua administração: as leis civis são o fundamento da tranquillidade pública, e o mais firme apoio da auctoridade soberana. Tudo é incerto, violento, sujeito a revoluções nos estados miseraveis, em que reina o*



*poder arbitrario. É logo do verdadeiro interesse do Principe a sua obrigação manter e respeitar estas leis ; elle deve submetter-se a ellas. — O mais livre e independente de todos os entes, diz M. d'Aguessau no liv. I. Disc. pronunciado em 1639, não é todo-poderoso, senão para fazer bem ; o seu poder infinito não tem outros limites, que o mal. As mais nobres imagens da Divindade, os Reis, a quem a Escripura chama Deoses da terra, não são maiores, senão quando submettem á justiça toda a sua grandeza, e ajuntão ao titulo de senhorio do mundo o de escravos da lei. — Ha uma justiça na lei, diz o abbade Duguet, independente do Principe, que o condemna, quando della se aparta : esta justiça é a sua regra ; elle deve ser sujeito a ella ; posto que alevantado acima de todos os outros homens, elle não póde substituir-lhe a sua vontade, pois que não é Rei para si, mas para o povo.*

Este era o juizo dos nossos maiores, que recopilou nestas palavras o Dr. Antonio Ferreira, antigo magistrado nestes reinos, na carta 1.<sup>a</sup> ao Sr. Rei D. Sebastião no liv. II. :

Obrigarão suas vidas, seus haveres ;  
 Prometteo o bom rei justiça e paz,  
 E remedio e soccorro a seus misteres.  
 Dalli sujeito ao Rei o povo jaz,  
 Dalli sujeito o Rei á boa razão  
 Da mesma lei, que em si esta força traz.  
 Deve á lei, o que a fez, obediência.

Que por isso dizia elle na carta 2.<sup>a</sup> ao Cardeal Infante no liv. II. :

Nós, que vivemos por regra tão justa,  
 Que os mesmos Reis ás suas leis se obrigão.

Sobre este assumpto é digno de se ver Leitão no *Traçado anal.* p. 39.

Reconheço que no prologo das Ordenações Affonsinas §. 2. se havia dito, que o Rei he absolto de toda lei

*humana*; que a mesma Ordenação Filippina do liv. II. titulo 35. §. 21. declara, que nenhuma lei por o Rei feita o obriga, senão em quanto elle, fundado em razão e igualdade, quizer a ella submeter o seu Real poder (o que o compilador propõe no Titulo 49. §. 13.); e que na Ordenação do liv. III. tit. 66. *in princip.* se accrescenta, que ao Rei é outorgado por direito, que julgue segundo a sua consciencia, não curando de allegações, ou provas em contrario feitas pelas partes, por quanto é sobre a lei; e o direito não presume que se haja de corromper por affeição; legislação, que teve por base a maxima de direito romano — *Princeps solutus legibus.* (Veja-se o *Codigo da Humanidade* de Felice tom. 8. p. 580.)

Com tudo se me é licito dizer francamente o que sinto, estas passagens não fazem grande honra á nossa legislação, e são talvez das que se devem reformar neste novo Codigo. Em um governo, que não é despotico, a vontade do Rei deve ser a vontade da lei. Tudo o mais é arbitrario; e do arbitrio nasce logo necessariamente o despotismo. O principal character da soberania, diz o sabio auctor das *Maximas do direito publico de França*, é governar-se pelas leis, e regular por ellas a sua vontade, havendo por vedado o que ellas vedão; o Principe e a lei devem mandar uma mesma cousa, porque o throno e as leis tem a mesma origem, e dirigem-se a um mesmo fim. Esta é uma regra e maxima certa, maxima de direito publico, maxima, que se deve ter como a guarda tutelar da sabia moderação de um governo. (Tom. 2. p. 136.) Esta foi antigamente a prudencia legislativa de Solon, que perguntado, de que maneira os reinos se governavão bem, respondeo, se os vassallos obedecessem ao Principe, e o Principe á lei. Platão disse o mesmo, que era feliz a república, em que cada vassallo obedecia ao Principe, e o Principe á lei. Quão majestosa e digna de um Principe foi a sentença do Imperador Theodosio na L. *Digna vox C. de legibus! Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se Principem profiteri; adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas.*

Os Reis Godos no seu Codigo na lei 2. liv. II. tit. 1.

propozeraõ esta mesma sentença, que muito louva o douto abbade Genovesi na sua obra *de officiis*: *Justitiam quisque tunc verius et ardentius diligit, cum unius aequitatis sententia cura proximo semetipsum adstringit. Damus igitur modestas simul nobis et subditis leges, quibus ita et nostri culminis clementia, et succedentium regum novitas ad futura una cum regiminis nostri generali multitudine universa obedire decernitur, ac parere jubetur.* Dos Godos passou a mesma doutrina para a legislação das Partidas: O legislador, dizem ellas na lei 15. Part. 22., ainda que as leis o não obriguem, justo e conveniente é que viva segundo ellas; porque o Rei deve guardar a lei, como creatura e fatura sua, e conservar lhe sua honra. L. 15. e 16. Part. 1. tit. 1. O mesmo se lê na lei 3. f. 1. liv. II. da *Regulaç.*, e no auto 1. tit. 1. liv. II.

Henrique IV. de França nas palavras, com que formou o preambulo do seu manifesto sobre o divorcio da Rainha Margarida, propoz esta mesma doutrina: *Os tyrannos, diz elle, os que se não embaração de ser aborrecidos, com tanto que os temão, dizem de ordinario, que os Reis, que fazem a lei, são superiores á lei; e que a sua vontade deve ser a regra de tudo. Eu detesto uma regra tão tyrannica: o que faz as leis, deve fazel-as observar por seu exemplo.* Até um Principe o mais absoluto, que vio a Europa no seculo passado, foi forçado a entrar nestes mesmos sentimentos, como quem entendia que elles erão os que mais lhe podião conciliar a attenção das nações. Eis aqui como se explica Luiz XIV. no Tractado, que publicou, dos direitos da Rainha de França sobre os estados da Monarchia de Hespanha em 1667: *Não se diga que o Soberano não é sujeito ás leis, pois que a proposição contraria é uma verdade do direito das gentes, que a lisonja alguma vez tem atacado, mas que os bons Principes sempre defenderão como uma divindade tutelar de seus estados.* (*Max. do dir. publ. de França tom. 4. p. 219.*)

Concluo pois, que a sentença de que o Principe é sujeito ás leis civis, quanto á sua força directiva, é a que me parece mais confôrme á razão, á natureza da sociedade civil, e ao bem universal dos povos.

**Mas dêmos que o Principe não está ligado ás leis civis: será por ventura conveniente, que se proponha no Codigo este principio, de que tanto se pôde abusar na prática, maiormente quando a materia não obriga o compilador a fallar d'elle? Será conveniente que se estabeleça esta doutrina particularmente a respeito das leis criminaes e da ordem do processo? Eis aqui outro ponto de vista, em que se deve considerar esta materia.**

Eu julgo, quanto posso entender nisto, que se ha alguma parte de legislação, em que convém o Principe guarde exactamente as leis civis, é por certo a que toca ás ordenanças criminaes. Para conhecer isto, basta contemplar a necessidade, que ha, de dar idéas aos povos e aos magistrados de que as leis criminaes, e as suas fórmulas juridicas, tão sabiamente estabelecidas e combinadas para bem dos vassallos, são uteis e necessarias na républica; o que tudo se destruiria com as idéas contrarias, que se lhes excitassem neste §., de que ellas não erão necessarias e importantes, mas sim méras formalidades e apparatus, pois que sem ellas podia o Principe julgar da fortuna de seus vassallos. E com effeito a observancia inviolavel destas cousas é a que faz com que a administração da justiça adquira uma fórma mais augusta, e mais propria a inspirar o respeito religioso, que a deve acompanhar; o que serve de muito para conter os povos, e para fazer mais sagrados os juizos criminaes.

Depois disto estas leis não são leis, que respeitem a um ou outro cidadão, mas a todos em geral; não são ordenanças, que só attentem pela fazenda, mas tambem pela honra, pela liberdade e pela vida do homem; não tem só por objecto o interesse dos particulares, mas tambem a tranquillidade e segurança publica do estado; leis tão preciosas nos seus motivos, como nos seus effeitos saudaveis; leis inteiramente ligadas com os direitos naturaes do homem, e com toda a constituição fundamental da sociedade civil; pois que o primeiro e mais precioso bem, por que os homens se unirão em sociedade, foi o da conservação da sua liberdade ou segurança pessoal, que quizerão firmar e aperfeiçoar pelo

estabelecimento dos Imperios, e pôr em salvo de Baixo da auctoridade tutelar das leis e dos magistrados, que devem ser as suas guardas; leis por consequencia summamente importantes aos cidadãos, e destinadas á immortalidade por seu mesmo valor intrinseco: donde as mesmas formalidades e regulamentos sobre a ordem do processo são da maior importancia, e devem ser religiosamente practicadas.

A razão e a experiencia mostrarão aos homens desde a mais subida antiguidade, que era necessario subordinar a instrucção do processo e todos os seus actos a certas fórmãs fixas, precisas e regulares, que se houvessem de seguir constantemente na prática, para segurar por um modo sólido, constante e luminoso a cousa mais séria e importante do mundo, isto é, o juizo decisivo da fortuna do homem, para que se não conduzisse por um modo ou inconsiderado, ou arbitrario. Pelo contrario, não se guardando estas regras e fórmãs, que se pôde esperar do procedimento dos Principes? Uma jurisprudencia arbitraria, que franqueará livremente a porta a todo o genero de abusos e de injustiças; o Principe decidirá segundo a extensão das suas luzes, e a força das suas paixões, ou dos seus validos. Haverá juizos injustos, ou fundados em prevenções, ou em simples presumpções e provas incompletas, porque tudo o que se faz sem fórmula, ou é nada, ou é usurpação: por maior tento que haja, não se guardão medidas; apenas se saõ da regra, caõ-se logo em confusão, e da confusão em um abysmo. A legitima liberdade e segurança do homem, que foi o principio da creação das sociedades, e fórmula o objecto capital das leis, não será por consequencia neste caso mais do que uma quiméra, um titulo especulativo, que perderá no facto toda a realidade, que tem no direito.

O Principe pois, que manda pôr em seu Codigo similhante doutrina, como se põe neste §., mostra pouco cuidado da conservação de seus vassallos, e muito desprezo pela vida dos homens; pois que devendo resguardar a sua innocencia, offerecendo-lhes pela geral e inviolavel observancia das leis e fórmãs judicarias,

que estabelece, todos os meios possíveis de defesa, os vem a privar de todos elles por esta absoluta e illimitada liberdade, que se reserva, e pelos abusos consequentes do seu poder arbitrário, e do de seus validos, a que os sujeita :

Isto fazem os Reis, cuja vontade

Manda mais que a justiça, e que a verdade.

