

NOTAS

AO TITULO VI.

DO

ASYLO

DO NOVO CODIGO

DE

DIREITO PUBLICO DE PORTUGAL,

DO

D.º Paschoal José de Mello,

FEITAS E APRESENTADAS

NA

JUNTA DA CENSURA E REVISÃO

PELO

D.º Antonio Ribeiro.

AO.

TITULO VI.

DO ASYLO.

Censura.

Nót. Seria de voto, que este Titulo não entrasse no Código: o privilegio do asylo parece já não deve servir hoje, nem nos crimes voluntarios, nem nos crimes involuntarios.

I.

Não deve haver asylo para os crimes voluntarios.

§. 1.º Quanto aos crimes voluntarios, os mais sensatos escriptores, que tem tractado desta materia, reconhecem, que os templos não devem ser refugio aos cidadãos, que violarão as leis: que a majestade dos augustos logares da religião, e a imagem da divindade, que nelles se adora, longe de se envilecer pela execução dos criminosos, se honra ainda mais pelo triunfo da lei: que é cousa monstruosa acharem os criminosos amparo nos logares consagrados á virtude e á piedade: que isto é contrario á primitiva instituição dos mesmos asylos, que forão estabelecidos para acoitar os degradados, e não os verdadeiros criminosos; e contrario á mesma lei theocratica dos Hebreos, donde dimanára para o christianismo, a qual só franqueava o sanctuario e as cidades do refugio aos homicidas involuntarios: que a extensão, que depois se fez delles para os criminosos, tivera origem em um falso respeito de religião, ou antes nascêra das falsas idéas do paganismo, em que era doutrina corrente, que as divindades, protectoras dos logares de refugio, punião irosas os que ousavão

tirar de seus templos os que vinhão nelles reclamar o seu amparo. O sabio compilador deste Codigo facilmente concordará nestes principios, pois certo que por estas razões se não deliberou a estender expressamente o privilegio do asylo aos crimes voluntarios:

II.

Não deve haver asylo para os crimes involuntarios.

§ 2.º Quanto aos involuntarios commettidos *por fatalidade, por acaso, e em rixa nova*, como elle se explica, que é o unico artigo, a que reduz todo o direito da immuidade, tambem julgo, que não deve aqui ter logar este Titulo, porque não ha já razão para conservar esta antiga legislação, havendo já cessado a causa della. O motivo, que tiverão os primeiros legisladores e soberanos no estabelecimento dos asylos, foi unicamente a necessidade de prover na segurança dos desgraçados, injustamente perseguidos pelos offendidos, ou por seus parentes. Mas isto era em tempos, em que havia um estado quasi de independência natural entre os individuos das sociedades ainda barbaras e nascentes, que se não interessavão em castigar as offensas dos particulares; era em tempos, em que ou não havia ainda leis penaes, que punissem as injurias, e protegessem os cidadãos, ou não erão ainda assás poderosas e soberanas para refrear as vinganças particulares. Com effeito o poder executivo, e sobre tudo o exercicio do direito de punir, ou da vingança pessoal esteve muitos tempos entre as mãos dos particulares, que exercitavão por si mesmos o direito da violencia: assim a vingança privada era então o unico objecto e motivo da pena; e o braço, a espada e o bastão do offendido as unicas leis penaes e vingadoras.

Por tanto a primeira precaução, que tomárão os legisladores antigos, foi pôr os culpados desta classe a côbro das vinganças particulares; e prevenir por este meio uma funesta serie de males e desgraças: por isso cuidarão de defender o aggressor involuntario contra

os primeiros movimentos da colera e vingança do offendido, e metter tempo de permeio, para elle se abrandar pelas preces, ou ao menos para se acalmar o seu furor, e se enfraquecer a sua ira. O medo de incorrer no sacrilegio, accommettendo ao delinquente dentro dos templos sagrados, bastava então para conter a impetuosidade de um barbaro, a pezar de todo o fanatismo, que elle tivesse pela sua liberdade pessoal.

Nestes termos o asylo era um meio de separar a vingança da injuria; era uma trégoa, pendente a qual, se podia ou estipular a paz, ou desviar uma parte dos males da guerra privada. A falta das leis e da força pública, e o estado imperfeito das sociedades nascentes fazião então este remedio necessario. Assim entre todas as nações mais antigas a instituição dos asylos precedeo sempre ao estabelecimento das leis penaes, isto é, o que se vê dos antigos asylos dos Hebreos, dos Gregos, e dos Germanos.

Ora esta razão já cessou, porque desde que o imperio da lei começou de ser absoluto, e a justiça prompta em castigar os culpados, cessou a ferocidade, com que os parentes do morto perseguião os homicidas involuntarios; cessarão os motivos da vingança privada; cessarão as leis theocraticas dos Hebreos e as leis dos Gregos. Isto posto, toda a legislação do asylo, considerada fóra desta relação, que já não subsiste, é inutil, e até prejudicial á sociedade.

I.

O asylo é inutil na sociedade.

§. 1.º É inutil; porque se o homem é innocente, não ha para que lhe sirva o asylo, porque não tem que temer da justiça penal: se houve culpa, paixão, perturbação, rixa nova, que o levou desgraçadamente a commetter um mal, não ha necessidade de recorrer ao asylo para a diminuição ou commutação da pena legal de morte, ou cortamento de membro em outra menor e immediata; porque em todo o estado, que tiver os

principios da justiça por fundamento dos seus processos criminaes, a méra culpa sem dolo deve ser punida com penas mais suaves e moderadas; e taes, que nunca haja effusão de sangue; e nestes termos nenhum logar fica para se minorar a pena em razão do asylo.

II.

O asylo é prejudicial á sociedade.

§. 2. É prejudicial á sociedade: 1.º porque dá occasião a que para o futuro se acolhão aos logares de asylo não menos os delinquentes voluntarios e dolosos, que os culposos e os involuntarios; e sob côr de piedade, ou de escusa possão vir a gozar todos do mesmo beneficio da indulgencia da lei: 2.º porque em um estado bem regido, uma vez que o cidadão é convencido de violador da lei, seja por dolo, seja só por culpa, nada o deve remir da pena, a que a mesma lei o condemna, salvo se fór em casos extraordinarios, em que a salvação, ou utilidade da patria possa justificar a diminuição da pena, ou ainda o perdão do delicto; o contrario é um mal, que enfraquece e destróe a força pública da justiça penal: 3.º porque introduz a desigualdade dos castigos entre os cidadãos, que são réos dos mesmos crimes, minorando-se a pena ao que teve occasião de se acolher a sagrado, e exercitando-se todo o seu rigor e severidade contra o que não pôde ter igual fortuna. Conservar pois ainda hoje a legislação do asylo, é conservar os restos do primeiro estado de barbaridade, em que se achavão as nações, que a estabelecerão; é conservar uma legislação provisional e imperfeita, havendo já cessado ha muitos seculos as suas causas.

Príncipes, que extinguirão o direito do asylo.

Muitos Príncipes reconhecêrão já esta verdade, que por isso cuidarão de restringir a legislação nesta parte, e diminuir a religião dos asylos: bastará lembrar aqui a Luiz XII. Rei de França, por haver sido um Principe

piadoso, e aconselhado por um primeiro ministro, decorado com a purpura romana: elle não duvidou suprimir todos os asylos das igrejas, dos conventos, e de outros logares privilegiados de seus reinos.

Auctores, que reprovão o direito do asylo.

Os auctores são hoje concordes nesta materia; como são Van Espen na *Dissert. do asylo*, Gohard no *Tract. dos beneficios* tom. IV. p. 634., Beccaria §. 35. no *Tract. dos del. e das pen.*, o auctor das *Observações sobre este tractado* p. 46. §§. 21. e 22., M. de Valazé nas *Leis penaes* p. 408., Filangieri na *Sciencia da legislação* tom. IV. p. 111. e 120. e tom. V. p. 258. e 259., Sonnenfels na *Sciencia da Legislação* p. 196., M. Servin na *Legislação criminal* p. 114., M. Dentand na *Jurisprudencia criminal* p. 179. e 180., M. Felice no *Codigo da humanidade* p. 597., Riegger, douto e moderno canonista, de quem o mesmo compilador se servio muito nas *Provas* deste Titulo, o qual no tom. III. P. 3. §. 892. p. 523. reconhece, que o privilegio do asylo era inteiramente exorbitante, e que não era favoravel nem á república, nem á religião: *Privilegium asyli esse prorsus exorbitans, nec reipublicae favorabile, neque etiam religionem promovens*; o que reconhece o mesmo compilador, trasladando este logar no §. 3. deste Titulo: *O privilegio do asylo, diz elle, é exorbitante e pouco favoravel á república, e á mesma religião*; e nota 7.: *Os asylos são odiosos, e ou se não devem conceder, o que fizerão muitos Principes, ou quando se concedão, se devem regular de modo, que sempre se castiguem os delictos.*

Por tanto cumpria, que já se não pozesse este Titulo no novo Codigo.

