

*JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS*

Juiz de Direito

## **A CODIFICAÇÃO PENAL PORTUGUESA NO SÉCULO**

### **XIX**

“Renuncie Vossa Majestade toda a vontade a qualquer novidade nos Costumes e nas Leys deste País postoque toda novidade nestas couzas abre reparos e juízos que são perigosos”

*Simão Gonçalves Preto dirigindo-se a Filipe I de Portugal, em 1587*

“Três palavras de correcção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho”

*Conferência de Kirchmann, Alemanha, 1847*

## **1 – Introdução**

Este trabalho (que foi, posteriormente, revisto e corrigido de uma forma mais exaustiva, tendo-se, não obstante, optado por manter a redacção originária do texto, que não obedece, pois, às regras do Acordo Ortográfico vigente à data da sua publicação) foi realizado no âmbito da disciplina de História do Direito, regida pelo Prof. Doutor Rui Marcos e que constituiu a cadeira de opção do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais (pré-Bolonha) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, concluído no (já algo longínquo) ano de 2001.

O tema escolhido foi a Codificação Penal Portuguesa no Séc. XIX. Um tema que pertencendo à História do Direito, é também de Direito Penal, estando, por isso, na confluência dos dois pólos de estudo deste Mestrado.

Neste texto, começamos por explicitar qual a perspectiva adoptada, de entre as três em que se divide classicamente a História do Direito. Apresentamos os vários sentidos que a palavra Código teve ao longo dos tempos e como foi entendida aquando da Codificação. Em seguida, analisamos os principais factores que estão na génese do movimento codificativo dos sécs. XVIII e XIX.

Passamos, então, para o tema específico do trabalho, debruçando-nos sobre o Código Penal Português de 1852, analisando especialmente a sua génese conturbada, as suas características e as principais críticas a que foi sujeito.

Em seguida, verificamos de que modo essas críticas se reflectem no Código Penal de 1886 e também se este representa ou não uma verdadeira evolução em relação ao nosso primeiro Código Penal.

Aproveitamos também a ocasião para agradecer ao Prof. Doutor Rui Marcos, pelo incentivo e sugestões para a elaboração deste texto, que muito deve também às esclarecedoras lições a que tivemos oportunidade de assistir. Agradecemos também aos nossos colegas de Mestrado, com quem partilhámos este ano de intenso e, esperamo-lo, proveitoso trabalho.

### *1.1 – A perspectiva escolhida*

A História do Direito, como se vê *prima facie*, abrange dois campos de conhecimento diferentes dentro das Ciências Sociais. É história, mas de um campo do saber delimitado: o Direito (tal como a História da Filosofia, da Economia, etc.). Como Jano, a História do Direito é bifronte, é uma ciência histórica e jurídica, vislumbrando ambos os lados.

Como tal, não se pode absolutizar qualquer um dos elementos que a compõem. A História do Direito não é apenas uma simples parte de uma história global, tem uma autonomia e método próprio, que resultam, desde logo, de o seu objecto de estudo ser o Direito. Não se pode analisar o Direito diluindo-o no seio de todas as transformações sociais ou políticas da sociedade, sem entender a sua especificidade e a sua própria dinâmica.

Mas, e ao invés, não se pode considerar a História do Direito como uma mera disciplina jurídica, despida de qualquer preocupação histórica. O Direito é um fenómeno social e só pode ser entendido de acordo com a sociedade em que se situa. As mudanças do Direito não são meros acontecimentos endógenos, antes são motivados por factores externos, sem os quais não fazem sentido.

São estes o Cila e Caríbdis da História do Direito: o acentuar excessivo da vertente histórica ou jurídica. Fazê-lo é não entender que esta disciplina é, pela sua natureza, mista e heterogénea, e que qualquer

tentativa de a aproximar mais do Direito ou da História, é redutora, pretendendo negar a sua autonomia.

Após este entendimento prévio, temos de saber qual a perspectiva a escolher para abordar este tema. Segundo Almeida Costa<sup>1</sup>, são três as áreas fundamentais da História do Direito quanto ao seu objecto ou conteúdo: a história das fontes, a história das instituições e a história do pensamento jurídico. Como o nosso tema é a codificação penal do século passado, i.e., a corporização máxima da fonte por excelência do nosso tempo: a lei, é natural que o objecto do nosso estudo seja de história das fontes.

Quanto ao que devemos entender por fontes do direito, tal expressão tem sido entendida, desde sempre, de diversos modos, controvérsia que ainda se hoje se repete. Debaixo dessa designação abrangente, encontram-se os mais diversos modos de a compreender: “o problema é um para o sociólogo do Direito ou para o jurista-sociólogo, outro para o historiador do Direito ou para o jurista-historiador...”<sup>2</sup>. Analisando o problema, Castanheira Neves encontra vários sentidos possíveis de fontes: fontes de conhecimento, fontes genéticas, fontes de validade e fontes de juridicidade. De referir que, para o mesmo autor, só o último sentido de fontes é que representa um problema autónomo, enquanto “modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constituiria como normatividade de direito”<sup>3</sup>.