(Camões Lus. cant. X. est. 23.)

Assim o homem temerá sempre de outro homem, ou máo, ou mais poderoso do que elle; receará sempre ser victima da ignorancia, da prevenção, da inhumanidade; ser victima sacrificada muitas vezes ás delações secretas dos calumniadores, ou ás suspeitas de um Príncipe inquieto e barbaço, ou de um valido cavilloso e deshumano; o cidadão mais justo e virtuoso não estará seguro de acabar os seus dias no opprobrio, na dor, nos tormentos, no cadafalso.

Sou pois de voto que se haja de supprimir neste §. a clausula final, em que se diz por um modo geral e absoluto = *que a estas formalidades e leis meramente civis e positivas* (isto é, á observancia das ordenações criminaes e fórmas do processo) *não está ligada e sujeita a suprema auctoridade do Príncipe.*

## AO §. 24.

### Texto.

*Quando nós condemnarmos alguém á morte verbalmente, e sem figura de juizo, ou a cortamento de membros, mandamos, que a execução seja espaçada até vinte dias; guardando-se nas condemnações judiciaes, por nós feitas, ou por nossas relações, o tempo do costume para a sua effectiva execução.*

Not. I. Todo este §. me parece aqui deslocado e fugitivo, porque pertence para a parte da legislação, em que se tractar da ordem do processo criminal e execução das sentenças crimes, ou seja no livro III., ou no livro V., como fizerão os nossos compiladores, que o havião posto no livro V. das Ordenações no tit. 138. da execução das penas temporaes, ou em Codigo Criminal separado.

Not. II. Suppõe-se aqui outra vez, que o Principe exercita por si mesmo algumas vezes o poder judiciario; mas já notei em geral, fallando ao proemio deste Titulo e ao §. 23., que o Principe não deve exercitar por si mesmo este poder; e todas as razões, que então expuz, assás mostram, segundo entendo, que muito menos o deve exercitar em materias criminaes. Ainda hoje se nota nas acções dos Senhores Reis D Affonso IV., D. Affonso V. e D. João II., haverem exercitado algumas vezes por si mesmos o juizo criminal. Acho pois que se não deve admittir aqui outra vez semelhante hypothese; e muito mais, suppondo-se que o Principe pôde exercitar este direito até nos mesmos crimes capitaes, o que o faz ainda mais arriscado e temeroso aos povos. E com effeito, quanto se não pôde recear de um tal poder nas mãos de um só homem, e de um homem tão poderoso como o Principe? — Porém o Principe pôde. — Não tracto de disputar aqui este ponto: direi somente, que nem tudo o que o Principe pôde, attento o rigor de direito, deve entrar na legislação de um Codigo, uma vez que ha razões prudentes para recear, que do uso desse poder resultem grandes damnos á república. Este é o prumo, que ha de tomar nas mãos o legislador na instituição de suas leis; ao menos não ha necessidade de declarar e authenticar no Codigo este poder.

Not. III. Suppõe-se mais neste §., que o Principe não só pôde condemnar o cidadão á morte, exercitando por si mesmo o juizo criminal, mas que o pôde fazer verbalmente e sem forma de juizo. Todo

este §. me horroriza; e muito mais esta clausula, que renova ainda no seculo 18.<sup>o</sup> uma maxima dos tempos barbaros e tenebrosos da meia idade. Reconheço que a legislação, que nelle se suppõe, é tirada da antiga Ordenação do Sr. Rei D. Affonso II., feita nas côrtes de Coimbra de 1211, aonde se diz desta maneira: *Porque a sanha soe embargar o coração, que non pode ver directamente as coizas; por onde estabelecemos que se por ventura no movimento de nosso coração a alguém julgarmos morte, ou que lhe cortem algum membro, tal sentença seja prolongada até vinte dias; e des ahi em diante será a sentença dada á execuçon, se nós em este comenos não revogamos.*

O mesmo se adoptou no Codigoo do Sr. Rei D. Manoel no livro V. tit. 60.; e em nossas actuaes Ordenações no liv. V. tit. 137., aonde se diz com alguma alteração a respeito da Ordenação do Sr. Rei D. Affonso II.: *Quando nós condenarmos alguma pessoa á morte, ou que lhe cortem algum membro, per nosso proprio moto, sem outra ordem e figura de juizo, por ira ou sanha, que delle tenhamos, a execução da tal sentença seja suspada até vinte dias.*

Já esta lei havia sido derivada da legislação romana, e tirada da Lei *Si vindicari* 20. C. de poenis do Imperador Theodosio, que a este se deve attribuir, como depois de Gothofredo mostrarão Püttmanno e Mascovio, contra Tillemont, que a quiz attribuir a Graciano: *Si vindicari* (diz a Lei) *in aliquos severius contra nostram consuetudinem pro causae intuitu jusserimus, nolumus statim eos aut subire poenam, aut excipere sententiam; sed per dies XXX super statu eorum sors et fortuna suspensa sit:* sobre o que disse o nosso douto Gonçalo Dias na carta ao Sr. D. Sebastião: *Os homens irados são apparelhados para todos os erros: Theodosio Imperador, por lhe acontecer em Thessalonica mandar matar muita gente com ira, mandou depois por lei, que quando as execuções excedessem o modo costumado, se sobreestivesse nellas até 30 dias, porque se não executasse o que parecia vir de homem irado. E se os homens irados particulares, são mãos de soffrer, quanto mais Principes com poder?* (C. p. 138. na Collecção de Farinha.)



Com effeito os auctores tem tractado esta Lei de humanissima , e dado grandes gabos a Theodosio , que a promulgou , e a nossos Principes , que a adoptarão ; Fr. Antonio Brandão no liv. XIII. da *M. Lusitana* c. 21. p. 20. , fallando das ordenanças do Sr. Rei D. Affonso II. , e particularmente desta , diz que seria crime , se deixasse *de referir esta Lei , que elle fez contra si (que assim o podia dizer)* quando com ira dêsse alguma sentença. O mesmo louva Ernesto de Franckenau na obra *Sacr. Themid. Hisp. arcana*.

Com tudo , se devo dizer francamente o que entendo e o que sinto , sempre esta Lei me pareceo barbara e deshumana , apezar da modificação , que traz consigo , e dos muitos louvores , com que tem sido apregoada. Permitta-se-me soltar nesta parte todos os sentimentos de meu coração , e orar pela causa dos homens. Se fosse certo que o Principe , em qualquer estado que fosse , tinha direito de condemnar á morte um vassallo por seu moto proprio , no movimento e turbação de seu coração , e por ira ou sanha , sem alguma ordem e figura de juizo , como se suppõe na Lei de Theodosio , e mais claramente na Ordenação do Sr. Rei D. Affonso II. , e nos dous Codigos Manoelino e Filippino , então seria um lance digno da humanidade dos Principes mandar espaçar a execução da sentença , e dar tempo a que se acalmasse sua ira , para poderem julgar com mais serenidade e segurança do destino do homem.

Mas que principio de razão e de justiça , que lei social pôde jámais auctorizar o Principe para condemnar o cidadão á morte por ira e sanha ? Aonde está a clausula do pacto social , ou o fizessem os povos expressamente , ou tacitamente , que o supponha como necessario á natureza da mesma sociedade civil , que auctoreze esta horrivel jurisprudencia ? Aonde está a segurança pessoal dos cidadãos , cuja conservação foi o principio da creação das sociedades , e é o objecto capital das suas leis ? Jámais a idéa de uma monarchia apresentará a necessidade de um poder similitante , que disponha por motu proprio do estado , da liberdade e da vida dos cidadãos.

**Absoluto poder não o ha na terra ,  
Qu'antes será injustiça e crueldade ,**

dizia o grande magistrado Antonio Ferreira. Todo o governo é um estabelecimento civil, que não destroe os direitos da natureza; se o vassallo renuncia á sua liberdade como cidadão, elle a conserva como homem; a perfeição da ordem social consiste em que o cidadão não possa perder parte alguma da sua existencia, senão por sua falta, e em castigo della, e por declaração da mesma lei, que depois de verificar o seu delicto em uma fôrma regular, lhe impõe a pena, que ella havia antes comminado contra os delinquentes.

Suppor nos Principes um direito semelhante, como se suppõe neste §., é desnaturalizar as monarchias; é transtornar a sua fôrma, e alterar a sua constituição: é querer que o cidadão dependa do homem, e não da lei; é extinguir a differença, que ha entre os vassallos e os homens escravos, que não tem outra regra, que a vontade versatil do tyranno, que os governa. Semilhante jurisprudencia legislatória viola todos os fundamentos da sociedade, violando todos os principios da segurança pessoal dos cidadãos; nem se póde considerar senão como um resto da ferocidade dos seculos menos humanos, que deriva ainda do espirito militar, sanguinario e despotico das nações conquistadoras.

Se dos principios passarmos aos effeitos, a só consideração das consequencias, que daqui se seguem, faz estremecer a humanidade: a brevidade destas notas não soffre a enumeração de todas ellas; bastará dizer, que uma vez que se practique semelhante jurisprudencia, não poderá deixar de entrar nella o arbitrario de se transtornar toda a ordem legal; delações malignas e secretas terão lugar de accusação; rumores incertos, suspeitas mal fundadas, simples probabilidades, ou probabilidades muito equivocas terão o lugar da convicção; processos clandestinos e irregulares, capazes de fazer estremecer a innocencia, e de lhe embargar a voz para se defender, serão os unicos procedimentos deste juizo; sobre o temor de um futuro incerto se decidirá do

do destino do homem, como se já fosse criminoso; e a poucos passos reinará no estado a falsa e injusta politica do ostracismo de Athenas, que sobre a mais leve suspeita desterrava os cidadãos, que mais serviço haviam feito á sua patria. Assim a vontade momentanea e caprichosa do Principe será a unica regra dos juizos, e o só Codigo Criminal da nação; e o bem do estado, palavra justificativa, prostituida muitas vezes para cõr a injustiça, virá em abono de semelhantes procedimentos. Assim se levantará um despotismo insupportavel dentro da monarchia, e nelle se practicarão todos os horrores do machiavellismo.

Este é o plano dos tyrannos fracos; e tem sido a regra, por que se tem justificado clandestinamente tantas victimas miseraveis das paixões dos poderosos. Com semelhante legislação que cidadão poderá dizer, que vive debaixo da protecção das leis? que só tem que depender do imperio da lei, e não das paixões e caprichos do homem? Que cidadão terá a certeza, por mais virtuoso que seja, de não vir a ser victima sacrificada ou á ignorancia, ou á injustiça? Que cidadão viverá sem temor? E temendo sempre, como poderá ser livre, isto é, feliz? *Qui metuens vivet, liber mihi non erit unquam.* (Horacio *Epist.* 16. lib. I. p. 174.) O homem não saio por certo do meio das desordens da anarchia do estado natural, para se sujeitar aos males maiores do despotismo no estado da sociedade; nem sacrificou uma parte da sua liberdade para vir entregar a sua vida aos caprichos de um homem.