A RUBRICA.

Do asylo e immuniidade da Igreja.

Censura.

Not. A palavra = *asylo* = diz aqui o mesmo que =

immunidade. = Bastaria pois dizer = *da immunidade da Igreja*, = assim como havião feito os compiladores de nossas ordenações.

AO PRINCIPIO.

Texto.

Pertence ao poder politico e temporal não só o direito de impôr penas, e de as commutar, ou perdoar, mas também o de regular os asylos, e determinar certos logares de immunidade.

Censura.

E desnecessario este §.

Not. Acho desnecessario este proemio, porque nelle nada ha de legislação para os povos; põe-se tão sómente o artigo do poder, que tem o Principe para instituir e regular os asylos: mas como este Codigo não é dirigido, segundo o systema do compilador, a estabelecer e fixar em corpo de lei os direitos majestaticos de nossos Principes; nesta hypothese deve suppôr-se, que o Rei tem este direito, e darem-se tão sómente por virtude delle as leis necessarias para o regimento dos asylos.

Texto.

Pertence ao poder politico e temporal.

Censura.

Redundancia de termos.

Not. *Politico e temporal* significa aqui o mesmo; por tanto bastaria usar de um destes dous epithetos, assim como se practicou nas Provas no §. 8., as quaes todavia admittem mais largueza. O Codigo deve ser breve, e as palayras desnecessarias o fazem longo.

Texto.

Clausula desnecessaria.

Não só o direito de impôr penas.

Censura.

Not. Já estava isto dito no Tit. III. §. . . . , nem havia necessidade de fazer outra vez menção deste direito.

Texto.

E de as commutar , ou perdoar.

Censura.

Not. Esta clausula parece indicar , que já se havia fallado deste direito , porque diz: *ao poder politico pertence não só o direito de impôr penas , e de as commutar , ou perdoar , mas tambem o de regular os asylos ;* e com tudo o compilador , havendo fallado no Titulo III. do direito de impôr penas , não fallou até aqui em parte alguma do direito de as commutar , ou perdoar.

Texto.

Mas tambem o de regular os asylos , e determinar certos logares de immuniidade.

Censura.

Redundancia de termos.

Not. I. *Asylos , e certos logares de immuniidade é o mesmo.*

Not. II. *Regular e determinar: tomando-se estes dous verbos no seu sentido especifico , como aqui se tomão , devem ser propostos segundo a ordem natural das cousas , porque primeiro é determinar os logares de*

immunidade, e depois *dar às providencias*, ou regimento; e assim cumpria dizer primeiro, que ao *Principe competia determinar certos logares de immunidade*, e depois *regular os asylos*. Assim o fez o mesmo compilador na practica; porque primeiro estabeleceu no proemio e §. 1. deste Titulo o direito, que tem o Principe, de instituir asylos, e depois passou a propôr nos §§. seguintes as providencias necessarias, annunciando-as no fim do §. 1. por este modo: *havemos por bem de o regular na maneira seguinte.*

AO §. I.

Texto.

E devendo nós conservar o privilegio do asylo e immunidade da Igreja, tanto, quanto permittir a utilidade e segurança pública; conformando-nos com as pias e santas intenções da Igreja, huvemos por bem de o regular na fórma seguinte.

Censura.

E desnecessario este §.

Not. Este §. é doutrinal; porque não determina positivamente coisa alguma para os vassallos; só dá a razão; por que se estabelece o asylo, o que me parece escusado segundo os principios, que já notei sobre o methodo de dar as razões das leis; o que é legislação, só começa no §. 2. nas palavras = *declaramos.* —

Texto.

Esdevendo nós conservar; etc.

Censura.

Contradição.

Not. Este §. tem sua especie de contradicção com

o §. 3. : porque neste se suppõe, que o Principe deve conservar o privilegio do asylo, que as pias e santas intenções da Igreja pedem que o haja, e que o Principe deve conformar-se com ellas ; quando alias no §. 3. diz expressamente, que este privilegio é *exorbitante, e pouco favoravel á republica e á mesma religião*. Se elle é tal, para que se suppõe aqui, que a Igreja quer o estabelecimento do asylo, e que o Principe *o deve conservar*? O que parece por este Titulo e suas Provas, é que o compilador estava intimamente persuadido, que se devião abolir inteiramente os asylos, mas que se não atreveo a encontrar de todo a nossa antiga legislação, e a romper pelas opiniões vulgares ; com tudo nestas cousas é que devia entrar a reformação, maiormente em tempos, em que ha já muita luz para se conhecer o dâmnio, que resulta dos asylos, e muito menos defensores da sua pretendida religião e santidade.

Quando porém se julgue, que não convêm supprimir este Titulo, será então necessario ou estabelecer principios, que possão de algum modo sustentar ainda este costume ; ou antes não pôr nenhuns, o que é melhor em taes materias, em que nunca se podem dar boas razões, que nos convenção: as apparentes, sobre serem falsas, podem illudir os vindouros, e difficuldar para o futuro a util reformação, que se queira fazer nesta materia.

Texto.

O privilegio do asylo e immuniidade da Igreja.

Censura.

Redundancia de termos.

Not. Já notei á rubrica, que *asylo e immuniidade* são aqui synonymos, e, como taes, escusados.

Texto.

Transposição de termos.

Tanto quanto o permittir a utilidade e segurança publica.

Censura.

Not. I. A *segurança publica* é primeiro, que a *utilidade*; e por isso convinha seguir esta ordem na collocação dos termos,

Contradicção.

Not. II. O privilegio do asylo, como se diz adiante no §. 3. e nas Provas, é *exorbitante e pouco favoravel á república*; o que fica em contradicção com o que aqui se suppõe, que *a utilidade publica o pôde permittir.*

Texto.

Conformando-me com as pias e santas intenções da Igreja.

Censura.

Contradicção.

Not. Já notei, que a supposição, que aqui ha, de que o privilegio do asylo é confôrme *às pias e santas intenções da Igreja*, vinha a oppor-se ao que adiante se diz no §. 3., que este privilegio *era pouco favoravel á mesma religião*; e bastaria que o fosse ao Estado, como tambem se diz no mesmo logar, para que elle não podesse ser das pias e santas intenções da Igreja, que nada quer, que possa ser contrario, ou menos vantajoso ao estado social, pois que a religião não veio deteriorar, mas ajudar e aperfeiçoar a constituição civil. Se elle é pois pouco favoravel á Igreja, porque se diz neste §., que o Principe deve *conserval-o, e conformar-se com as intenções da Igreja?*

AO §. 2.

Texto.

Primeiramente declaramos, que todas as igrejas de nossos reinos e dominios e capellas publicas, ou sejam sagradas, ou não, gozão de immuniidade, que lhes será guardada inviolavelmente.

Censura.

Falta de ordem.

Not. Começa este §. por declarar os logares, a que compete: com tudo a ordem pedia, que primeiro se declarasse, em que consistia a immuniidade, que é a parte, que se expõe ao diante nos §§. 10. e 11.; porque primeiro está saber o que é immuniidade, e depois a que logares compete.

Texto.

Todas as igrejas de nossos reinos e dominios e capellas publicas.

Censura.

Transposição de termos.

Not. Quizera que se dissesse = *todas as igrejas e capellas publicas de nossos reinos e dominios*, = ou só = *de nossos reinos*, = o que basta, como já tenho notado muitas vezes.

Texto.

Ou sejam sagradas, ou não.

Censura.

Nem a todas as igrejas, não sagradas, se deve dar o privilegio do asylo.