No caso deste trabalho, é óbvio que o principal problema que queremos abordar é o das fontes de conhecimento, do próprio direito positivo, sem esquecer as fontes genéticas, aquilo que influi e leva à formação do direito posto.

---

<sup>1</sup> M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*<sup>3</sup>, Coimbra, Almedina, 1996 (cit. *História...*), p. 29-31.

<sup>2</sup> CASTANHEIRA NEVES, «Fontes do Direito» in *Polis* II, Lisboa, Verbo, p. 1514.

<sup>3</sup> CASTANHEIRA NEVES, *ob. cit.*, p. 1515.

## 2 – Da codificação em geral

Chama-se codificação ao movimento legislativo dos finais do Séc. XVIII e do Séc. XIX, que levou à elaboração racional e sistemática de diplomas que disciplinavam isoladamente um dos ramos do Direito<sup>4</sup>. A esses diplomas legislativos deu-se o nome de códigos, designação que embora já utilizada anteriormente, nomeava agora uma realidade nova, como veremos a seguir.

Foi também nesse período que se desenrolou outro fenómeno jurídico com afinidades com a codificação: a unificação do direito. Os novos códigos permitem que deixem de existir leis avulsas relativas ao mesmo ramo do direito, mas também unificam o direito aplicável nos diversos países. Embora as diferenças entre o direito nas várias zonas do mesmo país tivessem, inevitavelmente, diminuído com a centralização do poder e a afirmação do monarca, ainda havia disparidades sensíveis. Ora, os códigos são o direito comum dos países, visando ser aplicados, sem diferenças, em todas as suas zonas, como exige o princípio da igualdade em sentido formal. Por isso, a codificação é, em muitos casos, coincidente com a unificação do direito vigente num determinado país.

---

<sup>4</sup> Nem sempre, pois alguns dos Códigos setecentistas pretendiam regular todo o Direito. No mesmo sentido, NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, «Codificação» in *Dicionário de História de Portugal* (Direcção de Joel Serrão) II, reimp., Porto, Figueirinhas, 1981, p. 87.

## 2.1 – O que é um código (moderno)?

A palavra código tem a sua origem no termo latino *codex*, que, originariamente, referia-se a um conjunto de folhas unidas, por oposição ao *volumem*, formado por folhas enroladas<sup>5</sup>.

Mais tarde, o termo passou a designar uma compilação de diversas fontes jurídicas, como, por exemplo, o Código Gregoriano, o Código Teodosiano, o Código Revisto de Leogivildo e o Código Visigótico. Os dois primeiros são colectâneas de constituições imperiais romanas, ambos divididos em 15 livros<sup>6</sup>. Os dois últimos eram uma compilação de legislação avulsa dos reis visigóticos, sem qualquer preocupação sistemática e de coerência entre os seus componentes, limitando-se a recolher as leis anteriores<sup>7</sup>.

Quando, nos séculos XVIII e XIX, se recupera a palavra Código, o seu conceito já não é o mesmo. Os códigos modernos são, como dissemos, regulamentações sistemáticas, o mais completas possíveis, destinadas a disciplinar de uma só vez um ramo do direito<sup>8</sup>. Não são meras recolhas de leis anteriores, mas a elaboração, *ex novo*, de um conjunto de normas relativas aos vários campos em que o Direito se dividia. Pretende-se um direito inovador, que rasgue com as concepções do passado, que realize uma “verdadeira transformação jurídica, com o escopo de modernização, progresso e felicidade dos povos”<sup>9</sup>. Claro que muitas das regras dos novos códigos vêm já do direito anterior, mas estão agora inseridas num *corpus*

---

5 MÁRIO BIGOTE CHORÃO, «Código» in *Polis* I, Lisboa, Verbo p. 919.

6 V. BRAGA DA CRUZ, *História do Direito*, Coimbra, 1960, p. 118-119.

7 Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 130-132. Sobre as normas penais do *Codex Legum Visigothorum*, v. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal. - Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra, 1996, p. 95-96

8 M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 418-419.

9 M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 420-421.

construído com preocupações de coerência e sistematizado quanto à arrumação das matérias e à sua interrelação. Além disso, o direito anterior é perpassado pelo filtro da razão, pelo que a sua manutenção justifica-se não tanto pela tradição, mas por se fundar racionalmente. Há, assim, uma preocupação de repensar o direito, de não aceitar, acriticamente, o direito anterior e os argumentos de autoridade.

Quanto aos diversos Códigos Penais que então surgiram, a expressão máxima dessa exigência de racionalização é a existências nestes de Partes Gerais. Estas regulam certos aspectos comuns à regulamentação específica que se lhes segue, para evitar que a respeito de cada uma das normas se repitam as mesmas questões. Nos Códigos Penais, a Parte Geral contém normas que interessam a todos os crimes a seguir descritos (aplicação da lei penal no tempo e no espaço, definição de dolo e negligência, causas de justificação, etc.) e princípios essenciais de todo o Direito Penal (v.g., desde logo, o Princípio da Legalidade). A Parte Especial, por seu lado, é constituída pelos diversos tipos legais de crime, contendo, essencialmente, o tipo-de-ilícito e a punição prescrita.