Quando Roma perdeu de todo a liberdade, os Imperadores romanos practicarão este cruel despotismo, que atormentou a especie humana: basta ler a Tacito, para ver as injustas mortes de tantos senadores, sacrificados á tyrannia dos Principes romanos: basta ler a Elio Spartano, para ver quantas outras pessoas distinctas mandou matar o Imperador Septimio Severo, *sine causae dictione*. Póde-se dizer, que entre tantos ultrajes feitos á humanidade, Roma só respirava, quando tinha Tito, Nerva, Trajano, Adriano, os dous Antoninos e Pertinaz. (Filang. III. 52., 53., 54. *et in not.*)

O mesmo Theodosio, que não podia deixar de saber dos cruéis exemplos de seus predecessores, devia por-se em cobro contra o uso de semelhante poder; a mesma mortandade, que com summa imprudencia e deshumanidade mandára fazer por ira e sanha em Thessalonica, capital do Illyrico oriental, aonde perecerão desgraçadamente mil homens, como referem Sozomeno VII., Niceforo VII. 40. 42., Rufino II. 18. e outros, e que deu occasião ao procedimento de Santo Ambrosio contra elle, e á mesma Lei *Si vindicari* 13. Cod. de poen., que por seu conselho publicou, lhe devia servir de escarmento, não já para diminuir e modificar, como fez, tão barbara jurisprudencia, mas para abolir de todo semelhante direito, e não arriscar jámais tão facilmente a vida dos homens. É assim como elle na Lei *Digna vox* Cod. de legib. proferio aquella real voz, maior que elle mesmo, por que se confessou obrigado a guardar as leis por bem do estado; assim como determinou na Lei 10. Cod. de SS. Eccles., que fossem nulos todos os rescriptos, que elle dêsse contra direito e em prejuizo do público: assim para segurar inteiramente a vida de seus vassallos, deveria ter mandado, sem prazo de tempo, que as sentenças de morte, que elle dêsse por semelhante modo, se houvessem sempre por nenhuma, e se não dessem jámais á execução; e eis aqui um lanço de justiça, e uma providencia, que seria digna da piedade de Theodosio, e que teria evitado as demasias de seu genio ardente e iracundo, e posto em maior tranquillidade e segurança a vida de seus vassallos.

Se nossos Principes consentirão que em snas Ordenações se adoptasse ainda uma legislação tão dura, não lhes façamos a injuria de o attribuir aos sentimentos de seu coração; mas dêmos isto á escuridade dos seculos, em que viverão, em que reinava ainda o espirito militar e feroz dos povos conquistadores, e em que as perturbações intestinas da aristocracia e da anarchia, que agitarão os diversos Imperios da Europa, fizerão quasi necessarios semelhantes procedimentos em muitas partes.

Hoje porém não se póde tolerar, que semelhante le-

gislação entre ainda neste novo Código, e appareça no seculo 18. entre nações pacificas e civilizadas. É verdade que o auctor, reconhecendo a sua aspereza, a modificou e moderou, cortando-lhe fóra os termos = *por nosso proprio moto* = e = *por ira ou sanha*, = que erão os que mais a aggravavão, e os que a podião fazer mais odiosa aos povos: mas isto não salva ainda a dureza da lei, nem as funestas consequencias, que se podem seguir della.

1.º Sendo a disposição deste §. tirada da actual Ordenação do livro V. tit. 138., é facil entendel-a para o futuro segundo os principios e o espirito dessa mesma Ordenação; e suppôr-se que procede no mesmo caso, em que não ha outro algum processo, que o motu proprio, nem outra regra, que o movimento e turbação de ira ou sanha.

2.º Ainda que o auctor supprimio os termos = *por moto proprio* = e = *por ira ou sanha*, = sempre conserva os outrós = *verbalmente e sem figura de juízo*; = o que basta para fazer dura e inhumana a disposição, ou antes supposição deste §. Estas clausulas podem-se entender diversamente: em primeiro logar podem-se entender do moto proprio do Principe, quando sem preceder absolutamente ordem alguma de juizo condemna alguem á morte, e esta é uma intelligencia, que se póde dar a este §., combinando-se com as suas fontes, isto é, com a Lei *Si vindicari Cod. do poen.*, e com a nossa Ordenação do liv. V. tit. 138. *in principio*, onde se diz: *por nosso proprio moto, sem outra ordem e figura de juizo, por ira, ou sanha, que delle tenhamos*. Mas isto é barbaro em uma monarchia, em que reina a lei; em um governo sabio e moderado: o vassallo nunca é desgraçado, senão quando delinquo, nem se tem por delinquente, sem ser legalmente convencido e legalmente julgado, isto é, no estado ordinario.

A mesma Ordenação, que no livro V. tit. 138. propoz similhante legislação, havia reconhecido com grande contradicção no livro II. tit. 1. §. 13., que o direito natural não consentia condemnar-se alguma pessoa, sem primeiro ser ouvida, e convencida judicialmente, ou

por sua confissão. Felizmente para o governo humano, diz o Barão de Bielfeld nas suas *Instituições políticas* cap. 11. §. 9. p. 38., já se não podem citar exemplos de governos despoticos na Europa; se não é o da Porta Ottomana, em que todos os vassallos, desde o Grão-Vizir até o derradeiro dos forçados, são escravos do Grão-Senhor, que sem fórma de processo lhes pôde tirar até a mesma vida. Neste sentido pois não posso deixar de reprovar, que ainda se supponhão neste Codigo semelhantes motos proprios, que não são decretos de justiça, mas attentados de força.

Os Principes pois, que são humanos, que amão a justiça, e se querem mostrar animados do bem público, não devem consentir em seus Codigos semelhante jurisprudencia: se alguma vez chegão a condemnar á morte um vassallo por esta fórma, devem haver-se como se houve o Sr. Rei D. João I., quando mandava no fogo da sua colera matar a seis prisioneiros Castelhanos pelo facto de João Duque Governador de Torres Vedras, que havia morto a seis prisioneiros Portuguezes. *Assás*, respondeo elle ao que ia executar a sentença, *assás desafoguei a minha colera em dar essa ordem; mas fóra vergonha executar-a*; resposta, que foi a acção mais formosa de sua vida. A lei invariavel e fundamental de toda sociedade civil deve ser, que nenhum cidadão possa ser punido, senão por um juizo legal: este é o dogma politico, a crença dos povos e dos supremos magistrados, o dogma sagrado, sem o qual não pôde haver legitima sociedade, justa recompensa dos sacrificios, que os homens fizerão da sua liberdade pessoal.

Em segundo lugar podem-se entender as sobreditas clausulas do processo summario, que o Principe faça camerariamente, sem precederem as solemnidades de direito positivo, isto é, procedendo simplesmente e de plano sem apparato e fórma de juizo, attenta a verdade do facto, e observando tão sómente as cousas substanciaes do direito das gentes: mas 1.<sup>o</sup> em materia de tanta importancia devia explicar-se o compilador com mais clareza; 2.<sup>o</sup> julgo que o crime, a que está imposta pena apital, ainda havendo notoriedade de facto, nunca se

deve processar summariamente no estado ordinario da república. Reconheço que está em contrario a disposição dos pragmaticos, e a mesma prática, que nos casos privilegiados tem seguido muitas vezes a Extravagante *Ad reprimendam* (que vem depois da collecção dos *usos feudaes*), publicada pelo Imperador Henrique VII., para poder mais a seu salvo, como é bem sabido, fulminar a sentença de morte contra Roberto Rei das Duas Sicílias, como réo de alta traição, segundo já notou Alberico á Lei 2. C. *Ad Leg. Jul. majest.*; mas tenho para mim, que o mesmo espirito militar e feroz, que dictou a detestavel maxima, que = *In atrocioribus conjecturas sufficiunt*, que bastão pequenos indícios para os metter a tormento, = dictou tambem este principio detestavel.

Não tomarei a meu cargo refutar similhante doutrina, porque a brevidade das notas o não permite; farei sómente estas simples reflexões, que naturalmente occorrem nesta materia. Ou as formalidades do processo ordinario são necessarias e uteis para dirigir a ordem legal na averiguação da verdade, ou não: se o não são, para que é admittil-as na ordem do juizo? Se o são, em que casos devem ellas ter mais logar, que nos crimes capitaes? Altamente inculcou esta verdade, entre outros, o sabio Isaac Iselin, secretario de estado da república de Basle, nas suas *Considerações geraes sobre as leis e os tribunaes de judicatura* p. 30.: Quando são importantes, diz elle, as consequências do juizo para o estado e para o réo; quando de uma parte está em perigo a ordem e segurança pública, e da outra a liberdade e a vida de um cidadão; então é que a sabedoria e a humanidade deve empregar toda a sua energia, todo o seu cuidado e circumspecção, todas as cautelas possiveis na direcção desta casta de processos juridicos. — Toda a arte de dirigir o juizo do homem para a verdade, accrescenta o douto Lacretelle, fallando do processo criminal, consiste em tomar todas as precauções contra a imperfeição do seu espirito, e contra a illusão de suas paixões. (*Reflexões sobre os escriptores, que tem tractado da legislação penal* p. 366.) Estas precauções consistem nas formalidades do processo ordinario, que são

como outras tantas barreiras contra as prevenções, as imprudencias e as parcialidades dos julgadores.

Por estes principios se regeo o Grão Duque de Toscana, quando determinou com tanta humanidade, como justiça, no seu Código criminal no §. 48. p. 38., que qualquer que fosse o delicto, e o meio, por que elle viesse ao conhecimento do juiz ou tribunal, este devia no processo conformar-se exactamente com as regras prescriptas, e terminar todo o processo por uma sentença formal, não devendo nunca por algum acaso, ou por algum delicto desviar-se jámais das fórmulas, nem infligir pena alguma, ainda que fosse por um objecto de pura policia, a qualquer pessoa, sem ter antes verificado a culpa, e ouvido as razões, que tivesse que allegar o culpado para se escusar, para o que prohibio o uso das provas privilegiadas, como irregular, e por consequencia injusto, ainda nos casos mais atrozes, determinando que em todos os delictos se servissem dos mesmos meios para descobrir a verdade, porque se elles forem insufficientes para a conhecer em um caso, o serão também nos outros.