Not. I. A Ordenação no Liv. 2. Tit. 5. *in princ.* não dá a todas as igrejas, não sagradas, o privilegio do asylo, mas tão sómente aquellas, que posto que não sejam sagradas, com tudo são edificadas por auctoridade do Papa, ou do Ordinario, e o são para nellas se celebrarem os officios divinos. O mesmo se especifica na Collecção das leis antigas Liv. 1. 169. v.º, na Ordenação Affonsina Liv. 2. Tit. 8. pr. 1., na Man. Liv. 2. Titt. 4. e 5.; o que parece tirado do Cap. 9. *de immunitate ecclesiarum* de Gregor. IX. (vid. Pereira de Man. Reg. C. 50. n. 4.): o que reconhece o mesmo compilador nas suas *Instituições de direito patrio* tom. I. p. 106.

Estas duas circumstancias não devião ficar em silencio, maiormente no systema do compilador, e no de todos os que hoje curão de diminuir, e não de ampliar o privilegio do asylo; de outra sorte haverá de ter o privilegio nesta parte maiores limites, do que até aqui havia tido por nossas Ordenações, vindo a gozar de immuniadê todas as igrejas e capellas, posto que não tenham sido edificadas por auctoridade do Papa, ou do Ordinario, ou não sejam destinadas para celebração dos officios divinos. Talvez se dirá, que destas se não póde entender esta clâusula; pois que só se dá este direito ás igrejas e capellas publicas, e não se tem por taes as em que não concorrem aquelles dous requisitos; mas nem todos os leitores estarão nesta intelligencia, e cumpre precaver ou duvidas, ou equivocacões nesta materia.

Artigos omissos na disposição deste §.

Not. II. Convinha declarar aqui alguns artigos desta materia, que podem entrar em controversia. — 1.º Se a immuniadê se verifica sómente nas igrejas fundadas com auctoridade do Papa, ou do Ordinario (Cap. 5. *de immun. eccles.*, Gabr. Pereira C. 50. n. 4.). — 2.º Se se

verifica tão sómente nas igrejas, em que se celebrão os santos mysterios, ou também naquellas, em que só se celebrem os officios divinos, ou *vice versa* (Durand p. 245.). — 3.º Se se verifica nas igrejas violadas e interdictas. — 4.º Se também nas arruinadas e derribadas por ordem do bispo, não para ficarem profanadas e demolidas, mas sim para se reedificarem, ou refazerem (não deixarão de tocar este ponto o nosso *Pegas á Ord.* Liv. 2. Tit. 5. n. 7. e *Barb. de jur. eccles.* Liv. 2. C. 3. n. 60.). — 5.º Se se verifica nas igrejas, cuja construcção se não acha ainda acabada, mas em que já o bispo collocou a primeira pedra.

AO §. 3.

Texto.

E porque este privilegio é exorbitante, e pouco favoravel á república, e á mesma religião.

Censura.

Not. É desnecessario dar a razão da lei, como já por vezes se tem notado; e muito mais aqui, onde se suppõe expressamente um principio, que póde bem por si mesmo revoltar o espirito dos leitores, e muito mais pela contradicção, em que fica com a doutrina, que se suppõe no §. 1. Além disto este §. tem mais logar em um livro scientifico, qual é o das *Instituições* de Riegger, donde o tirou o compilador, do que em um código legislativo.

Texto.

Não gozarão da immuidade os oratorios e capellas, nem os adros, posto que estejam juntos e contiguos á igreja.

Censura.

Not. Não basta fallar dos adros para evitar duvidas e questões, que muitas vezes se excitão; cumpre fallar

tambem dos alpendres e porticos contiguos á igreja, das portas, dos claustros, dos pateos, dos dormitorios, da fabrica, etc., do que tudo se faz menção na Bulla *Cum alias* de Gregorio XIV. de 1591., e em outras, e de que tracta Barbosa *de jur. eccles.* lib. II. C. 3. n. 63., e vol. 117. n. 42.

Texto.

Mas sim, e tão sómente as suas igrejas publicas.

Censura.

Not. Já estava isto comprehendido no §. 2., aonde se disse: *Todas as igrejas de nossos reinos, e mais capellas publicas, ou sejam sagradas, ou não, gozão de immunnidade.*

Texto.

Nem as casas da habitação, e residencia dos bispos e parochos.

Censura.

Not. Parece-me justa a restricção; mas não posso concordar com a razão, que se dá nas Provas, de que isto é conforme á lei do reino, pois que a Ordenação especificamente a concede ás casas dos bispos no Liv. 1. Tit. 73. §§. 7., 9. e 10., e no Liv. 5. Tit. 104. §. 3. e Tit. 105., e nas Extravagantes de 12 de Março de 1603, e de 10 de Janeiro de 1692.

A Ordenação do Liv. 1. Tit. 73. nos §§. 7., 9. e 10., que se allega, ainda que mande, que o *quadrilheiro possa entrar nas casas dos arcebispos e bispos, e prender os homiziados, que a ella se acolhem*, falla em geral das casas dos prelados, porque logo no §. 8., que o compilador omitio, e que é a chave da intelligencia destes §§., se declara: *E o que se diz dos homiziados, que podem e devem ser presos nas casas dos arcebispos e bispos, etc., se entenderá, não sendo as casas taes, que por direito, ou costume devão gozar da immunnidade da igreja nos casos, em que ella val.* Pelo que suppõe a Ordenação a distincção

distinção de casas, que estão juntas e contiguas ás igrejas publicas, e proprias das mesmas igrejas, e de outras, que são separadas, e particulares, ou proprias dos mesmos bispos, ou de outros. E com effeito isto suppunhão os padres pelo Can. *Id constituimus* c. 17. q. 4., e os glossadores, que dizião, que a casa do bispo gozava de immuniidade até fóra de quarenta passos da igreja, o que approvou o Papa Innocencio 11. no Cap. *Inter alia X. de imm. eccles.*; e Gabriel Pereira affirma, que esta era a opinião commum, porque outros querião, que só estando dentro dos quarenta passos, o que seguia Odrado *cons.* 55., e era o que se observava na praxe.

A Ordenação do Liv. 5. Tit. 104. §. 3., que tam-
hem se allega, falla dos *coutos antigos, e novamente fei-
tos bairros coutados, honras e casas proprias*; mas no
§. 3. põe a mesma clausula, que acabamos de referir:
*E isto se não entenderá nas casas dos arcebispos, bispos,
etc., sendo as casas taes, que por direito e costume devão
gozar da immuniidade da igreja nos casos, em que elle
val.*

Se pois a Ordenação exceptua as casas dos bispos, que por direito devem gozar da immuniidade, é claro, que quiz referir-se ao Can. *Id constituimus*, e que entendo por conseguinte as casas e paços dos bispos contiguos á cathedral, o que é conforme á bulla de Gregorio XIV. (Vid. Durand v. *immun.* p. 245., e Pegas & Ordenação do Liv. 2. Tit. 5. n. 23.)

AO §. 4.

Texto.

*E como o mesmo privilegio é local, e concedido uni-
camente á igreja, os réos, que se acontarem e valerem da
pessoa dos ecclesiasticos de qualquer ordem e dignidade,
não podem gozar de immuniidade alguma.*

Censura.

Not. I. É escusado dar a razão, por que não gozão de immuniidade os que se acoutão e valem da pessoa dos ecclesiasticos, que é ser o privilegio local, e concedido sómente á igreja, e não ás pessoas.

Not. II. *Que se acoutarem e valerem da pessoa dos ecclesiasticos.* Acoutar é mais proprio para a casa, do que para a pessoa; e neste sentido já estava dito.

AO §. 5.

Texto.

Porém nas procissões publicas e solemnes, em que for o Santissimo Sacramento, gozarão de immuniidade os réos, que nella se ingerirem, sem differença dos que se acoutão e refugio á igreja.

Censura.