Costumam, pois, atribuir-se à Parte Geral as características de generalidade, de fundamentalidade e de economia de meios, a que Faria Costa acrescenta a classificação de heterogeneidade<sup>10</sup>. Quanto à Parte Especial, é mormente caracterizada como heterogénea e meramente descritiva<sup>11</sup>, embora, para o mesmo autor, se caracterize por uma racionalidade própria. O que se exprime pela relação de proporcionalidade da pena em relação à gravidade do crime, e “pelo juízo de perequação quanto aos mínimos e aos máximos das diferentes molduras penais

---

<sup>10</sup> Dado coexistirem nelas institutos de natureza mista - substantiva e processual - como a prescrição e a queixa, criticando também o facto de se lhe atribuir uma ausência de política criminal., v. FARIA COSTA, *Direito Penal Especial*, Coimbra, 1997-1998 p. 14-20.

<sup>11</sup> FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 4-5 e p. 21-23.

abstractas”<sup>12</sup>. O que nos mostra que a própria Parte Especial é também uma construção racional, em que os diversos tipos legais se encontram interligados por uma ideia de proporcionalidade em si ou em relação com os restantes.

Após sabermos qual o significado da palavra Código no período a que nos reportamos, passamos a analisar o movimento codificativo que então existiu.

## *2.2 – A codificação como tendência geral do Direito Penal*

Em meados do Séc. XVIII, começam, em vários países da Europa, a surgir as primeiras codificações penais propriamente ditas. Tal é o caso, por exemplo, do *Codex Iuris Bavarici Criminalis* (1751) e da *Constitutio Criminalis Josephina* (1787)<sup>13</sup>. Tais obras correspondem à tentativa do Despotismo Esclarecido ou Iluminado reformar o ‘velho’ direito penal e pô-lo mais de acordo com a Época das Luzes<sup>14</sup>. Contudo, são ainda, grandemente, a expressão do direito anterior, de um “direito grosseiro; casuístico e arbitrário (..); dominado por uma ideia de intimidação brutal, com penas extraordinariamente cruéis (...) - penas aliás transmissíveis e que variavam consoante a categoria do ofensor e do indivíduo”<sup>15</sup>. Assim, estas codificações são, essencialmente, uma corporização mais perfeita e mais

---

<sup>12</sup> FARIA COSTA, *ob. cit.*, p. 5.

<sup>13</sup> M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 420, nota 1 e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal I* (com a colaboração de Figueiredo Dias), reimp., Coimbra, Almedina, 1993 (cit. *Direito...*), p. 83, nota 2. - A 2ª obra é resultado da relevante reforma legislativa que José II da Áustria empreendeu em vários domínios legislativos, inspirado pelas ideias iluministas do seu tempo, procurando ‘amenizar’ o direito penal então vigente.

<sup>14</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 85., no mesmo sentido, A. CASTANHEIRA NEVES, «Escola da Exegese», in *Polis II*, Lisboa, Verbo, p. 1034.

<sup>15</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 83, aliás, a caracterização do autor é perfeitamente transponível para o direito português então em vigor: as Ordenações Filipinas (v. infra).



suave do direito penal anterior, embora influenciadas pelas ideias iluministas e humanitaristas então em voga (como aconteceu com o Novo Código de Melo Freire, v. *infra*). As principais alterações centram-se ao nível das penas, abolindo-se as penas cruéis e desumanas e limitando os casos de pena de morte. Paradigmaticamente, o Código de José II de Áustria abole a pena de morte, mas tal medida apenas vigorou durante oito anos. Era preciso esperar mais algum tempo para, verdadeiramente, se substituir o direito que vinha, em grande medida, ainda da Idade Média

No início do Século XIX, surgem os que podemos apelidar de primeiros códigos modernos, de entre os quais cabe destacar o Código Penal Napoleónico (1810) e o Código Penal Bávaro (1813), que, segundo Almeida Costa, marcam a primeira geração das codificações oitocentistas<sup>16</sup>. O Código Penal Napoleónico, tal como o seu homónimo Código Civil, influenciou grandemente as gerações de Códigos Penais que se lhe seguiram. O Código Penal Bávaro foi, principalmente, resultado da obra de Feuerbach, “o pai da moderna ciência criminal”<sup>17</sup>, constituindo a grande expressão sistemática da escola utilitarista<sup>18</sup>.

Como vemos, a nível penal, como também nos outros ramos do Direito, a codificação é um movimento geral, que varre quase todos os países, uns mais cedo, outros mais tarde. Mas, o que está na génese da codificação, quais os factores que levaram à elaboração destes Códigos? É a esta pergunta que iremos tentar responder em seguida.

---

<sup>16</sup> M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 420, para este autor, a segunda geração das codificações oitocentistas começa com o Código Penal Prussiano de 1851.

<sup>17</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 88 e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 84-85.

<sup>18</sup> Sobre esta escola, v. *infra*.