Se me oppozerem, que muitas das solemnidades são de pura forma, inúteis para descobrir a verdade; se me oppozerem, que muitas dellas são prejudiciaes á expedição das causas: 1.º responderei, que se não deve esperar que estas entrem ainda na reformatão, que se fizer da ordem judiciaria neste novo Código: 2.º responderei com Mr. d'Olivet na sua *Reformatão das leis civis*, que as formalidades muito longas eternizam as causas, o que é um grande mal; e que as formalidades muito breves dão lugar a se commetterem injustiças, o que é um mal ainda maior: 3.º ajuntarei a isto o juizo de Montesquieu no *Espirito das leis*: *Se vós examinaes*, diz elle, *as formalidades da justiça pelo que respeita ao trabalho, que tem um cidadão para conseguir o seu bem, ou obter a satisfacção de algum ultraje, achareis sem dúvida que são muitas; se parém as examinaes pela relação, que ellas tem com a liberdade e segurança dos cidadãos, achareis, pelo commum, que ainda são muito poucas; e vereis que os trabalhos, as delongas, os mesmos*



*perigos, que corre a justiça, são o preço, que dá cada cidadão pela sua propria liberdade.*

Se com tudo as formalidades do processo ordinario não são necessarias, nem uteis, como muitos tem julgado, o que não contesto por ora, então convém que se não admittão nem nestas, nem n'outras causas: cumpre que tudo se reduza a um só methodo de processar, e se extinga a differença entre o processo ordinario e o extraordinario ou summario, como aconselhão Stryckio na *Dissert. de judic. Princ. juxta solam facti veritatem*, Boehmero na *Exerc. 13. ás Pand. de jure dispensandi in specie c. 1.*, e outros mais.

Nesta parte justas me parecem as reflexões de M. Dentand no seu *Ensaio de jurisprudencia criminal* tom. 1. §. 71.: O meu coração e o meu espirito, diz elle, rejeitão igualmente um methodo, que parece ter a sua origem na indolencia humana, e no abatimento e desprezo, em que a sociedade tem deixado cair uma parte dos que a compõem. Pareça-me que não póde haver duas maneiras de julgar conformes á justiça, de que uma se possa chamar summaria em comparação da outra; porque a mais expedita, se ella exclue as delongas indispensaveis para conhecer a verdade, é a peor de todas, pois que o incommodo de esperar é muito menor, que o perigo de ser condemnado tumultuariamente e sem razão: a delonga inutil do processo actual, e as despesas inseparaveis desta delonga, é o que faz imaginar o contrario. Mas se por uma justiça summaria se entende a que supprime as cousas inúteis, sem prejudicar ao direito das partes, o epitheto de summario é inteiramente superfluo; a justiça neste caso nem é summaria, nem longa; é simplesmente a justiça, expressão, que diz tudo, designando uma acção unioa na sua especie, e uniforme na sua progressão, pois que ella caminha sempre para um mesmo fim.

Qualquer que seja pois a reformação, que se faça nas formalidades do processo; qualquer que seja a forma, a que elle se reduza; quaesquer que sejam as suas solemnidades: uma deve ser sempre a maneira de julgar. As causas capitaes nunca devem ser processadas com

menos solemnidades e operações legais, do que as outras, que o não são. Assim pois é necessario em materia de tanta importancia e consequencia seguir no Codigo os principios da humanidade; conciliar os direitos do homem com os da sociedade, e os da defesa natural com o interesse da accusação, que tem por motivo a segurança pública; castigar os delictos, mas firmar ao mesmo tempo a cada cidadão a primeira liberdade e a segurança mais essencial, que é não poder nunca ser opprimido por um inimigo poderoso; fazer com que nem o magistrado, nem o Principe ache motivos na lei para poderem abusar algum dia do poder judiciario e executivo, e para o fazer servir ás suas paixões particulares, fingindo trabalhar pela segurança da républica. Esta feliz impotencia de fazer mal seja o maior apoio e ornamento do Principe; esta a base principal da liberdade civil, e o melhor fiador da segurança pública.

Por tanto no seculo 18., em um tempo, em que se tracta de formar entre as nações mais polidas da Europa um plano de legislação criminal mais suave e moderado, que o que os antigos nos deixarão; em que se trabalha por fixar a exacta theoria dos crimes e das penas, e reformar e dirigir por ella na prática as operações do processo criminal; em um tempo, em que muito se deseja e pede, que o processo se faça público, para evitar ou a ignorancia, ou o despotismo, e se dar a maior segurança possível á innocencia dos cidadãos: não se deve já conservar o character sagrado da lei a semelhantes ordenanças, que se resentem ainda da barbaridade dos seculos, em que forão forjadas: ellas forão producções inhumanas daquelle espirito feroz, que dictou a Poyet as ordenanças criminaes de Francisco I., e que fabricou as de Henrique II., as de Carlos V., as mesmas de Luiz XIV., em que ainda depois de um seculo se sente a mão violenta de Pussort, que applicou o sello das leis, como um ferro ardente sobre a cêra molle; as do Codigo sanguinario do Duque de Alva, e as do mesmo Codigo Theresiano, indigno do nome de tão grande Princeza. O Codigo Criminal de nossa augusta Soberana deve imitar a outra ordenação crimi-

nal de França, obra do illustre Loigmon, em que a voz doce e moderada, como a da mesma humanidade, descobrio os desejos e sentimentos de um coração penetrado do amor dos homens; deve imitar os estatutos humanissimos de Maria, Rainha de Inglaterra; as sabias instrucções da Imperatriz Catharina, e a moderação do Codigo Criminal da Toscana.

### Texto.

*Quando nós condemnarmos alguém á morte.*

### Censura.

Not. O compilador no §. seguinte fez distincção de pena de morte natural, e de pena de morte civil, como se fez tambem na Ordenação do livro V. tit. 120., e tit. 126. *in princ.* e §. 3. Isto posto, pôde haver dúvida, se neste §. pela palavra *morte* simplesmente se deve entender só a morte natural, ou ainda a civil. É bem sabida a questão, que excitavão os interpretes, se as palavras da Ordenação *morra por isso*, ou *morra por ello*, que vem no livro V. tit. 8., 25., 32., 49., 52., 54., 55., e n'outros logares, se havião de entender da morte natural, ou da morte civil. É ainda que seguissem pelo communi, que quando se faz menção de morte simplesmente sem outra alguma declaração especifica, se ha de entender da natural, com tudo não faltou quem se oppozesse a esta intelligencia, como foi o M.<sup>o</sup> Paulo Rebello no seu tractado *de Lege naturali*, que entendeo estes logares da morte civil, seguindo a Glossa de Accursio á Lei un. Cod. *Ne christianum mancipium haereticus vel judaeus vel paganus habeat*, etc., e a doutrina de Julio Claro no liv. V. *Sentent.* §. *fin.* 9., 67. n. 1., de Covarruvias *de sponsalib.* p. 2. c. 7. §. 7. n. 16., de Farinac. *in Practic. criminali* 9., 19. n. 3., e de outros muitos doutores, que assim entendêrão na legislação penal a clausula da pena de morte posta simplesmente.

E com effeito, devendo sempre restringir-se á le-

gislação penal, e havendo as duas penas de morte natural, e de morte civil, uma vez que se diz *morte* simplesmente, póde parecer a muitos, que se deve entender a civil; e muito mais porque a Ordenação no liv. II. tit. 44. §. 35., querendo impôr a pena de morte natural, diz especificamente = *morra morte natural*. = De mais, na Ordenação só se acha um lugar no liv. V. tit. 45. §. 1., em que se falla especificamente de morte civil, imposta aos que forem no ajuntamento, que alguém fez entrar em casa de alguma pessoa, se o ferirem ou a quem na casa estiver; o que fez crer ao M.<sup>e</sup> Rebello, que não sendo practicavel que esta pena se não estendesse a outros muitos crimes, della se devião entender todos os logares, em que se fallasse em pena de morte simplesmente.

Não approvo a intelligencia deste Mestre, que já refutou largamente o auctor do Repertorio das Ordenações = *Pena de morte se dá á pessoa, que furta um marco*, etc., Ord. p. 215. Com tudo póde reecrescer outra vez esta questão, e haver dúvida na intelligencia dos termos, se se entendem só da morte natural, ou tambem da morte civil; assim como a houve em outros tempos, posto que por diversas razões, sobre a clausula = *por morte do possuidor*, = que vem na Ordenação do liv. II. tit. 35. §. 1., dizendo Pegas, que depois de grandes debates na causa da successão da casa de Aveiro, se havia declarado, que se devia entender da morte natural e da civil.

Sei que menos duvida póde isto ter neste §.; sei que até poderá isto parecer a muitos demasiado esorupulo: mas em materia penal quizeram as idéas tão circumscriptas e demarcadas, as noções tão exactas, e os termos tão proprios e definidos, que quanto fosse possível, nem dessem occasião á liberdade das disputas e dos arbitrios, nem necessitassem de soccorro da interpretação.

*Texto.*

*Ou a cortamento de membro.*

*Censura.*

Not. I. O compilador, pelo que se vê desta clausula, e tambem do tit. 6. do *Asylo e immuniidade da Igreja* §. 7., admitte ainda na legislação a mutilação penal. É verdade que esta pena, muito approvada pelo commun dos interpretes, era já em uso entre as nações antigas, e ainda entre os Romanos, como se vê da Lei 1. §. fin. ff. de *fugitiv.*, da L. 13. ff. de *testib.*, da L. 3. C. de *servis fugitiv.*, e da Novell. 17. c. 8., e de outras Leis; mas muito mais o foi entre as nações ferozes do norte, que se espalhárão pelas provincias do Imperio Romano, e formárão os novos reinos da maior parte da Europa, principalmente entre os Godos: delles é que a trouxemos para o nosso fôro criminal, e a auctorizámos em nossas Ordenações, que della fallão no liv. II. tit. 5. in *princ.* e §. 4., tit. 47. in *princ.* e §. 1., no liv. V. tit. 35. §. 7., e tit. 138. §. 3., assim como na *Reformação da justiça* de Philippe II. de 1612 §. 1. Algumas vezes se practicou entre nós; e do Sr. Rei D. Fernando sabemos, que mandou decepar as mãos e pés a alguns dos que entrárão nos movimentos contra o seu casamento com D. Leonor. (Santos *Mon. Lus.* liv. 22. p. 146.)

Com tudo a mutilação é contraria ao mesmo fim das penas, contraria á utilidade pública, e muito cruel para se practicar ainda em um povo civilizado, e em tempos tão humanos, como os nossos: o Imperador a não admitto; o Grão Duque não consentio que ella entrasse no seu Codigo, mas antes a abolio como barbara e inhumana. (Cod. da Toscana p. 44., 49.) A Imperatriz da Russia tomou por principio, que era justo abolir todas as penas, pelas quaes se desfigurava o corpo humano. (Cod. da Russ. art. 8. n. 88. p. 40.)