Not. Aqui se põe um novo artigo de immuniidade, que nunca houve em nossa antiga legislação, nem se acha na actual, como se confessa nas Provas, sem embargo da muita devoção, que sempre se teve ao Santissimo Sacramento. Funda-se a nova legislação deste §, primeiramente na opinião de muitos doutores: mas 1.^o a trazerem-se auctoridades, seria mais curial allegar com a de Gregorio XIV., que a havia estabelecido, determinando que o sacerdote, que levasse o Santissimo Sacramento, pudesse servir de refugio aos criminosos; e com a outra da declaração da sagrada congregação de 28. de Maio de 1626, que refere Pignatelli tom. 6. *consil.* 4. n. 89. — 2.^o Assim mesmo nenhuma destas auctoridades deveria ser bastante para ampliarmos em nossa legislação os limites do privilegio, e introduzir um novo artigo de immuniidade, que não tínhamos até agora, e isto em tempos, em que por bem da religião e do estado se cuida de a restringir, que não de a exten-

der e augmentar. Já passou o seculo XV. e XVI., em que a superstição dos tempos, ou uma mal entendida piedade poderão desculpar esta lembrança. De mais o compilador vai nesta parte contra os seus mesmos principios; porque havia dito no texto e nas Provas deste §., *que o privilegio da immunitade era exorbitante*, e pouco favoravel á républica, e á mesma religião, e que por isso se devia restringir, e não ampliar. — Funda-se em segundo logar na razão de reverencia ao Sacramento: mas não vejo, que seja reverencia subtrahir o réo ao castigo competente do seu delicto; julgára antes irreverencia e desacato metter-se um homem criminoso em um acto de tanta piedade e religião.

Mas quando houvesse de se admittir esta nova legislação, seria necessario declarar, se isto se verificava nas procissões solemnes, em que fosse exposto o Santissimo Sacramento, ou ainda nas procissões, em que fosse de viatico, por quanto o §. diz = *procissões publicas e solemnes*, = e estas, posto que sejam publicas, todavia não são solemnes.

AO §. 6.

Texto.

È gozarão della ainda depois de presos, fugindo das mãos aos officiaes de justiça, que serão castigados pelos deixarem fugir, á medida da culpa, que tiverem; mas fugindo da cadêa, não terão immunitade.

Censura.

Not. Não é claro, se isto se refere ao caso de immunitade do §. antecedente, isto é, aos que *se ingerirem nas procissões, em que vai o Santissimo Sacramento*, ou geralmente a todos os outros casos, visto que o §. começa com a fórmula copulativa, que o une com o antecedente.

Texto.

Que serão castigados, etc.

Censura.

A pena, que hão de haver os officiaes, que deixarem fugir o réo, é artigo, que pertence ao Código Criminal.

Texto.

Mas fugindo da cadêa.

Censura.

Not. Diz-se nas Provas, que isto é controverso entre os doutores, o que se faz necessario declarar, para fixar nesta parte a certeza do direito. Mas porque se declarou a favor da opinião menos seguida entre os auctores? A opinião commum, como nota Van-Espen, dá immuni-
dade aos que fogem da cadêa, como aos que fogem das mãos da justiça (*De asylo* C. 5. §. 1. p. 75.); e com effeito, se o réo tem immuni-
dade, fugindo das mãos dos officiaes, que são ministros publicos, porque a não terá fugindo da cadêa? A prisão legal tanto se verifica nas mãos dos ministros, como na cadêa; e o logar, em que o réo está preso, é tão publico, como o é a pessoa do ministro, que o prendeo.

AO §. 7.

Texto.

*Não tem logar a immuni-
dade nas causas civis, nem
nas criminaes leves, em que não houver a pena de effusão
de sangue; nem nas graves, em que houver pena de morte,
ou cortamento de membro, commettidas com dolo e ma-
licia, de proposito e insidiosamente.*

Censura.

Not. I. Começa por estabelecer a excepção primeiro que a regra; isto é, começa por dizer, quaes são as causas, em que não tem logar a immuniidade, antes de dizer, quaes são aquellas, em que a ha; o que é contra as regras do methodo. Em referir os logares, que gozavão de immuniidade, se observou o contrario; porque se começou primeiro por dizer no §. 2., quaes erão os que gozavão della; e no §. 3. quaes erão os que a não tinham.

Not. II. Parece escusado referir neste §. as causas, em que não ha immuniidade; basta relatar aquellas, em que a ha; assim procedeo o mesmo compilador nas Provas deste §., e do §. 8., dizendo; *que nelles se não referião individualmente os crimes, em que não tinha logar a immuniidade, porque dizendo-se, que só tinha logar nos capitaes, quando se não commettêrão de proposito e insidiosamente, era escusado declarar-os.*

Texto.

Nem nas criminaes leves, em que não houver a pena de effusão de sangue.

Censura.

Not. Suppõe-se, que ha causas leves, em que ha pena de effusão de sangue; mas esta pena é grave para se suppôr imposta em causas desta ordem; porém disto fallarei ainda ao §. 8.

Texto.

Nem as graves, em que houver pena de morte.

Censura.

Not. Convinha declarar, se se falla sómente da pena de morte natural, ou tambem da morte civil: a Ord. do Liv. 2. Tit. 5. *in princip.* vai na hypothese de pena de morte natural, ou civil.

*Texto.**Ou cortamento de membro.**Censura.*

Not. I. Suppõe-se aqui outra vez, que continúa a subsistir a pena de cortamento de membro, o que já mostrámos que não convinha, na censura ao Titulo III.

Not. II. Deveria acrescentar-se = *ou outra pena de effusão de sangue*, = porque isto se verifica não só nos casos de pena de morte e cortamento de membro, (uma vez visto que aqui se admittê esta ultima pena), mas tambem de effusão de sangue, uma vez que ha dolo. Assim se faz na Ordenação do Liv. 2. Tit. 5. *in princ.*, dizendo: *E porque a Igreja somente defende o malfeytor, que tem feito tal malfeyto, por que mereço haver morte natural, ou civil, ou cortamento de membro, ou qualquer outra pena de sangue.* O mesmo se diz no §. 4., e o mesmo compilador o suppõe no §. seguinte.

*Texto.**Committidas com dolo e malicia, de proposito e insidiosamente.**Censura.*

Not. I. Póde-se duvidar, se esta clausula se refere ao somente para as causas crimes graves, que é o objecto mais immediato deste §.; se tambem para as causas crimes leves, que é o objecto mais remoto, pois tambem nestas póde haver dolo.

Not. II. Tendo dito *dolo*, parece que ficava escusado acrescentar = *com malicia*, = porque esta vai incluída no dolo, que o não póde haver sem ella; que por isso os Romanos chamavão aos crimes maliciosos *dolosos* em contraposição aos que chamavão *culpotos*, ou *culpaveis*. Mais escusado hea ainda acrescentar = *de proposito*, = porque *dolo* é a intenção deliberada, ou o proposito de fazer mal a alguém: *Generaliter dolus est*

propositum alteri nocendi (Urfel *Jurisprud. definit.* n.ºt. ad §. 192. p. 142.); e *proposito* é o animo deliberado de fazer *directa e principalmente* o mal, isto é, de caso pensado (Orden. Liv. 2. Tit. 5. §. 5., Gabriel Pereira p. 113.), cotraposto ao caso fortuito e accidental, em que não precede deliberação (§. 5. da mesma Ordenação). Donde a deliberação, ou proposito vai incluído no dolo. Por outro modo, toda a acção dolosa provém do proposito e consentimento, ou anterior ou posterior; porque quem commette uma acção, de que se seguem males, ou a faz com intenção do mal, ou sem ella, mas conhecendo depois o mal, o approva, e continúa: ao 1.º modo se chama *dolus ex proposito*, ao 2.º *dolus ex re*. (L. 36. ff. de verb. oblig.) Davies §§. 205. e 206. adverte que de um e outro se obra dolosamente; pois que o mal sempre provém de proposito; pelo que dizendo-se aqui *dolo*, é escusado acrescentar *proposito*. 2.º Se o compilador quiz separar as acções dolosas *ex proposito* das acções dolosas *ex re*, e dar logar á immuniidade sómente nas primeiras, como acções, que tem maior moralidade e imputação, então convinha especificar isto, pois que as acções dolosas *ex re* não se podem entender exceptuadas ao diante no §. 8. debaixo da denominação de acções commettidas, como alli se diz, *por fatalidade, acaso, e em rixa nova*.