### 2.3 – Factores na génese da codificação

Não se pode dizer que a codificação é resultado de uma única causa, mas sim da conjunção de vários factores históricos, sociais, políticos e económicos, que determinam as próprias características do movimento legislativo. As diferenças cronológicas entre os vários países em termos de elaboração dos novos códigos, explicam-se, assim, entre outras causas, principalmente pelos atrasos a nível de recepção das ideias mais recentes e pela maior ou menor resistência à evolução social e política.

Quanto aos factores que dão origem à codificação, destacamos três: o Iluminismo, as Revoluções Liberais e Industriais e, especificamente no campo do Direito, as várias escolas jurídicas então em voga.

#### 2.3.1 – O Iluminismo

O Iluminismo (em francês, *Philosophie des Lumières*, em alemão, *Aufklärung*) deriva o seu nome das “luzes da Razão”<sup>19</sup>, da “ideia dos seus cultores serem ‘iluminados’”<sup>20</sup> por estas luzes. A Época das Luzes (outro dos nomes dados ao Iluminismo) corresponde a uma corrente de pensamento do séc. XVIII, com influências a diversos níveis: filosóficos, sociais, políticos e jurídicos<sup>21</sup>. Na verdade, é formada por vários pensadores distintos<sup>22</sup>, não

---

<sup>19</sup> BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 412.

<sup>20</sup> M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 359.

<sup>21</sup> Sobre o que segue, v. A. CASTANHEIRA NEVES, *O pensamento moderno-iluminista como factor determinante do positivismo jurídico (A origem moderno-iluminista do legalismo)*, Coimbra, *passim*.

<sup>22</sup> No mesmo sentido, v. FARIA COSTA, Introdução a BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, trad. portuguesa de Faria Costa, p. 12, onde entende que “...`a leitura unilateral que não poucas vezes se quer fazer do racionalismo iluminista devemos contrapor uma visão plurilateral da racionalidade (...) Na verdade, não só se deve afirmar que houve vários iluminismos como se não pode esconder que a

sendo um movimento homogéneo de país em país ou mesmo de autor para autor, mas com os pontos comuns que passamos a referir brevemente.

No nível filosófico-cultural, o Iluminismo caracteriza-se, por um racionalismo hipertrofiado<sup>23</sup>, centrando-se no homem, crítico em relação a todo o conhecimento e procurando construir sistemas científicos com base em axiomas e leis naturais obtidas dedutivamente, através da experimentação.

Politicamente, é a época do Despotismo Iluminado ou Esclarecido, uma das formas do Absolutismo que caracteriza o *Ancien Régime*. O Rei governa de acordo com os filósofos, com os detentores da razão, porque é o mais esclarecido, o mais preparado para governar o Reino de acordo com os ditames da razão e procurando o bem público. Por isso, goza de um poder absoluto, pois como age guiado pelas ‘luzes’, tem ao seu dispor todos os meios para pôr em prática os planos racionais. Há também uma ideia de contrato social (em autores como Rousseau, Hobbes e Locke), pelo qual os súbditos conferem poder ao Soberano e obrigando-o a prosseguir o bem comum.

A nível social, estamos numa época de afirmação do individualismo, dos diversos interesses individuais, que leva, em grande medida, ao liberalismo do Séc. XIX. Atribuem-se ao homem certos direitos inalienáveis e defende-se a sua liberdade, o cortar das peias que o vinham constringendo.

Juridicamente, a legislação ganha um peso cada vez maior, como já vinha acontecendo desde há algum tempo, subalternizando as restantes

---

racionalidade saída do Iluminismo não tem necessariamente que coincidir com aquela que, de forma estereotipada, nos querem impor como a única possível, como a única racionalmente admissível.

<sup>23</sup> Traduzindo-se, a nível especificamente jurídico, na “consagração da razão humana como fonte e critérios únicos da verdade e da justiça”, cfr. TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal - Análise histórica. Sentido e limites*, Separata dos Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Mêrea e Guilherme Braga da Cruz, Coimbra, 1985, p. 48.

fontes jurídicas. O Direito é quase só estadual, construído pela razão que conduz o Legislador cada vez mais onipotente e que se sobrepõe aos outros poderes. Quanto às várias escolas do Direito existentes, estas são também influenciadas pelos os postulados do Iluminismo, como veremos em seguida.

O Iluminismo é, pois, muito importante no surgimento da Codificação. O seu racionalismo requer a elaboração de normas novas, de sistemas jurídicos coerentes. Por outro lado, abre caminho para as Revoluções Liberais, cujo direito é constituído pelos Códigos que então nascem. Finalmente, contribui para a elevação da legislação à fonte maior do Direito, fenómeno que se amplia com a codificação, que posterga, quase totalmente, os restantes modos de formação do Direito.

### *2.3.2 – As correntes do pensamento jurídico*

Quanto ao pensamento jurídico, o período de surgimento das codificações é marcada, em larga medida pelo jusracionalismo ou jusnaturalismo iluminista.

Independentemente de sabermos se os vários autores constituem uma escola coerente, ou se pelo contrário, existiram vários jusracionalismos, procuremos encontrar os seus aspectos comuns.