Alguns escriptores modernos, fallando das penas, nem ao menos fizerão menção desta; taes forão entre outros Filangieri na *Sciencia da legislação*, Sonnenfels na *Sciencia do bom governo*, o auctor dos *Principios da legislação universal*, etc. Os criminalistas modernos, que tractão da profissão esta materia, a não admittem.

como são M. de Valazé nas *Leis penaes* p. 344., Den-  
tand no *Ensaio de jurisprudencia criminal*, Jacob Fis-  
cher na Dissert. inaugur. jurid. de *poenarum human.*  
*abusu*, publicada na universidade de Oxford em 1712,  
M. Lacreteille nas suas *Reflexões sobre os auctores*, que  
*escreverão da legislação penal* p. 362., Daries na obra  
das *Observações do direito natural, social e das gentes*,  
observ. 40. §. 24. p. 53., que a reprova como contraria  
ao fim das penas e á utilidade pública; e antes de todos  
elles Bodino na *Dissertação de fustigationis iniquae usu*  
*hodierno*. Nelles se podem ver mais largamente as ra-  
zões, que ha para se abolir esta pena, que aqui deixo  
de referir por brevidade.

Not. II. Seria conveniente que a clausula = *ou a*  
*cortamento de membro*, = a conservar-se neste §., se ajun-  
tasse immediatamente com a outra = *Quando conde-*  
*mnarmos alguém á morte*, = dizendo = *Quando nós con-*  
*dennarmos alguém á morte*, ou *a cortamento de membro*,  
*verbalmente e sem figura de juizo*, = e não = *Quando*  
*nós condemnarmos alguém á morte verbalmente e sem*  
*figura de juizo*, ou *a cortamento de membro*. = Na Orde-  
nação do Sr. Rei D. Affonso II., e nos dous Codigos  
Manoelino [e Filippino] ajuntão-se estas duas clausulas =  
*á morte e a cortamento de membro*; = e com effeito  
assim convém que se faça, para que não succeda pare-  
cer a alguém, que a clausula *verbalmente e sem figura*  
*de juizo*, mettida de permeio entre as duas penas de  
mutilação e de morte, se refere sómente ao caso de  
morte, e não ao caso da mutilação.

### Texto.

*Mandamos que a execução seja espaçada até vinte dias.*

### Censura.

Not. Esta disposição é util, e até necessaria, sup-  
posta a doutrina deste §.; mas ao mesmo tempo é con-  
traria aos principios da legislação criminal, que reque-  
rem brevidade na execução das sentenças; e esta só

contradição assás mostra a incoherencia da legislação, que se suppõe neste §. Com effeito se é justo, que o subdito morra, condemnado pelo Principe da maneira que se suppõe neste §., se esta sentença equival á sentença legitima dos juizes da lei; então tamanha demora na execução é injusta e danzosa. O primeiro principio ou regra, que deve dirigir a execução da sentença, é a sua promptidão, todas as vezes que as provas são perfectas, isto é, todas as vezes que ellas excluem a possibilidade moral da innocencia do réo.

Isto é util á sociedade e ao mesmo réo; porque com effeito quanto mais prompta e proxima é ao delicto a execução do supplicio, tanto mais fortemente se liga e associa no espirito dos homens a idéa do crime, e a idéa de seu castigo para os refrear e conter, considerando-se o crime como causa, e a pena como seu effeito necessario: pelo contrario quanto maior é o intervallo entre o crime e a pena, tanto mais se augmenta a piedade pelo culpado, e tanto mais se enfraquece o horror pelo crime, que é o que mais contribue para fortificar o sentimento da pena. É principio certo na fysica e na moral, que os homens pelo commum obrão em consequencia das associações das suas idéas mais visinhas e mais immediatas; e despreção, ou não dão tanta attenção ás mais complicadas e mais remotas.

É util ao réo, porque accelera o termo da pena, todas as vezes que ella tem uma duração determinada; e o subtrahе aos tormentos da imaginação, quando deve ser punido de morte.

Assim que condemnar um homem á morte, annunciar-lhe a sua sentença, e deixal-o pelo longo tempo de 20 dias nesta cruel situação, é aggravar e redobrar a um desgraçado o seu supplicio; é prolongar-lhe os seus males, e fazel-o soffrer uma tortura de espirito mais cruel, que as agonias da morte; a sua imaginação é o maior verdugo, que o despedaça pelo espectaculo habitual da sua morte, que tem de continuo diante dos seus olhos.

A legislação grega, que mandava suspender a execução nos nove dias, que precedessem a uma festa

solemne, e nos oito, que se lhe seguissem (do que falta Platão *in Phaed.*), é havida por defeituosa. O mesmo juízo se tem feito da legislação Inglesa, que demora a execução da sentença depois de lida até á sessão seguinte. A legislação romana antes de Theodosio havia reconhecido todas as vantagens da prompta execução, mandando na Lei 5. C. *de custodia reorum*, que logo se executasse a sentença, — *convictos poena velox subducatur*. Quasi todos os criminalistas e politicos julgão hoje a promptidão da execução, como um freio o mais poderoso do crime; entre muitos basta citar a Filangieri 1. 419., a Carrard II. p. 249., o Código da Russia §. 198., e p. 91. §. 211.; posto que entre Warville e Beccaria houvesse disputa nesta materia.

Assim, se a sentença do Principe na hypothese deste §. é legal; se ella só basta para o homem morrer: só se lhe deve dar o tempo, que for necessario para morrer bem. Se porém se duvida que a sentença do Principe na hypothese deste §. se deva haver por legal; se pôde duvidar-se na practica, se a regra principal do seu juízo foi sómente movimento da sua ira; se se suppõe que mettendo-se tempo de permissão, pôde o Principe amai-nar de seu furor ou torvação, e revogar a sentença, ou ao menos reformal-a com mais humanidade e justiça; se se suppõe finalmente, que o réo neste estado fica sempre com a doce esperanza de salvar a vida, e que convém por isso alargar os prazos á execução da sentença; então confesso que é util e até necessaria a providencia da Lei romana, que manda espaçar a execução da pena, que aqui se adoptou, e com que os magistrados de Bourdeaux, por conselho de Cujacio, salváram innume-ravel multidão de reformados, que o sanguinario edicto da corte de França havia mandado passar á espada.

Mas sendo util e necessaria esta providencia da lei, não acho razão para se fixar entre nós sómente o termo de vinte dias, como se fez em nossas Ordenações, e se faz ainda neste novo Código. O Imperador Theodosio aos dez dias, que havia prescripto o senado-consulto Tiberiano para a execução das sentenças, de que fallão Suetonio, Tacito e Seneca, e depois delles Gothofredo,



acrescentou mais vinte, mandando sobreestar na execução das que elle dêsse de pena capital, e espaçal-a até trinta dias. Por que razão pois se não adoptou este termo na nossa legislação, assim como se adoptou a hypothese da Lei de Theodosio? Por que razão se não adopta ao menos neste novoCodigo? Se se dão estes prazos, porque pôde succeder, que o Principe tenha condemnado á morte algum vassallo por ira e sanha, ou por precipitação de seu juizo; se convém por isso metter tempo de permieiro, para dar logar a serenar-se a sua colera, ou a illustrar-se o seu juizo, e a salvar-se a vida do réo; porque para maior segurança se não estende o termo da execução até trinta e até mais dias? A ira do Principe pôde converter-se em odio, e durar muitos tempos; e muitos tempos pôde durar tambem a sua allucinação: se pois o remedio do mal se afiança na dilação do tempo, que se mette de permieiro, quanto mais largo for o prazo, mais seguro ficará o remedio.

Seria pois de voto, que quando se quizesse conservar similhante legislação, se fixasse o termo de trinta dias, ou ainda mais, se assim parecesse.

#### *Texto.*

*Guardando-se nas condemnações judiciais por nós feitas, ou por nossas Relações, o tempo do costume para a sua effectiva execução.*

#### *Censura.*

Not. Suppõe-se aqui outra vez, que o Principe exercita por si mesmo o juizo criminal; e segundo as razões, que já dei, não se deve admittir no Codigo esta hypothese: por tanto cumpre reformar tambem esta clausula.


## AO §. 25.

*Tercio.*

*É como as penas devem ser á proporção dos delictos, e augmentar-se ou diminuir-se, segundo pedir a segurança pública, a qual de nenhuma sorte se pôde conseguir sem as penas de morte natural ou civil, e de infâmia, de grido, carcere perpetuo, ou temporal e pecuniarias; ordenamos que as tres primeiras sómente possam effectivamente ser impostas pelas nossas Relações.*

*Censura.*

Not. I. Todo este §. pertence á parte especial de legislação, em que se tractar da ordem do juizo, das penas, e da execução das sentenças nas causas criminaes. O compilador confessa nas Provas = *que o pouco, que aqui se diz nos §§. ultimos, é claro, e não necessita de illustração; e que o que falta, que é muito, pertence ao Código Criminal.* = Por tanto para elle se havia de reservar esse pouco, que aqui nos apresenta.

Not. II. Todo este §. até á palavra = *ordenamos* = me parece ocioso na legislação; porque é meramente doutrinal, e contém principios vulgares e sabidos, que só deve expôr o publicista em suas obras, e o professor na cadeira. O legislador não ensina; manda: não diz que as penas devem ser á proporção dos delictos; mas elle mesmo as proporciona: não diz que as penas se devem augmentar ou diminuir, segundo o pedir a causa pública; mas elle mesmo as augmenta ou diminue segundo este principio: não diz que a segurança do estado se não pôde conseguir sem a imposição das penas, supposta a malicia dos homens; mas suppondo esta malicia, determina as penas, que a devem conter para firmar a segurança pública. 

*Texto.*

*E como as penas devem ser á proporção dos delictos, e augmentar-se ou diminuir-se, segundo pedir a segurança pública.*

*Censura.*

Uma vez que aqui se dão os principios doutrinaes da materia, convinha que elles se dessem com toda a exacção, para se fixar a regra do augmento ou diminuição das penas, não só segundo a gravidade do delicto, e o maior ou menor damno, que elle causa á sociedade, mas tambem segundo a contemplação da maior ou menor malicia e desigño do delinquente. (Grocio *de jur. belli ac pacis* lib. 2. c. 20. §. 28., Pufendorf *de jur. natur. et gentium* lib. 8. c. 3. §. 18., Vattel lib. 1. c. 23. §. 171., e Burlamaqui *Princip. de dir. natural* c. 4. §. 35.)