Not. III. Seria conveniente declarar, se a disposição deste §. se entende só no maleficio, que de proposito é feito *principalmente* por offender a outrem; ou tambem no maleficio, que é feito *principalmente* a outro fim, como por exemplo, no ladrão, que furta, cuja tenção não foi *principalmente* fazer offensa a alguém, mas haver o alheio; do que se falla na Ord. do Liv. 2. Tit. 5. §. 4.

Texto.

E insidiosamente.

Censura.

Not. I. Deste mesmo termo usa o compilador nas

Provas: parece pois que aqui se requer não só *dólo*, *malicia*, ou *proposito*, como elle se explica, mas também que concorra *aleivosia* para se não gozar de immuni-
 dade, pois que usa da particula conjunctiva, como
 também ao diante no §. 19., aonde diz = *de proposito e*
insidiosamente. = Com tudo a Ordenação no Liv. 2. Tit.
 5. §. 4. usa pelo contrario de disjunctiva = *e todo o que*
de proposito, ou insidiosamente; = de maneira que ella
 vem a contemplar dois casos diversos, o de simples
 deliberação, e o de deliberação qualificada de traição e
 aleivosia: não obstante que o C. 1. *de homicidio* só falla
 do homicidio insidioso: *Si quis per industriam et per*
insidias.

Desta intelligencia de nossas leis costumão fallar os
 doutores, que aqui devem consultar-se; della attesta
 Navarro, dizendo que a Ordenação se entendia ainda
 no caso, *qua quis non proditorie, sed consulto tamen et*
prævia deliberatione, etc. O mesmo attesta Van-Espen,
 o qual referindo a doutrina dos que dizem, que para
 não ter logar a immuniidade basta que o crime seja
 commettido sem aleivosia, cita as nossas leis. (§. 7. Diss.
 Can. *de Asyl.* p. 78.) Covarruvias attesta o mesmo do
 Hespanha; Paulo Sarpi de Veneza (Diss. *de jur.* c. 5.); e
 Van-Espen dos Paizes-Baixos. É necessario pois seguir
 a Ordenação, não só por ser justa, mas porque cumpre
 não ampliar os limites deste privilegio, segundo o
 mesmo principio, que o compilador propoz no §. 3., e
 que tem seguido todos os bons escriptores sobre o di-
 reito do asylo.

Not. II. A ser a doutrina deste §., que deve con-
 correr a traição e aleivosia, então é necessario declarar
 o que se entende por *insidioso* (*): se se entende para
 este effeito sómente o que se finge amigo para matar in-
 cautamente; ou também o que mata a outrem sem causa
 anterior, *nil tale præcaventem*, nem podendo defender-se.
 Fontauel, Farinacio, Bovadilha, Gutierrez, Gomes, San-

(*) Vid. Thom. Valasc. *alleg.* 13. n. 124., Fr. Manoel Rodrigues
 tom. 3. reg. q. 33. art. 4., Gutier. *Tract.* lib. 1. q. 2. n. 3., Burgos
cons. 23. n. 6.

ches e Covarruivas seguem que tambem neste caso, porque a traição e aleivosia não suppõe necessariamente amizade. Pelo contrario Pegas no Tom. 8. ao Liv. 2. Tit. 5. §. 18., e o auctor do Repertorio tem que pelas leis do reino só se diz *homicidium proditorium* o que é feito com pretexto de amizade fingida. E com effeito na Orden. do Liv. 5. Tit. 37., tractando-se dos delictos commettidos aleivosamente, se diz, que a aleivosia é *uma maldade commettida atraçoadamente sob mostrança de amizade; e commette-se, quando alguma pessoa, sob mostrança de amizade, mata ou fere, ou faz alguma offensa a seu amigo, sem com elle ter rixa, nem contenda, como se lhe dormisse com a mulher, filha, ou irmã, e lhe fizesse roubo ou força; e se algum viver com senhor por soldada, ou a hem fazer, lhe dormisse com a mulher, filha, ou irmã, ou o ferisse, ou matasse, ou lhe fizesse outra offensa pessoal, ou algum grande furto ou roubo. O mesmo se diz no Codigo Manoelino Liv. 5. Tit. 3. §§. 27. e 29.*

Mas isto não solta ainda a duvida: uma consa é *insidia*, outra *aleivosia*; é diverso fazer mal *atraçoada e aleivosamente*, ou fazel-o por *dólo simulado e clandestino*. Se eu matar o meu inimigo declarado, procurando a occasião de o matar, não sou atraçoado e aleivoso, (Valasco *alleg.* 13. p. 125. p. 87.); mas eu o serei, se matar o meu amigo, ou aquelle, com quem comia á mesa, com quem vinha de parceria na jornada (*ib.*), ou ainda o inimigo pelas costas, e desapercebido. Covarruivas fallando ao *C. 1. de homicid.* ás palavras = *Si quis per industriam occiderit proximum suum, et per insidias, ab altari meo evelles eum, ut moriatur*, = diz que é insidioso no sentido deste Capitulo = *qui occiderit eum, qui ejus inimicus non est, nihilque tale praecaventem, cum nulla esset praecavendi causa; eum omnem dicere per industriam occidere, qui per insidiosam industriam occiderit* = (Van-Espen c. 5. §. 7. p. 78.) Ha dólo clandestino, e dólo manifesto: a acção do dólo clandestino é mais livre, que a manifesta; porque naquella ha nova determinação de vontade e liberdade, e por isso é mais imputavel. (Daries §. 208.)

Para pormos em clara luz os principios de doutrina, que se devem assentar nesta materia, lembrarei aqui algumas cousas. São tres os meios, por que o homem incorre em algum delicto : 1.º o *proposito deliberado*; 2.º o *movimento da paixão*; 3.º a *imprudencia*.

1.º *Proposito deliberado* é aquelle, pelo qual o que teve disputa com outro, encontrando-o algum tempo depois, o attaca e mata (L. *Is qui 7. C. ad leg. Cornel. de sicariis*): *Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa*, etc. — De *proposito e caso pensado*, diz Domat, é o *homicidio commettido por uma pessoa, que formou o projecto de matar outrem, e que tomou as medidas para executar este designio, seja esperando-o em algum caminho publico, seja ao pé de sua casa, para a matar, quando sair. Este deve ser punido mais severamente.*

2.º *Movimento de paixão* é aquelle, pelo qual alguém mata a outrem sem proposito e deliberação, mas sómente por uma perturbação do animo, que lhe sobreveio.

3.º *Imprudencia* é a acção do que por negligencia e falta de reflexão deu logar ao homicidio, isto é, não tomou todas as medidas, que devia tomar uma pessoa prudente, para prevenir os accidentes; como no caso do que mata um homem, querendo matar uma fêra atraz de uma arvore, ou bosque; das amas, que suffocão no leito os meninos, que crião; do muleiro, ou cavalleiro, que por impericia ou molestia não pôde reter o impeto das mulas, ou cavallos. (L. *Idem 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.*): casos, em que o homem deve ser condemnado ás perdas e interesses para com os herdeiros do defuncto, e ás penas afflictivas, menos que não alcance perdão do Soberano. Assim o homicidio commettido por *movimento de paixão* é mais grave, que o de *imprudencia*; e o que é de *proposito premeditado*, mais grave ainda, que o de *movimento de paixão*.

Fóra destas tres especies de homicidio fica o homicidio casual, que é o que acontece sem animo de matar, e sem haver falta e negligencia da parte do que deu logar á morte de outrem; neste caso não ha nem crime, nem delicto, nem deve haver castigo. *Crimen enim cas-*

trahitur, si et voluntas nocendi intercedat; caeterum ea, quae ex improvise casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae, imputantur. (L. Frater 1. C. ad leg. Cornel. de sicar.) Isto se verifica, por exemplo, no caso do ramo, ou tronco da arvore, que caíndo matou o que passava, quando o que o estava cortando, se achava em caminho largo, e o havia advertido, ou estava em campo, que não era caminho ordinario, e não podia precaver, que o outro passasse por alli. (L. Si putator 31. ff. ad leg. Aquilianam.)

Havendo pois todas estas diversas especies de homicidio, cumpria, que se tivessem em vista para se enunciar a disposição deste §., de maneira, que abrangesse umas, e excluísse outras, segundo o pedisse a legislação do asylo.

AO §. 8.

Texto.