Para o jusracionalismo, o Direito encontra a sua justificação em algo exterior a ele, que o fundamenta: a razão. Existe um conjunto de princípios racionais, válidos intemporalmente, a partir dos quais se vai construir todo o direito. Por isso se fala também em direito natural, pois o direito positivo é aferido pelo direito racional, pelo “conjunto de normas dinamadas da

razão humana e exigidas pela própria razão humana (*recta ratio*)...”<sup>24</sup>. Anteriormente, a expressão direito natural era usada como significando o direito divino, que era o fundamento de todo o direito humano<sup>25</sup>. Agora, o direito desliga-se de uma base teocêntrica e passa a algo de inerente ao homem e à sua razão.

Com o Iluminismo, o direito passa a ser um *corpus* racional, assente em raízes pactícias e desenvolvido, a partir desse pressuposto, até formar um sistema completo e sem contradições. O único modo de atingir este direito natural é através do legislador, que levado pelas luzes da razão, vai tornar realidade o sistema jurídico. A legislação ganha, assim, a primazia sobre as outras fontes, pois é a única fonte verdadeiramente criadora do ‘novo’ direito.

Devido a estas características comuns, fala-se da Escola racionalista do direito natural<sup>26</sup>, cujo fundador é normalmente considerado Hugo Grócio, ainda no séc. XVII. Entre outros autores que se costumam integrar nesta escola incluem-se Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius e Wolff. Estes autores, embora encontrem princípios de direito natural não coincidentes entre si (pois partem de pressupostos diferentes do que funda a sociedade), confluem na conclusão que o direito é uma exigência e produto da razão.

Aquando da elaboração dos códigos vão-se pôr em prática os postulados jusracionalistas. O legislador quer elaborar sistemas racionais, baseados nos princípios de direito natural, que se expandem logicamente até formarem uma normação completa e sem contradições. Por isso, pode-

---

<sup>24</sup> BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 409.

<sup>25</sup> Como entendia a Segunda Escolástica: “E, a partir da existência de tal ordem jurídica superior, os teólogos-juristas aferem o direito positivo”, cfr. M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 343.

<sup>26</sup> Cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. e loc. cit.*, e M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 353. Outras correntes existentes na época, como a Jurisprudência Elegante e o *Usus Modernus Pandectarum*, foram influenciadas pelo jusracionalismo, v. ambos os autores citados nesta nota.

se dizer que “a codificação foi, na verdade, o resultado jurídico-positivo do jusnaturalismo moderno-iluminista”<sup>27</sup>.

Mas, após a elaboração das codificações, o pensamento jurídico cai numa época de positivismo, que grassou por toda a Europa no séc. XIX. O caso francês é paradigmático, pois embora o *Code Civil* tivesse sido elaborado por distintos jusnaturalistas, acabou por ser a base do positivismo da Escola da Exegese. É que o Código Civil Napoleónico veio a ser considerado como a corporização mais perfeita do Direito Natural, era o direito racional feito lei. Como tal, os juristas posteriores esqueceram a fundamentação anterior do Código e aceitaram-no como a fonte única, intocável e completa do Direito, que era entendido “como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos - no *Code Civil* antes de mais...”<sup>28</sup>. Esta escola deriva o seu nome do seu método interpretativo, agarrado ao texto da lei, conduzido logicamente e procurando extinguir qualquer subjectividade por parte do intérprete.

Como já referimos, a codificação não é um fenómeno uniforme, ocorrendo em épocas diferentes nos diversos países, conforme a conjunção dos diversos factores que a originaram. Além disso, uma importante escola, a Escola Histórica do Direito – cujo *caput scolae*, Friedrich von Savigny<sup>29</sup>, é um dos juristas mais marcantes de todos os tempos – opôs-se-lhe, tendo conseguido retardar a codificação civil alemã até ao dealbar do séc. XIX. Savigny, a partir do seu escrito ‘Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do Direito’ (1814), considera “como fonte originária do Direito, não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo”<sup>30</sup> (em

---

<sup>27</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, «Escola Histórica do Direito», in *Polis*, II, Lisboa, Verbo, p. 1047.

<sup>28</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, «Escola da Exegese», in *Polis*, II, Lisboa, Verbo, p. 1032.

<sup>29</sup> Ficou famosa a sua disputa com Thibaut, um juracionista que apoiava a codificação civil alemã.

<sup>30</sup> KONRAD LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 4.

alemão, *Volksgeist*). Essa convicção refere-se a acções que são observadas por todos, dada a consciência da sua necessidade, formando os chamados institutos, “origem e fundamento de toda a evolução do Direito”, dado que “são as regras que, por abstracção, se extraem ‘artificialmente’ da ‘instituição global’ dos mesmos institutos...”<sup>31</sup>. O Direito tem, pois, uma natureza histórica, resultando da evolução dos povos e da sua consciência colectiva, alterando-se continuamente com o devir histórico (opondo-se pois à existência de um direito natural, que necessariamente seria imutável). Por isso, esta escola opõe-se a uma codificação, pois a principal fonte do direito é o costume, as condutas observadas pela convicção da sua obrigatoriedade, não a lei. Além disso, um código, pela sua natureza, seria necessariamente estático e imobilista, não se adaptando pois às mutações históricas que ocorressem. A influência desta escola foi muito grande, especialmente na Alemanha, levando, como referimos, a que o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) só entrasse em vigor em 1900.