Not. Pareça-me haver falta no raciocinio, que se contém neste §., porque não acho nexo entre os principios, que o compilador aqui propõe, e a consequencia, que delles tira; por quanto destes principios = *que as penas devem ser á proporção dos delictos* = *que se devem augmentar ou diminuir, segundo o pedir a segurança pública* = e *que esta segurança de nenhuma sorte se pôde conseguir, sem as penas de morte, infamia, degredo, carcere, etc., não se segue a doutrina, que o compilador assenta como consequencia para a decisão deste §., a saber = que as tres penas, de morte natural, de morte civil, e de infamia, sómente devem ser impostas pelas Relações. =*

*Texto.*

*A qual (a segurança pública) de nenhuma sorte se pôde conseguir sem as penas de morte natural ou civil, e de infamia, degredo, carcere perpetuo ou temporal, e pecuniarias.*

*Censura.*

Not. Por esta maneira de fallar quer o compilador dizer, que todas estas especies de penas são absolutamente necessarias na républica; quizerá que se não auctorizasse no Codigo este principio a respeito de todas ellas indistinctamente; fallo do estado ordinario da républica, que é a hypothese, em que verdadeiramente procedem e se verificão as penas.

E pelo que toca á pena de morte, não tracto aqui da sua moralidade, nem da sua utilidade, o que não pertence a este logar, nem pretendo que Sua Magestade haja de abolir esta pena: digo sómente que não convém hoje propôr no Codigo este principio = que a pena de morte no estado ordinario é necessaria na républica, = como aqui se põe neste §.

1.ª Esta doutrina encontra a opinião de muitos escriptores e criminalistas modernos de grande nome, que a reprovão, não a havendo por necessaria no estado ordinario da républica. Taes são entre outros os seguintes: dos Alemães o senhor de Sonnenfels, professor de politica em Vienna de Austria e conselheiro da regencia, na sua obra *Da sciencia do bom governo* (p. 207.); dos Italianos o Marquez de Beccaria no *Tractado dos delictos e das penas*; Philippe Renazzi, professor de direito em Roma, no seu optimo *Tractado dos delictos*; Monterozate na obra Italiana *Reflexões politicas sobre a efficacia e necessidade das penas*, publicada em Palermo em 1743; e o doutor Ciamarelli no *Tractado filosofico e politico da pena de morte*: dos Francezes M. Nicoláo Pinel na *Dissertação sobre a pena de morte*, em que tractou a materia *ex professo*, para resolver a questão proposta pela Academia de Châlons sobre o Marne em 1780, o qual era = indicar as leis penaes menos severas e mais efficazes para reprimir os crimes, = tom. 7. da *Bibl. da leg.* p. 318.; M. de Valazé na sua obra das *Leis penaes* C. 11. p. 314.; M. Servin, advogado do parlamento de Rouen, na sua *Legislação criminal* p. 47. 68.; o auctor do artigo *Penas*, que

veiu no *Codigo da Human.* de M. de Felice; o auctor anonymo da obra *Principios da legislação universal* tom. 1. p. 192.; Warville na *Theoria das leis criminaes*; Philippe de la Magdelaine, thesoureiro de França, no *Discurso sobre a necessidade e meios de supprimir as penas capitaes*, lido na academia das sciencias e bellas letras de Besançon em 1770 (tom. 4. da *Bibl. filos* p. 1.): dos Inglezes o auctor da obra impressa em Londres em 1770, que tem por titulo *Pensamentos sobre as penas capitaes* (tom. 10. da legislação pp. 119. 120.). Todos estes seguem que esta pena não pôde ser, senão uma guerra da nação contra um cidadão, cuja morte se tem por util e necessaria á conservação da sociedade, o que nunca pôde verificar-se no estado ordinário da república. (*Codigo da Humanidade* tom. X. p. 450.)

2.º Encontra esta pena os sentimentos geralmente applaudidos de alguns Principes. Carlos Friderico, Margrave reinante de Bade e de Dourlach a supprimio em seus estados (*Bibl. da leg.* 301.), e mereceo por isso o amor e elogio de seu povo. Estes são os mesmos sentimentos, em que está a Imperatriz Catharina, que considerando a theoria dos crimes e das penas, e apoiando-se no exemplo dos 20 annos de governo da Imperatriz Isabel Petrowna, filha de Pedro I., que havia abolido a pena de morte na sua exaltação ao throno (Art. 10. quest. 6. §. 199. n. 99.), escreveu de sua propria mão na *Instrucção* para o seu novo codigo, que em um reino, aonde toda a força estava reunida nas mãos de um Monarcha, não seria nunca necessario punir de morte um cidadão.

Estes forão finalmente os sentimentos do Grão Duque de Toscana, hoje Imperador de Alemanha, que havendo suspendido por um edicto provisional a pena de morte em seus estados, e tendo depois meditado e observado os bons effeitos, que resultavão desta providencia, veio finalmente a abolir de todo a pena de morte no seu novo codigo criminal; pondo logo na frente dello por principio, que a pena de morte era inutil para o fim, que se propunha a sociedade, no

castigo dos criminosos; e que por isso devia ficar absolutamente abolida: e no §. 51., que o fim da pena devia ser reparar os males, que se fizerão aos particulares e ao público; procurar a correcção do culpado, que sempre era filho da sociedade e do estado, de cuja emenda nunca se podia desesperar; segurar-se da pessoa dos criminosos, para que não tivessem mais a liberdade de commetter novos delictos, mais graves e mais atrozes que os primeiros; e finalmente dar um exemplo público a todos os cidadãos: que o governo, pelo castigo dos delictos, era obrigado em todas as occasiões a pôr em prática os meios mais efficazes; mas fazendo o menor mal possível aos culpados: que esta efficacia e esta moderação reunidas, erão muito mais uteis, que a pena de morte: que a condemnação aos trabalhos públicos era um exemplo continuado, e não um espectáculo terrivel de um momento, que se convertia muitas vezes em compaixão: que ella tirava a liberdade de commetter novos delictos, mas não a esperança possível de tornar a dar um dia á républica um cidadão util e emendado de seus erros: que em fim uma legislação moderada e sem a pena de sangue seria mais conveniente á doçura e civilização do presente seculo.

Sendo pois estes os sentimentos de alguns Principes, e a opinião de muitos escriptores sabios, que por sua grande auctoridade poderão fazer inclinar a balança para a moderação e doçura da legislação Toscana, que não sabemos ainda se se converterá para o futuro em direito universal de toda a Europa civilizada, para que é propôr ainda hoje neste novo Codigo o principio da necessidade da pena de morte, como aqui se propõe neste §.? Para que é appresentar ainda uma doutrina, que pôde vir a ser desauctorizada para o futuro?

Concluo pois de tudo isto, que no estado actual, em que se acha na Europa a doutrina sobre a pena de morte, não é preciso, nem conveniente estabelecer neste Codigo o principio da necessidade desta pena; e asseverar, como um dogma politico, que a segurança da

répública não se pôde conseguir sem ella. Imponha-a o Principe, se assim quizer, no seu Código; mas não dogmatize sobre a sua necessidade.

Quanto á pena de morte civil, o compilador também a suppõe necessaria na répública, mas não nos diz aqui o que entende por morte civil, o que constará do seu Código Criminal, e sobre o que tallarei logo na ultima parte deste §. Por ora bastará lembrar, que se por morte civil quiz comprehender também a desnaturalização, ou desterro perpetuo de todo o estado, o que elle admite adiante no Tit. 9. §. 12., aonde a impõe aos que pedem ou impetrão breve ou provisão contra as mercês, graças e privilegios concedidos á Corôa, etc.; neste sentido acho que não convém estabelecer como principio certo a necessidade desta pena na répública.

As razões disto traz entre outros o Cavalheiro Filangieri na *Sciencia da legislação* tom. 4. c. 10.: elle considera esta pena, como um castigo juridico, que se introduzio á imitação da deportação dos Romanos: concorda em que ella algumas vezes vem a ser muito forte por si mesma para se poder pôr com moderação; e outras vezes muito fraca e perigosa para entrar em um Código penal; e depois de expor outras razões, conclue, que esta pena só pôde admittir-se nos estados democraticos ou aristocraticos, mas nunca no código criminal de uma Monarchia (p. 98.). O senhor de Sonnenfels na *Sciencia do bom governo* inclina para estes mesmos sentimentos (p. 205.); M. Julião Dentand no *Ensaio da jurisprudencia criminal* reputa esta pena como contraria ao direito das gentes; M. Linguet a reprovava inteiramente nos *Annaes politicos e civis* (tom. 9. da *Bibl. da legislação* p. 148.); o mesmo faz o auctor das *Observações sobre o tractado dos delictos e das penas* de Beccaria p. 38. §§. 17. e 18. Não quero dizer com isto que se haja de abolir esta pena; mas só que se não proponha como absolutamente necessaria, como se propõe neste §.

No tocante á pena de infamia, de que se faz menção neste §., quizerá também que se não propozesse nelle,

como uma pena necessaria para a segurança da república. O Grão Duque no §. 57. extinguiu da sua legislação criminal a infamia de direito (p. 94.), e muitos auctores, que tractarão das penas, a reprovárão inteiramente. Taes são, entre outros, Bodino na *Dissertação de jure circa infamiam ejusque inter christianos abusu*; Thomasio na *Dissertação de existimatione famae et infamiae extra rempublicam*; Jacob Fischer na sua *Dissertação inaugural juridica de poenar. human. abusu*, recitada na Academia Erfordiense em 1712.; Daries na sua obra das *Observações do direito natural, social e das gentes* observ. 40. §. XXII. p. 52., que expõe excellentemente as razões disto, e mostra que esta pena é incompetente, e contraria á legislação e fim das penas; M. Lacretelle nas suas *Reflexões sobre os auctores, que escreverão da legislação penal* (p. 363.); e outros mais.

Ultimamente pelo que respeita á pena de carcere perpetuo, que tambem se especifica neste §., quizera se practicasse o mesmo, e que esta pena se não propozesse, como necessaria na república. Imponha-a o Principe, se assim parece que convêm; mas não é necessario que elle dogmatize, e diga que a segurança publica de nenhuma sorte se póde conseguir sem ella. A muitos tem parecido justa a filosofia do Jcto Ulpiano na Lei 8. §. 9. ff. *de poenis*: *Carcerem ad continendos homines, non ad puniendos haberi debere*; e a da Lei 35. ff. *eod. tit.*, e da Lei 6. G. *de poenis*, que prohibem condemnar a carcere perpetuo. Daries na obra das *Observações de direito natural, social e das gentes* observação 40. §. 26. rejeita a imposição deste castigo, como opposto ao fim das penas, e como muito acerbo, e até contrario á caridade christã: o mesmo segne Jacob Fischer na *Dissertação inaugural juridica de poenarum humanarum abusu*.