Et compete só nos ditos crimes e delictos, em que houver a pena de effusão de sangue, todas as vezes que se commetterem por fatalidade e por acaso, e em rixa nova; e então compete não só ao christão, mas ao judeo, mouro, ou infiel; porque a todos em reverencia da igreja queremos seja commun este beneficio.

Censura.

Not. Este §. tem duas partes, uma dos crimes, em que se dá immuniidade, outra das pessoas, a quem se dá. Ora nisto parece haver falta de ordem; porque a primeira parte do §., que consta de tres regras e meia, deve ir junta com o §. antecedente, a que ainda pertence; e a segunda parte, que é das pessoas, devia só por si fazer um §. junto com o §. 9. seguinte, para assim se tractar em §§. separados com distincção e ordem o que pertence aos casos de immuniidade, e o que pertence ás pessoas, que gozão della.

Texto.

E compete só nos ditos crimes e delictos.

Censura.

Not. I. O compilador não tinha antes fallado em crimes, mas só em causas criminaes, e assim se deve dizer sem termo relativo = *compete só nos crimes*, = e não = *nos ditos crimes.* =

Not. II. *Crimes e delictos*; entre nós é o mesmo, e assim basta um só destes dous termos, segundo a maxima, que já por muitas vezes propozemos, de poupar palavras desnecessarias na legislação, e fazer breve o codigo das leis.

Not. III. Diz-se que só compete nos delictos, em que houver pena de effusão de sangue. Seria conveniente incluír tambem os delictos, em que houver a pena de morte natural, como se faz na Ordenação.

Texto.

E então compete não só ao christão, mas ao judeo, mouro, ou infiel, etc.

Censura.

Not. I. O judeo e o mouro é infiel, mas nem todo o infiel é judeo ou mouro; porque infieis ha, que seguem diversas outras religiões: donde se deve dizer = *ao judeo, mouro, ou outro algum infiel*, = *ou dizer = ou outro infiel*, = o que comprehenderia todas as religiões.

Not. II. Convinha declarar, se por infiel se entende aqui sómente o pagão e idolatra, ou tambem o herege, questão, que tracta Soares c. 20. n. 29., Rebuffo *ad leg. Gall.* tom. 11. fol. 334. n. 22.; e se tambem o bannido, e o excommungado, do que falla Socino de cit. art. 17. post num. 42., Rebuffo no tom. II. fol. 334. n. 15., Azevedo liv. I. tit. 2. L. 3., Boerio *decis.* 110., Covarr. *var. resolut.* liv. II. c. 20., Duraud *Diccion.* v. *immunit.* p. 246.

Not. III. A disposição deste §. encontra os principios do compilador: porque elle havia posto no §. 3., como uma maxima e principio, que o privilegio do asylo era exorbitante e pouco favoravel á républica, e á mesma religião; e nas Provas accrescentou, que era odioso, e que se devia restringir, e não ampliar. Sendo assim, pára que ora se amplia, e se estende ao judeo, ao mouro, e a outro qualquer infiel, com mais largueza, do que havia feito a L. 2. *de his, qui ad ecclesiam confugiunt* do Codigo de Theodosio, a L. 23. *de jud.* do Codigo de Justiniano, que só o derão no caso de se baptizarem, e a nossa mesma Ordenação no Liv. 2. Tit. 5. §. 3., e a opinião *comitum*, que refere Gabriel Per. c. 5: n. 5. p. 111. Vid. *Cod. da Hum.* tom. 7. p. 612., Durand tom. 3. p. 246. §. *On doute.*

Not. IV. A mesma disposição deste §. encontra o outro principio, que havia tomado o compilador, de se conformar com as pias e santas intenções da Igreja na legislação do asylo; por quanto a Igreja em admitir e fomentar o asylo dos templos teve sempre em vista, que a immuidade servisse de occasião e motivo a que os réos se arrependessem de suas culpas por uma séria penitencia, como já o hotará, entre outros, Van-Espen *de As.* c. 1. §. 2. p. 64.; Thomassin. P. IV. liv. 2. c. 88.; e por isso não concedia immuidade ao judeo, ao mouro, ou outro algum infiel, senão no caso de se convertirem e baptizarem. Estas erão as razões genuinas e canonicas da Igreja, com as quaes se houvera de conformar o compilador, como a principio promettêra, não facultando geralmente ao mouro, ao judeo, e a qualquer infiel o privilegio do asylo, que a Igreja lhe negára.

Texto.

Porque a todos em reverencia.

Censura.

Not. Que razão ha para que deva gozar de um privilegio, que é concedido em reverencia da Igreja, aquel-

le, que nem reconhece a Igreja, nem lhe tem revêren-
cia alguma? Se no §. seguinte se julgou, que não devia
gozar de immuniidade o que delinquo na igreja, ainda
que antes se não tivesse deliberado em razão da reve-
rencia, seguindo-se nisto o Cap. 4. de *immun. eccles.*, e a
Ordenação do Liv. 2. Tit. 5. §. 2.; como agora, esquecido
este principio, se vem a dar o beneficio do asylo aos que
por sua lei e religião não reconhecem, nem respeitão
as igrejas da christandade? Note isto unicamente por
mostrar aqui a contradicção de principios, e a insuffi-
ciencia das razões, que se dão, e não por querer preci-
samente, que na hypothese, em que se procede, se negue
o privilegio do asylo aos infieis; pois que sendo elle
verdadeiramente um méro beneficio da lei civil, não
implica, antes é natural, que se estenda a todos os que
vivem no paiz.

AO §. 9.

Texto.

*O que delinquo na igreja, ainda que antes se não
tivesse deliberado, não goza da immuniidade.*

Censura.

Not. I. Este §. pertence ainda a matéria das pes-
soas; e como elle é breve, podia ir junto com a segunda
parte do §. antecedente, a que pertence.

Not. II. *Ainda que antes se não tivesse deliberado,*
etc. O compilador reconhece nãs Provas, que isto é
contrario á Ordenação do Liv. 2. Tit. 5. §. 2., posto que
o não entendeu assim nas suas *Instituições de direito
patrio* tit. 6. §. 18. p. 111.; mas diz ao mesmo tempo,
que é conforme ao espirito da Ordenação do senhor Rei
D. Affonso V., e que deste modo se evitão muitas
questões. As questões são sobre se houve, ou não, deli-
beração de animo; mas estas sempre as haverá em todos
os casos crimes: porque para se verificar nelles o privi-

legio da immuniidade , é necessario verificar, se a acção se commettêra , ou não , com deliberação e proposito.

Not. III. Convinha dispôr as clausulas da legislação de maneira , que por ellas ficassem decididas as questões, que costumão excitar-se nesta materia : por exemplo , se goza de immuniidade o que foi causa moral do homicidio feito na igreja ; se quando o crime foi commettido em logar não sagrado , e se concluido , ou se estendeo o seu effeito ao logar sagrado , como no que atira de fóra com uma sétta (Covarruvias liv. 2. *Var. res.* c. 20. n. 15. v. 17. , Van-Espen. c. 5. §. 4. p. 76.) ; se val a immuniidade para outro delicto , além do que se commetteo na igreja , quando aquelle foi commettido em outra parte , questão , que excita Gutierrez lib. 3. c. 1. n. 18. c. 35. l. 4. , e Gabr. Per. c. 50. n. 17. p. 116. , e na Adição , e Braz Flores Dias de Meria na *Adição á decis.* 52. p. 100. , etc.

AO §. 10.

Texto.

O effeito da immuniidade não é a absoluta impuniidade do réo , o que seria incompativel com a nossa justiça , mas a diminuição da pena.

Censura.

Not. Reduz-se todo o effeito da immuniidade á diminuição da pena legal nos delictos commettidos por *fatalidade* , por *acaso* , e em *rixa nova*. Mas já notei , que havendo cessado o direito da vingança particular , e sendo estes delictos taes , que nelles nunca se deve impôr pena de sangue , ficão baldadas todas as razões , que havia para conservar este resto de immuniidade.

AO §. II.

Texto.

*Por tanto , absolvendo-se o réo da pena de morte , ou cortamento de membro , que deveria soffrer , se a immuni-
dade lhe não valesse , será condemnado em pena menor ,
mas immediata , segundo a gravidade e circumstancias da
culpa ; no que os nossos ministros se haverão de modo ;
que ao mesmo tempo fique contemplada a Igreja , e sa-
tisfeita a républica.*

Censura.