Abordámos, pois, as mais importantes escolas jurídicas gerais que contribuíram (ou, no caso da Escola Histórica, se opuseram) para a codificação<sup>32</sup>. Quanto às correntes de pensamento penais existentes nesta época (mormente o Humanitarismo, v. infra), abordá-las-emos no capítulo seguinte.

---

<sup>31</sup> KONRAD LARENZ, *ob. cit.*, p.5.

<sup>32</sup> O positivismo é, principalmente, um fenómeno posterior às diversas codificações e dentro do qual se pode enquadrar a referida Escola da Exegese; quanto à Pandectística e à Jurisprudência dos Conceitos, embora sejam anteriores à codificação civil alemã, não são especialmente importantes para o estudo que fazemos da codificação penal.

### 2.3.3 – As Revoluções Liberais e Industriais

Finalmente, como últimos factores na origem da codificação, temos o factor político e o económico: o liberalismo e as revoluções industriais.

Ao longo deste período, os vários países foram passando por uma fase de acentuado desenvolvimento económico, surgindo muitas indústrias mecanizadas e estabelecendo-se uma verdadeira rede de trocas internacionais, a que se convencionou chamar Revolução Industrial<sup>33</sup> e que corresponde à implantação do sistema capitalista. Na realidade, não existiu o que se pode chamar uma única Revolução Industrial, mas várias, separadas no tempo e com características diferentes nos diversos países.

Como resultado deste fenómeno económico, a riqueza concentra-se ainda mais nas mãos da burguesia, que passa a dominar grande parte da economia. Nas palavras de um observador insuspeito, Karl Marx: “A burguesia desempenhou um papel extremamente revolucionário no palco da história ... foi a primeira a mostrar que a atividade humana é capaz de realizar. Conseguiu maravilhas bem superiores às pirâmides egípcias, aquedutos romanos e catedrais góticas”<sup>34</sup>. Mas, a este poder económico não corresponde um igual poder político, ainda nas mãos das restantes classes, e, principalmente no tempo do despotismo esclarecido, do monarca. Será este desfasamento entre o controlo da economia e do Estado que vai levar, entre outras causas, à ocorrência das Revoluções Liberais, a ruptura da Burguesia com as peias que o *Ancien Régime* impunha à classe mais dinâmica e empreendedora. Nas palavras de Valentin Vasquez de Prada, “...a burguesia, classe madura, poderosa e consciente da sua força, já não busca

---

<sup>33</sup> Segundo VALENTIN VASQUEZ DE PRADA, a expressão foi pela primeira vez utilizada por Friedrich Engels, no seu estudo *Die Lagen der Arbeitenden Klasse im England* (A situação das classes Trabalhadoras na Inglaterra), de 1845, cfr. *História Económica Mundial*, II, Porto, Civilização, 1990, p. 20, nota 1.

<sup>34</sup> In *Manifesto do Partido Comunista*, apud A. J. AVELÁS NUNES, *Economia Política*, Coimbra, Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 1993, p. 307.



subir até ao nível da nobreza e misturar-se com ela, antes se afirma como classe superiormente dotada e reclama uma mudança de estruturas em que possa plasmar o vigor e a eficácia das suas crenças e postulados de acção”<sup>35</sup>. Ora, como veremos, os códigos oitocentistas são, em grande medida, uma dessas novas estruturas implantadas pela burguesia triunfante tanto economicamente, como agora politicamente.

Por outro lado, com as Revoluções Industriais, a própria sociedade torna-se mais complexa e evolui rapidamente, o que dá origem à necessidade de novas regras e torna obsoleto grande parte do Direito anterior. Pensemos, por exemplo, no desenvolvimento do comércio internacional e nas novas formas de sociedades reclamadas pela economia, necessitando o Direito de estabelecer os seus regimes. As limitações corporativas, vindas da Idade Média, são cada vez mais desajustadas do clima de mercados livres, em que a ‘mão invisível’ da procura e da oferta regulam o próprio mercado. Os regimes jurídicos dos códigos respondem a estas questões, dando resposta às necessidades dos novos tempos e afastando as regras anteriores incompatíveis com as aspirações da burguesia.

Quanto ao factor político, neste período uma vaga de revoluções liberais percorre, mais cedo ou mais tarde, os diferentes países, implantando o chamado liberalismo. Este termo, segundo Gomes Canotilho<sup>36</sup>, abrange tanto o liberalismo político e o liberalismo económico. O primeiro corresponde “às doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes”, enquanto o segundo centra-se sobre “uma economia de mercado livre (capitalista)”<sup>37</sup>. De facto, a burguesia reclama mais liberdade e o estabelecer de direitos individuais, abolindo as constrações que vinham da época

---

<sup>35</sup> VALENTIN VASQUEZ DE PRADA, *ob. cit.*, p. 23.