Not. V. A conservar-se esta parte do §. com a enumeração individual, que nelle vem, das diversas especies de penas, então não ha razão para deixar de se fazer a enumeração completa de todas ellas; por quanto falta fazer menção: 1.º da pena de fustigação



ou açoitos; 2.º da pena de privação da dignidade ou estado, e da graduação da nobreza contra as pessoas illustres, e do perdimento dos officios para mais os não haverem, e da privação para sempre de todo o poder e privilegio, que tiverem do Principe, na fôrma da Ordenação do liv. 2. t. 26. §. 28., tit. 45. §. 37., e do liv. V. tit. 128. *in principio*, e do tit. 45. §§. 15. 21. e 30.; 3.º da suspensão dos officios ou jurisdicções, na fôrma da Ordenação do liv. II. tit. 45. §§. 34., 44., 53. e 54., liv. V. tit. 9. §. 2., e tit. 122. §. 10.; 4.º da mesma mutilação penal ou cortamento de membro, uma vez que o compilador a admite ainda no Código Criminal, como dá a entender no §. antecedente, e no §. 7. e 11. do Tit. 6. *do asylo*.

### *Texto.*

*Ordenamos que as tres primeiras sómente possam ser effectivamente impostas pelas nossas Relações.*

### *Censura.*

Not. Eis aqui a segunda parte do §., que é verdadeiramente a só parte legislatória, que nelle ha. As tres primeiras penas, de que aqui se falla, que só podem ser effectivamente impostas pelas Relações, são as penas de morte natural, de morte civil, e d'infamia: mas 1.º pelo que toca á pena de morte civil, como o compilador não declara o que entende por ella, pôde haver dúbida para o futuro sobre a intelligencia deste §. Os auctores não são conformes na intelligencia da Ordenação do liv. II. tit. 5. *in principio*, e da do liv. V. tit. 45. §. 1., e tit. 120., que impõem esta pena simplesmente sem alguma especificação.

Uns entendem por pena de morte civil o degredo para sempre, ou desterro perpetuo com confiscação de bens na especie da Ordenação do liv. II. tit. 45. §. 18., e liv. V. tit. 8. §. 1., tit. 13. §. 5., tit. 43. *in principio*, tit. 53. §. 2., tit. 55. *in principio*, e tit. 56. §. 4., o que

notão Thomé Vaz *ad Reform. just.* n. 12.; Pegas no tom. 8. á Ordenação do liv. II. tit. 5. *in principio* p. 357. n. 75.; Vanguerve á *Reform. de just.* n. 1. n. 6.; e entre os Hespanhoes Gregorio Lopes al. II. tit. 18. p. 4. *v. Deportatus*; o que corresponde á deportação dos Romanos, porque se perdia a cidade, e tudo o que era de direito civil.

Outros entendem tambem o degredo para sempre, ainda sem confiscação dos bens, o que corresponde á relegação dos Romanos, e o deduzem da Ordenação do liv. III. tit. 44. *in principio*, do liv. V. tit. 15. §. 1., e do tit. 24. *in principio*, junto o §. 1. do tit. 25., do tit. 49. *in principio*, pois que em alguns delictos, em que nestes logares se põe pena de morte natural, occorrendo circumstancias, que os minorem, se lhes substeite degredo perpetuo sem confiscação de bens, o que nota Febo na *Decisão* 155. n. 5., Molina *de just. et jur. tract.* 3. disp. 2. n. 18., o auctor do Repertorio *v. Pena de morte civil* p. 212. Alguns até tem por pena de morte civil o degredo de dez annos fóra do reino para as ilhas e conquistas, menos que não seja para a Africa, como é Landim no *Tractado de modo procedendi contra malefactores* I. 7. n. 27.

Além disto por pena de morte civil tambem se entende a prisão perpetua; a condemnação perpetua ás galés e a outros trabalhos públicos, pelos quaes o réo fica servo da pena, e privado de todos os direitos de cidadão, como nota Pegas no tom. 8. ao liv. II. tit. 9. *in principio* p. 356. 357., etc. Finalmente por esta pena se póde entender tambem a desnaturalização, ou desterro perpetuo de todo o estado, como acima dissemos.

Por tanto, sendo diversas as especies de penas, que se podem entender comprehendidas debaixo da denominação generica de pena de morte civil, e sendo diversas as acceções, que lhe dão os auctores, póde recrescer dúvida para o futuro sobre a intelligencia deste §., e questionar-se, se nelle se incluem todas as especies de penas debaixo da denominação generica de pena de morte civil, e por consequencia se a imposição de to-

Das ellas fica, ou não, reservada á auctoridade das Relações ou magistrados maiores.

Muito mais razão pôde haver para esta dúvida, vendo-se que o compilador, tendo fallado neste §. da pena de morte civil, falla logo da pena de degredo genericamente, como distincta e diversa da pena de morte civil, de maneira que dá occasião a se julgar, que debaixo da denominação de morte civil não quiz entender a mesma de degredo perpetuo. Bem sei que quando se diz degredo simplesmente, sem outra alguma qualificação, se toma do degredo temporario, e não do perpetuo, como se toma na Ordenação do liv. II. tit. 5. *da immuniidade da Igreja*. Mas isto não basta: cumpre poupar aos leitores, quanto é possivel, estas combinações, e appresentar-lhes a lei sem alguma equivocação. Donde convinha que se especificasse e qualificasse mais a clausula da pena de morte civil, para della se terem aqui noções exactas, e saber-se claramente, que é o que por ella se entende reservado á auctoridade dos magistrados maiores. E se o compilador quer remetter a declaração destas cousas para o Codigo Criminal, aonde na verdade devem ter o seu assento, para elle deveria remetter tambem tudo o que diz neste §., para não virem a ficar as Leis dispersas e incompletas por diversas partes deste Codigo.

Not. II. Reservando-se para as Relações a imposição das tres penas de morte natural, de morte civil, e de infamia, suppõe-se consequentemente que as outras de degredo, de carcere perpetuo ou temporal, e as penas pecuniarias podem ser impostas pelos juizes subalternos. Parecia-me com tudo que seria conveniente reservar tambem ás Relações as de degredo e de carcere perpetuo. E quanto á de degredo, se o compilador a entende aqui não só do degredo temporal, mas do degredo para sempre, é certo que ella é pena gravissima; e por isso mesmo acho que deveria ser reservada ás Relações ou magistrados maiores, como as outras. Pelo que toca á encarceração perpetua, é esta uma pena ainda mais forte, como a considera M. Lacretelle

nas suas *Reflexões sobre a reforma da justiça criminal* (p. 364.); e M. de Valazé, que nas suas *Leis penaes* a reputa mais grave ainda, que a mesma desnaturalização (p. 304.): é certo que por ella se perde a liberdade e os direitos da cidade, e consequentemente se reputa morte civil (*Cod. da Human.* p. 391. tit. 10.). Pelo que razão havia para a reservar igualmente aos magistrados maiores.

Not. III. O compilador admite ainda a pena de mutilação neste Código, segundo se vê do §. antecedente deste Título, e do §. 7. e 11. do Título 6. do *asylo*, como já notei; e com tudo não faz aqui especifica menção desta pena: por tanto vem ella a ficar fóra da reserva, sendo que no estado fysico e moral do homem é muito grave, e de grandes consequencias para deixar tambem de ser reservada ás Relações ou magistrados maiores.

## AO §. 26.

### *Texto.*

*Nas penas legaes não tem o juiz arbitrio, senão quando a lei expressamente lh'o concede; e só o pôde ter nas judiciais, segundo a contumacia do réo, qualidade e valor da causa principal, a qual nunca pôde exceder, nem as partes a respeito das penas, em que convierem entre si.*

### *Censura.*

Not. I. Este §. tambem é fugitivo, e pertence ao Código Criminal.

Not. II. O compilador falla aqui, não do juizo e interpretação do magistrado sobre a applicação das leis criminaes aos factos, mas sim do arbitrio, que elle tem, para em certos casos impôr penas, que não estão especificadas precisamente na lei: neste sentido não me parece exacta a maneira de fallar neste §.; nelle se diz que o juiz não tem arbitrio nas penas legaes, senão quando

a lei expressamente lh'o concede, mas que o pôde ter nas judiciaes; com tudo acho que o arbitrio do juiz é tão restricto nas penas judiciaes, como nas legaes, por que em umas e outras sómente o tem, quando a Lei expressamente lh'o concede.

Not. III. Parece-me que a melhor regra nesta materia seria tirar todo o arbitrio ao julgador. Reconheço que a Ordenação do liv. V. tit. 131. *in principio*, e em outros muitos logares concede aos juizes o pôrem penas arbitrarías, e que as possam dar á execução em sua alçada; e que esta é a legislação e a prática de muitos reinos da Europa. Com tudo parece-me que este é um dos pontos, que deveria ter reforma:

1.º Porque parece que a ninguém deve pertencer, senão á lei, estabelecer a pena para os culpados; que a lei deve regular tudo o que se ha de fazer, e que é um grande mal, quando é o homem que decide em lugar da lei.

2.º Porque convém que a pena especificada seja manifesta a todos, visto que ella deve ser um motivo, que obrigue o cidadão a se conformar com a justiça e a evitar o crime, pois que elle só assim pôde calcular exactamente, e ver as consequencias más de uma má acção; mas a pena ou consequencia má de uma má acção não vem a ser determinada e manifesta a todos, uma vez que fica reservada ao juizo e arbitrio do julgador (Russ. p. 68. ou 146.).

3.º Porque do uso do arbitrio podem resultar infinitos males, que ainda que remotos, não deixão de ser maiores, que os que podem resultar da sua prohibição; franqueando-se a porta a mil incertezas e escuridades sobre a proporção das penas com os delictos; e soltando-se os diques ao curso impetuoso das opiniões humanas, e das paixões dos julgadores.

São destes sentimentos muitos dos criminalistas modernos. O Marquez de Beccaria no *Tract. dos delictos e das penas* considera uma grande tyrannia em toda a legislação penal, aonde se permite ao magistrado ser mais do que um ministro puramente passivo (§. 4. ppi.

22. 23.). *As distincções do que é grave ou leve, accrescenta elle, devem fixar-se pela lei imparcial, e não se deixar á perigosa e arbitraria prudencia dos juizes; as demarcações dos limites são tão necessarias na politica, como na mathematica* (p. 167. §. 34.). Montesquieu tem a mesma voz: *= É um triumpho da liberdade, diz elle, quando as leis criminaes tirão cada pena da natureza particular do crime; então todo o arbitrario cessa; a pena não depende do capricho do legislador, mas da natureza da cousa, e não é o homem o que faz violencia ao homem. = As melhores leis criminaes* (diz o senhor de Sonnenfels na *Sciencia do bom governo*) *são aquellas, em que as penas são muito fixas e demarcadas; e em que entra o menor arbitrio possivel do juiz* (p. 52. §. 85.).