Not. Este §. devia unir-se com o antecedente.

Texto.

*Absolvendo-se o réo da pena de morte , que devia soff-
rer.*

Censura.

Not. Sendo os crimes , em que se concede a immu-
nidade , os que se commettem por fatalidade , etc. , não
se deve suppôr , que nelles haja pena de morte natural ,
sem se suppôr uma legislação criminal deshumana e bar-
bara.

Texto.

Ou cortamento de membro.

Censura.

Not. I. Tambem se não deve suppôr semelhante
pena , porque não a deve nunca haver , e menos ainda
em semelhantes delictos.

Not. II. A conservar-se esta disposição , deveria então
acrescentar-se segundo os principios do compilador a
clausula = ou outra pena de effusão de sangue , = pois
que

que no §. 8. se poz a regra geral da immuidade nos crimes , em que houvesse effusão de sangue.

Texto.

Em pena menor, mas immediata.

Censura.

Not. I. Isto é difficil de practicar , a não se dar no Código uma taboa da progressão das penas.

Not. II. Póde ser dura e exorbitante a pena immediata, pois póde haver crimes commettidos por fatalidade, e por acaso, que não mereção a pena immediata: o homicidio, que, sendo voluntario, é castigado com pena de morte, sendo commettido por acaso, por uma causa imprevista, por desastre, não deve ser castigado com pena de morte civil. O Grã-Duque no seu Código Criminal da Toscana mandava, que nos homicidios commettidos em uma rixa nova, e em todos os outros, occasionados por uma causa imprevista, podesse o juiz diminuir a pena indicada, moderando-a e proporcionando-a ao excesso commettido (no §. 68. p. 61.); mas não se lembrou de ordenar, que esta pena fosse a immediata.

Texto.

Segundo a gravidade e circumstancias da culpa.

Censura.

Not. Antes havia-se determinado, que absolvido o réo da pena de morte, ou cortamento de membro, que deveria padecer, se a immuidade lhe não valesse, fosse condemnado em pena menor, mas immediata; agora se acrescenta, que será segundo a gravidade e circumstancias da culpa. Esta clausula porém não combina, nem se concilia com a regra ou escala geral, que se propoz, da proximidade da pena.

Art. 12.

Texto.

E porque se não pôde saber logo, se o réo goza, ou não, de immuniidade, por ser preciso averiguar primeiro o seu animo e deliberação, mandamos, que em todo o caso possa ser extrahido da igreja pelos nossos ministros, na fórma, que abaixo se declara, sem a necessidade de dar parte ao bispo, ou ao seu vigario.

Censura.

Not. Thomasini *Vet. et nov. eccl. disc.* p. 4. lib. 2. c. 88. n. 8. adverte, que tanto que Francisco I. determinou o mesmo em França, todos os asylos se forão pondo em desuso, que não era possível, que ficasse salva a immuniidade da Igreja. O mesmo adverte Gohard. *Tract. dos benef.* tom. IV. *in fine.* Se se quer conservar ainda, e sériamente, o privilegio do asylo, não é accommodado para isso este artigo de legislação.

Texto.

Sem necessidade.

Censura.

Not. Isto é uma alteração e novidade: 1.º o asylo foi um privilegio concedido ás igrejas, e não ha cousa mais natural, do que dar-se parte ao cabeça della, quando se tracta da extracção do réo, e do caso de immuniidade. O compilador diz ao diante no §. 20., que nesta parte entra tambem o privilegio e direito da Igreja; e que para este effeito poderá assistir ao réo, em nome da mesma Igreja, não só o promotor da justiça ecclesiastica, mas qualquer clérigo de ordens sacras, ou beneficiado: logo, se se tracta de um privilegio e direito da Igreja; se em nome della se pôde assistir ao réo; porque se não dará

parte ao bispo, ou ao seu vigário; não digo para lhe pedir licença, mas para lh'o fazer saber?

2.º De mais, este privilegio foi concedido ás igrejas por intercessão dos bispos; os bispos, segundo os canones, devião interceder pelos réos (Van-Espen. *de as. c. 1. §§. 1., 2., 3. e 4.*); e o mesmo era fugirem os réos para as igrejas, que implorarem a intervenção dos bispos (Van-Espen *ibid. §. 4.*): donde convinha, que se lhes desse parte, para exercitarem o officio de intercessores.

3.º O §. 18. deste Titulo diz, que não tolhe, que se ore ao Principe, e a seus juizes pelo réo, e se procure ajuda, e defenda em justiça e caridade a sua causa. Ora o bispo era, e é ainda hoje pelos canones, o primeiro intercessor: e que cousa mais natural, do que fazer-lhe saber do réo, para que as preces do primeiro sacerdote da Igreja se possam appresentar por elle ao Soberano, ou aos seus supremos magistrados?

4.º No §. 14. se manda, que o ministro faça effectivamente prender o réo na presença do parochó, ou de outro ecclesiastico, que mais prompto estiver; e no §. 15., que elle é chamado como testemunha autorizada, e para provar e promover o respeito e reverencia da Igreja: no §. 16. se manda aos ministros, que cuidem em evitar o mais pequeno tumulto, durante os officios divinos, e guardem o respeito devido á Igreja, e que o parochó, achando que se não guarda, dê conta ao Principe, e ao bispo: no §. 18., que os parochos e mais ecclesiasticos fação tambem da sua parte diligencia para se evitar o menor tumulto; e que se presumirá que concorrem para elle, se o não pretenderem embaraçar, levantando sua voz. Havendo pois de ser contemplada nestes actos a reverencia e respeito devido á santidade dos templos, e dos augustos officios da religião, parece coherente determinar, que se participe ao bispo a extracção dos réos, para que o primeiro sacerdote daquella igreja seja sabedor destes actos, e faça promover e guardar o decoro devido á casa do Senhor. E com effecto, se se contempla o parochó, e em sua ausencia outro sacerdote, ou beneficiado, porque se não ha de contemplar o bispo, e dar-lhe parte judicial, sendo elle o que é

primeiro encarregado, por seu officio, de conservar a santidade das igrejas, e de evitar toda a profanação e desacato? Estas razões considerarão os Principes, que quizerão, que os bispos tivessem parte na extracção dos reos.

AO §. 13.

Texto.

E para prover em todo o caso, que a diligencia se faça com a maior severidade, que for possível, os officiaes de justiça, assim que algum réo fugir para a igreja (deixando-o entretanto bem guardado), o notifiquem logo ao seu proprio ministro, e não o achando, a qualquer julgador nosso; e este na presença do parcho, ou de outro ecclesiastico, que mais prompto estiver, o fará effectivamente prender, o que não poderão fazer os officiaes sem a sua assistencia.

Censura.

Not. E para prover, etc. Já outras vezes tenho notado, que não é necessário, e nem conveniente, expor em um Codigo as razões, ou motivos da lei.

Texto.

Na presença do parcho, ou de outro ecclesiastico, que mais prompto estiver.

Censura.

Not. Parece que este *outro ecclesiastico* ha de ser segundo se vê do §. seguinte, clérigo de ordens maiores ou beneficiado: convinha pois, que isto logo aqui se declarasse e qualificasse, por se escusar alguma duvida.

AO §. 14.

Texto.

E quando não appareção logo o parochio, ou outro clerigo de ordens maiores, ou beneficiado, sempre se fará a diligencia, e se ajuntará á culpa fê do escrivão do modo e como se fez, e se assistio, ou não, o parochio.

Censura.

Not. Já notei, que esta circumstancia de ser o ecclesiastico clerigo de ordens maiores, ou beneficiado, devia ir em cima no §. antecedente.

Texto.

E se assistio, ou não, o parochio.

Censura.

Not. Convêm acrescentar = se assistio, ou não, o parochio, ou outro algum ecclesiastico de ordens maiores, ou beneficiado, — visto que se requer um delles na ausencia do parochio, e que não apparecendo nenhum logo, se deve fazer sempre a diligencia.

AO §. 15.

Texto.

O qual é chamado neste caso, não como juiz, nem para a decisão da questão da immuniidade, mas como testemunha auctorizada, e para procturar e promover o respeito e reverencia da igreja; e achando que se não guardou, e que houve excessso, nos dará conta, e ao seu bispo.