<sup>36</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*<sup>2</sup>, Coimbra, Almedina, 1998, p. 103.

<sup>37</sup> GOMES CANOTILHO, *ob. e loc. cit.*

medieval e limitando o Estado pela teia dos direitos subjectivos. Por outro lado, a economia capitalista reclama uma maior certeza jurídica, o que é conseguido vinculando “às leis gerais as funções estaduais”, protegendo, assim, “o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado”<sup>38</sup>. Para tal, o seu primeiro passo, logo que no poder foi promulgar Constituições, onde se consagra o princípio da separação dos poderes, a prevalência do poder legislativo (controlado, claro, pela burguesia) e os direitos e liberdades que mais os favorecessem (de entre os quais se destaca a liberdade de iniciativa económica e o ‘sagrado’ direito à propriedade privada). Após esta primeira etapa, o liberalismo alarga os seus planos ao restante Direito, concebendo, racionalmente e de acordo com os interesses das classes mais influentes, os códigos, completos e actuais, para os vários ramos do Direito.

Por isso, a codificação é filha do liberalismo, sendo, em grande parte, a vertente jurídica deste e um modo de impor a nova ordem burguesa.

### **3 – A codificação penal em Portugal**

Após o quadro geral da codificação, iremos debruçar-nos sobre o caso específico da codificação penal portuguesa. Para tal, e como o Direito nunca surge do vazio, do vácuo, mas tem antecedentes e um contexto próprio, teremos de analisar o direito que antecedeu o primeiro Código Penal português: as Ordenações Filipinas.

---

<sup>38</sup> GOMES CANOTILHO, *ob. e loc. cit.*

### 3.1 – O direito penal anterior

Desde o início da sua vigência, em 11 de Janeiro de 1603, no reinado de Filipe II de Portugal, o Livro V<sup>39</sup> das Ordenações Filipinas constituiu, até ao primeiro Código Penal, a fonte essencial de todo o Direito Penal<sup>40</sup>. Ao longo do tempo, foram surgindo inúmeras legislações avulsas que foram alterando ou completando o disposto nas Ordenações, mas estas mantiveram-se a base do Direito Penal vigente. Grande parte do conteúdo das Ordenações Filipinas vem, ainda, das duas Ordenações anteriores: as Afonsinas e as Manuelinas, sendo certo que a sua actualização foi feita de modo muito tímido<sup>41</sup>.

As três Ordenações portuguesas incluem-se no movimento de publicização do *jus puniendi*, que se vinha sentindo em toda a Europa desde o século XII e XIII<sup>42</sup>. A vingança privada vem sendo, paulatinamente, substituída pelo actuar do poder de punir do monarca, a quem competia também o exercício da clemência real. Por isso, no quinto livro, são definidos os vários crimes existentes, as penas correspondentes (embora em muitos casos não se refira a pena aplicável) e o processo criminal. Reunindo

---

<sup>39</sup> O *liber terribilis*, como lhe chamam FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 96. A sistematização das Ordenações Filipinas, como das duas Ordenações anteriores, é inspirada pela das Decretais de Gregório IX, em que o livro V também tratava das mesmas matérias, sobre o assunto, v. M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 277 e 247-8, e também BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 363.

<sup>40</sup> E, ao mesmo tempo, de todo o processo penal, o que, aliás, era uma das críticas que se lhe apontava. Por isso, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE consideram que se pode considerar, apesar de todas as suas imperfeições, “o primeiro Código Penal e de Processo Penal português” (referindo-se, claro, à versão original das Ordenações Afonsinas), *ob. e loc. cit.*.

<sup>41</sup> Especialmente, das Ordenações Manuelinas para as Filipinas, em que se mantêm muito do direito já desactualizado para a sua época e com vários problemas de determinação do direito aplicável, a que se deu o nome de ‘filipismos’.

<sup>42</sup> V. TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 34: “... o processo de centralização política, que se virá a consolidar na Idade Moderna, determinou, naturalmente uma progressiva *publicização do jus puniendi*.”, itálico do autor, e BRAGA DA CRUZ, *O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte (Resenha Histórica)*, separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1967, p. 13.

diversas fontes anteriores (como leis de diversos monarcas, resoluções régias...), as Ordenações não se afastam das diversas compilações existentes na época, embora, em relação às Ordenações Afonsinas, se deva entender que constituem “uma obra muito meritória quando vista na sua época”<sup>43</sup>.

As suas regras não divergem muito do comum das normas da época anterior ao Iluminismo<sup>44</sup>. Caracterizam-se<sup>45</sup>, pois, pela barbárie e desproporção das penas<sup>46</sup>, pela existência de penas não fixadas e pela discriminação dos criminosos de acordo com as suas classes.

Formalmente, não existia uma Parte Geral, que unificasse todos os crimes e a Parte Especial era desconexa, incoerente e construída casuisticamente. Sistemáticamente, não havia uma arrumação dos crimes de acordo com as várias classes em que se podem dividir.