A Imperatriz Catharina na *Instrucção* para o seu *Codigo* caminha sobre os mesmos passos: seguindo os principios do Marquez de Beccaria, quer que o officio do julgador se reduza unicamente a inquirir, se o réo commetteo, ou não, a acção contra a lei. *Todo o magistrado, diz ella, que julga de um delicto, póde contentar-se de um só syllogismo para todo o raciocinio: no qual a primeira proposição comprehenda a lei; a segunda faça applicação da lei á acção, se ella é conforme, ou contraria á lei; e a terceira contenha a conclusão, pela qual o réo é absolvido ou condemnado* (art. 10. §§. 141. e 142. p. 64.).

O que esta Imperatriz tinha dito das provas, é applicavel a tudo o mais. *É necessario, diz ella, determinar as provas pelas leis, e não deixar nada á vontade arbitraria dos juizes, cujas decisões ficão sempre em repugnancia com a liberdade dos cidadãos, quando ellas não são tiradas de uma regra do Codigo geral das leis, qualquer que seja a natureza da cousa* (art. 10. n. 155.).

Reconheço o que se diz vulgarmente, que os calculos mathematicos não são applicaveis ás combinações infinitas e obscuras das acções humanas, para se determinar uma progressão de penas correspondente á progressão dos crimes, desde o mais grave até o mais leve.

que é por extremo difficil definir todas as penas por causa da incerteza, que ha, da quantidade e qualidade dos crimes: que é muito difficil determinar e fixar a infinita diversidade das circumstancias, que os acompanhão e qualificação, para os expressar de um modo claro, circumstanciado e definido; e que quando se podessem prever e demarcar as particularidades, a que seria preciso descer, as leis seriam immensas e confusas; esta só consideração fez com que se julgasse necessario confiar á consciencia, á razão e á sagacidade do julgador o arbitrio na imposição de penas em certos casos e circumstancias.

Com tudo: 1.º ainda que é muito difficil demarcar estas cousas, não é todavia impossivel; 2.º basta demarcar as cousas mais capitaes e mais geraes, que é o de que se ha de contentar um legislador, que só deve cuidar em evitar não todos os males, o que é impracticavel, mas sómente a maior somma possivel delles: para isto servem os trabalhos dos criminalistas modernos, que tem profundado a theoria dos crimes e das penas, fazendo as taboas ou enumerações de todos os crimes; dividindo-os pelos seus generos e especies principaes; separando-os pela differença dos seus objectos, das suas causas e dos seus effeitos; considerando-os em todas as suas relações; graduando as circumstancias, ou aggravantes ou minorativas da gravidade dos delictos; collocando cada especie entre a que lhe deve preceder, e a que se lhe deve seguir, e na sua ordem e gradação natural, e passando depois ás taboas ou enumerações das penas proporcionaes e parallelas a cada especie de delictos.

Reconheço que a idéa de uma escala de delictos e penas correspondentes, descendo do mais grave ao mais leve, póde parecer a muitos alguma cousa platonica ou romanesca: com tudo não parecerá assim a quem ler com attenção a M. Valazé na sua obra das *Leis penaes*, que a acompanha com as taboas da gradação dos crimes; e das penas, que lhe devem corresponder; a M. Lacretelle no Plano, que disto nos deu nas suas

*Reflexões sobre os escriptores, que tractarão da legislação penal* pp. 351., 1552., 365.; a M. Dentand no seu *Ensaio sobre a jurisprudencia criminal*; e a Benjamin Carrard na *Jurisprudencia criminal*.

Por meio destes e outros trabalhos se poderia aperfeiçoar o methodo de generalizar e simplificar as operações da legislação penal; fixar os crimes e as penas correspondentes; abbreviar as miudezas e particularidades, a que seria preciso descer em outro qualquer methodo, e reduzir toda a práctica criminal ás operações mais simples e menos complicadas.

Quando com tudo parecesse impossivel a execução deste methodo; quando parecesse, que sem se dar alguma cousa ao arbitrio do julgador, se não podião salvar os inconvenientes, que as leis antigas consideravão nesta parte; neste caso julgaria eu que seria melhor soffrer todos esses incommodos, do que permittir o arbitrio, porque os males, que podem resultar de o não haver, não tem comparação com os muitos, que hão de vir necessariamente do seu uso. Mas disto será logar de fallar no Codigo Criminal.

De mais se a lei não póde determinar por uma regra invariavel a medida, e a natureza e gráo de todos os delictos e penas correspondentes, tambem não póde regular as medidas e limites dos desvairados arbitrios dos julgadores, para deixar isso ao seu juizo. Se o réo póde vir a soffrer maior ou menor pena, do que merece, pela applicação de uma lei penal, ou mais ampla ou mais restricta, que as circumstancias do seu delicto; o mesmo póde acontecer, e com mais frequencia, pelo arbitrio sempre incerto e vario dos julgadores.



## AO §. 27.

*Texto.*

*Igualmente não tem arbitrio sobre a applicação da pena, senão no caso de lhe ser deixado expressamente; pois não o sendo, deve ser applicada para o nosso fisco e camera Real, a quem pertencem todas as que não tem certa e determinada applicação.*

*Censura.*

Not. I. Este §. parece não estar enunciado com toda a devida clareza e distincção. Propõem-se nelle duas cousas: 1.<sup>a</sup> que o juiz não tem arbitrio na applicação da pena, senão no caso de lhe ser deixado expressamente na lei; 2.<sup>a</sup> que não lhe dando a lei expressamente este arbitrio, a pena se deve applicar para o fisco.

Parece pois por consequencia que se não admitte aqui meio algum, e que se quer dizer absolutamente, que toda a applicação da pena ou se faz para o fisco, ou fica no arbitrio do julgador, o que com tudo é falso, pois que ha penas, que tem applicação pelas leis ou para a parte offendida e damnificada em satisfação da sua offensa e damno (segundo a Ordenação do liv. V. tit. 137. §. . . ), ou para a redempção dos captivos (segundo a mesma Ordenação *ibi in princ.*), ou para as chancellarias (*ibi*), ou para as despesas da Relação, ou para as obras dos concelhos, ou para as cousas, que o Rei por suas provisões determinar (segundo a Ordenação do liv. V. tit. 137. §. 2.), ou para o accusador, ou para outros fins e cousas, segundo o tiverem regulado as ordenações, provisões ou regimentos: para o fisco sómente pertencem as penas, que lhe estão especificamente reservadas, como são, por exemplo, conforme a Ordenação do liv. II. tit. 26. dos *Direitos reais* §. 18., os bens de raiz e moveis, em que os malfetores forem condemnados pelos malefícios, que commetterem, que não forem julgados para alguma parte.

Reconheço de boa fé, que o compilador teve em vista esta mesma doutrina, e muito mais porque nas ultimas clausulas deste §. expressamente diz, que ao fisco e camera Real pertencem todas as penas, que não tem certa e determinada applicação; donde se pôde inferir que só neste caso de não terem certa e determinada applicação pela lei, é que se deve entender a decisão deste §. Mas isto não basta; é necessario fallar com clareza e distincção, e evitar, quanto é possível, aos subditos a occasião de se enganarem no sentido da lei, ou poupar-lhes o trabalho de fazer combinações para virem no alcance da sua verdadeira intelligencia.

## AO §. 28.

### *Texto.*

*E porque no estado civil, constituidos uma vez os juizos, postas e determinadas certas penas aos delinquentes, a ninguém pôde ser permittido dizer de direito a si mesmo, vingar a sua injuria, ou recuperar a sua cousa por auctoridade propria, mandamos, que todo aquelle, que tomar a cousa, que na verdade for sua, a perca para o possuidor, e não o sendo, outro tanto; e o que pretender vingar a sua injuria, perca o direito de a proseguir em juizo, e incorrerá além disto nas penas impostas por nossas Ordenações aos perturbadores e usurpadores de nossa real jurisdicção.*

### *Censura.*

Not. I. Este §. contém duas partes: 1.<sup>a</sup> o motivo ou parte doutrinal da lei; 2.<sup>a</sup> a mesma lei. Se a proposição deste §. fosse determinar, que ninguém se constituísse a si mesmo magistrado, e dissesse de direito sobre as suas cousas, poderia ter aqui logar este §., visto fallar-se nesteTitulo dos que devem exercitar a jurisdicção civil e criminal; mas esta proposição é enunciada

tiada neste §., não como lei, mas só como fundamento e motivo della; de maneira que o que é puramente legislatorio neste §., se reduz á Ordenação da pena, que ha de haver o que disser a si mesmo direito. Sendo isto assim, como na verdade é, pertence todo este §. ao Código Criminal, onde tem assento proprio na classe das penas contra os delictos, que offendem a jurisdição real.

Not. II. A conservar-se a disposição deste §., acho que não é necessario formalizal-o com a razão ou principio doutrinal da lei, pondo por fundamento della, que no estado civil, constituídos uma vez os juizes, postas e determinadas certas penas aos delinquentes, a ninguém pôde ser permittido dizer de direito a si mesmo.

*Texto.*

*Postas e determinadas certas penas.*

*Censura.*

Bastaria dizer: *determinadas.*

*Texto.*

*Mandamos que todo aquelle, que tomar a cousa, que na verdade for sua, a perca para o possuidor.*

*Censura.*

Not. O compilador serve-se dos termos = *aquelle, que tomar a cousa.* = Quizera que elle usasse antes das expressões da Ordenação do liv. IV. tit. 58. *in princ.*, que diz = *Se alguma pessoa forçar ou esbulhar outra da posse de alguma casa*; etc.; o que tem significação mais energica e circumstanciada: 1.º porque os nossos legisladores, como se declara no §. 1., quizerão que a disposição penal houvesse só logar na força verdadeira, e não na quasi força; 2.º porque quizerão excluir no §.

2. o caso, em que por direito é outorgado a alguém que possa commetter força, de que dá exemplos a mesma Ordenação no dito §. 2. e 3.

*Texto.*

*E não sendo a coisa sua, outro tanto (isto é, pagará outro tanto.)*

*Censura.*

Not. A Ordenação do liv. IV. tit. 58. *in principio* faz uma addição, que não convém omittir; porque havendo dito = *pagará outro tanto, quanto a coisa valer*, = accrescenta logo = *e mais todas as perdas e damnos, que na força ou por causa della de qualquer modo receber.*

*Texto.*

*E incorrerá além disto nas penas.*

*Censura.*

Not. O compilador havia formalizado o §. desta maneira: = *Mandamos que o que pretender vingar a sua injuria, perca o direito de a proseguir em juizo.* = Pedia pois a grammatica, que continuasse com os verbos nos mesmos tempos, dizendo = *e incorra além disto nas penas,* = e não = *incorrerá.* = Estas cousas são levissimas imperfeições; mas não as soffre a dignidade da linguagem de um Codigo.