Censura.

Not. Este §. devia refundir-se com o §. 13., em que se disse, que a diligencia se faria na presença do parochio.

Texto.

Como testemunha auctorizada.

Censura.

Not. Esta clausula deve referir-se não só para o parochio, como aqui se refere, mas também para todo o outro ecclesiastico, clérigo de ordens maiores, ou beneficiado, que na ausencia do parochio allí se achar; porque este, em virtude do §. 13., é também testemunha auctorizada, e deve procurar e promover o respeito e reverencia devida á Igreja, como se diz nas Prov. §. *Que os officiaes.*

Texto.

Nos dará conta, e ao seu bispo.

Censura.

Not. A que fim se manda dar conta ao bispo, se no §. 12., como já notámos, se põe a regra geral, que os réos se não de extrahir da igreja, sem necessidade de o participar ao bispo, ou ao seu vigario? E qual é o effeito desta conta? Eis aqui o que fica em silencio.

AO §. 17.

Texto.

Toda a pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, que aconselhar, concorrer, ou der ajuda para fugir da igreja o que a ella se acolheo, e for guardado pelos ministros e officiaes de justiça, será julgado réo e com-

plice do mesmo delicto, e condemnado por esse feito na mesma pena, que soffreria o proprio réo, se não fugisse.

Censura.

Not. *Que aconsellar, concorrer, ou der ajuda para fugir da igreja o, que a ella se acolheo.* Aqui fica em silencio o caso do que encobre os que fogem da igreja, ou nella os occulta; o que não deixou de providenciar o Imperador José II. na Lei de 25 de Setembro de 1775.

Texto.

Será julgado réo e complice do mesmo delicto, e condemnado por esse feito na mesma pena, que soffreria o proprio réo, se não fugisse.

Censura.

Not. I. Este lugar é aqui improprio e fugitivo, por pertencer ao Codigo Criminal.

Not. II. Acho duro e exorbitante estender a mesma pena do delicto ao que unicamente aconselhou a fuga. O Imperador José II. na Lei de 25 de Setembro de 1775 ordenou que aquelles, que occultassem, ou dessem soccorro aos réos, fossem obrigados a resarcir o damno, que com isso occasionarão a terceiro, e lhes impoz uma mulcta pecuniaria proporcionada. O compilador talvez se lembrou da legislação do Liv. 5. das Ordenações Tit. 105. *dos que encobrem os que querem fazer mal*, aonde se impõe pena sómente aos que em suas casas encobrem os que dellas saem a matar, ou fazer mal a outrem, os quaes se ordena que hajão a pena, que merecerem os que fizerem o mal.

Talvez se teve tambem em vista a legislação do Liv. 5. Tit. 48., aonde no §. 1. se põe pena de morte ao que por força tirar o preso da cadêa, ou der a isso ajuda: mas a Ordenação falla de casos qualificados; ella só castiga a violencia do que tira por força o réo do poder do carcereiro, ou dá ajuda para isso, quebrando as portas, ou

ferrolhos da prisão, ou furando as paredes, ou telhados, ou quebrando os ferros das cadeas, em que estivesse preso, ou tomando-lh'o por força, em qualquer outra maneira, de seu poder. Além disto não corre a paridade de razão entre as igrejas e as cadeas: a cadea é um lugar de segurança publica: a igreja não.

AO §. 18.

Texto.

O parochó e mais ecclesiasticos continuarão os officios divinos, não obstante a entrada do réo, e dos officiaes, que o seguirem, na igreja, com o mesmo socego e quietação; e farão tambem da sua parte diligencia para se evitar o menor tumulto; e se concorrerem para elle, o que é de presumir se o não pretenderem embaraçar levantando a sua voz, que o povo está costumado a ouvir, incorrerão nas penas acima ditas. Mas não lhes tolhemos que orem a nós, e aos nossos juizes pelo réo, e que procurem ajudar e defender em justiça e caridade a sua causa.

Censura.

Not. I. Este §. devia seguir-se ao §. 16.; em que se tractou do respeito, que se devia guardar á igreja, o qual foi interrompido pela materia do §. 17.; que tracta da pena dos que aconselhão, concorrem e dão ajuda para fugir.

Not. II. *Com o mesmo socego e quietação.* = Socego = e = quietação = são aqui synonymos. Seria melhor para o bom sentido da oração, que esta clausula se pozesse antes da outra = não obstante, = dizendo-se = o parochó e mais ecclesiasticos continuarão os officios divinos com a mesma quietação, não obstante, = etc.

Texto.

E se concorrerem (o parochó e mais ecclesiasticos) para

elle, o que é de presumir se o não pretendem embaracar levantando a voz, que o povo está costumado a ouvir, incorrerão nas mesmas penas acima ditas.

Censura.

Not. Acho legislação durissima castigar a simples omissão; e, o que mais é, castiga-a ainda no caso de qualquer tumulto, ou seja grave ou leve, segundo se conclue da letra do texto.

AO §. 19.

Texto.

O criminoso no seu proprio juizo e foro, para gozar de immuniidade em quanto á diminuição da pena, deve allegar e provar, que se valeo da igreja, e que o delicto, de que é accusado, não foi commettido de proposito e insidiosamente, mas por desastre e calamidade.

Censura.

Not. Para gozar da immuniidade em quanto á diminuição da pena, deve allegar, etc. A immuniidade, segundo a doutrina do §. 10., consiste no unico effeito da diminuição da pena; donde bastava dizer aqui = *para gozar da immuniidade* = sem ser preciso accrescentar = *quanto á diminuição da pena.* =

Texto.

E que o delicto, de que é accusado, não foi commettido de proposito e insidiosamente.

Censura.

Not. I. Já adverti ao §. 7., que se deve usar da *disjunctiva* = *de proposito, ou insidiosamente.* =

Not. II. Se se julgou, que cumpria usar no §. 7. dos termos = *commettidos com dolo e malicia, de proposito e insidiosamente*, = devião-se aqui tambem repôr as mesmas clausulas = *com dolo e malicia.* =

Texto.

Mas por desastre e calamidade.

Censura.

Not. I. Tinha-se dito no §. 8. = *por fatalidade e por acaso, e em rixa nova.* = Porque se não usa pois aqui dos mesmos vocabulos? Na legislação cumpre guardar constantemente o uso dos termos legaes e especificos das cousas, para evitar a variedade e equivocação na intelligencia e sentido das leis.

Not. II. Se foi necessario no §. 8. especificar os delictos, que se commettem *por fatalidade e por acaso, e em rixa nova*, porque agora se reduz a legislação a menos clausulas e artigos? Ou elles aqui faltão, ou lá sobejão.

AO §. 20.

Texto.

E nesta parte, como entra tambem o privilegio e direito da Igreja, lhe poderá para este effeito assistir em nome da mesma Igreja, não só o promotor da justiça ecclesiastica, mas qualquer clérigo de ordens sacras, ou beneficiado.

Censura.

Not. I. *E nesta parte, como entra tambem o privilegio e direito da Igreja.* É desnecessario dar a razão da disposição deste §.

Not. II. Este artigo tinha logar no §. 18., aonde se disse, que podião orar ao Principe, e aos seus juizes pelo réo, e procurar ajudar e defender em justiça e caridade a sua causa.

AO §. 21.

Texto:

Os filhos-familias , mulheres casadas , criados e devedores publicos , ou particulares , que fugirem para as igrejas , por não serem punidos pelos seus naturaes superiores , ou para não serem presos e citados ; posto que não gozem de immuniidade alguma , com tudo , para evitar desordens , perturbações e irreverencia , mandamos , que não possam ser tirados por auctoridade propria das mesmas igrejas , mas pela justiça , que procederá da mesma sorte , e com as mesmas cautelas , que temos ordenado a respeito dos criminosos.

Censura.

Not. Este §. vai fóra da ordem , porque cumpria , que fosse junto , ou immediato aos §§. 8. e 9. , em que se tracta das pessoas , que gozão de immuniidade ; porque alli se devia logo dizer , quaes erão os que della não gozavão.

**FIM DAS NOTAS AO PLANO DO NOVO CODIGO
DO DIREITO PUBLICO DE PORTUGAL.**