Costuma referir-se que, em geral e um pouco empiricamente, os crimes considerados mais importantes por qualquer sociedade (causando por isso maior alarde social) são, em regra, os colocados em primeiro lugar na Parte Especial de qualquer Código ou Compilação Penal<sup>47</sup>. Nas Ordenações Filipinas, tal verifica-se, o primeiro crime referido é o de heresia e de apostasia (Liv. V, tít. I), seguindo-se os de blasfémia ou dos arrenegam a Deus (Liv. V, tít. II), continuando com uma série de crimes contra Deus e

---

<sup>43</sup> M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 279.

<sup>44</sup> FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 96: “.Bem podendo dizer-se que todas as características que se em geral se apontam como traduzindo o espírito do direito penal europeu até ao Iluminismo se encontravam presentes no direito penal coevo...”. Ao invés, TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 26, entende que a principal distinção é entre o direito penal da Alta (sécs. VIII a XII) e da Baixa Idade Média (sécs. XII a XV), mais do que entre esta última e a Idade Moderna (sécs. XV a XVIII) - as delimitações das épocas são as usadas pelo autor.

<sup>45</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 103- 104 e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. e loc. cit.*

<sup>46</sup> Com grande uso da pena de morte, executada com as variantes mais tétricas. Sobre todos os crimes punidos com pena de morte nas Ordenações e descrevendo minuciosamente a sua aplicação, v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 13-24.

<sup>47</sup> V. g. o caso do actual Código Penal, em que os crimes contra a vida são os primeiros da Parte Especial, o que se entende dado que Portugal é um Estado de Direito que assenta na dignidade e respeito pela vida humana.

a Igreja. O que se entende na sociedade ainda não secularizada do séc. XVII e em que a Igreja assumia ainda um papel preponderante (embora cada vez mais erodido pela ascensão dos poderes do monarca). De seguida, vêm os crimes contra o Monarca, de entre os quais avulta o crime de Lesa Majestade (Liv. V, tít. VI), o acto mais grave que se podia cometer contra o Rei e seus familiares e punido de acordo com a sua importância<sup>48</sup>.

Como vemos, os primeiros crimes punidos pelas Ordenações são formados por acções contra dois dos esteios fundamentais da sociedade da época: a Igreja e o Soberano, confirmando-se a regra que referimos.

Claro que, no séc. XVIII e no reinado de D. José I, o monarca afirmasse como o poder absoluto da sociedade portuguesa, procurando retirar à Nobreza e ao Clero grande parte dos seus direitos e privilégios<sup>49</sup>. O *jus puniendi* foi um dos meios mais utilizados pelo Rei para este fim: “Coube, por este tempo que precedeu o impulso modernizador, ao direito penal um contributo decisivo para a recriação de uma forte vontade majestática. No exercício de um *jus puniendi*, a que não se colocavam limites, o monarca acabou por instrumentalizar politicamente a lei penal”<sup>50</sup>. Por isso, na época pombalina, sucedem-se diversas legislações avulsas<sup>51</sup>, organiza-se a polícia e influi-se no modo como decorrem alguns dos processos criminais.

---

<sup>48</sup> Com morte cruel e confiscação de bens, existindo ainda nos “crimes de lesa majestade de primeira cabeça um princípio de transmissibilidade da infâmia aos descendentes, chegando no Código Filipino, a estender-se aos netos do autor (Liv. V, tít. 6, § 13)”, cfr. RUI MARCOS, *A legislação pombalina - Alguns aspectos fundamentais*, Coimbra, 1990, p. 110, nota 182, onde também analisa a aplicação deste crime ao atentado contra D. José em 1758, o famoso caso dos Távoras, v. *ob. cit.*, p. 109- 120.

<sup>49</sup> O que permite entender a perseguição dos Jesuítas pelo Marquês de Pombal, ministro de D. José, e o aproveitamento do já referido atentado ao Rei para eliminar alguma da nobreza mais influente do país: os Távoras e seus parentes (que eram dos maiores proprietários no país, para além das Casas de Bragança e do Cadaval)

<sup>50</sup> RUI MARCOS, *ob. cit.*, p. 95.

<sup>51</sup> Para uma análise de alguma das leis mais importantes v. RUI MARCOS, *ob. cit.*, p. 101- 120.

Apesar disso, também se nota, em alguma da legislação, a influência da escola humanitarista<sup>52</sup>, que influenciaria, juntamente com outros movimentos penais, todo o processo codificativo português e que passamos a analisar.

### 3.2 – As principais correntes penais da época

Na época iluminista, quanto ao direito penal, os principais pensadores<sup>53</sup> pugnam por “um novo direito penal, uma nova política criminal que assente nos seguintes princípios: contratualismo, utilitarismo, legalismo e secularização”<sup>54</sup>.

Assim, entende-se que o *jus puniendi* assenta no contrato social que funda a sociedade (contratualismo) e serve para a defender (utilitarismo), devendo os crimes e penas serem definidos previamente na lei (legalismo) e excluindo-se toda a intromissão da religião no direito penal (secularização)<sup>55</sup>.

O marco mais relevante do movimento iluminista de reforma do direito penal é a obra de Cesare de Bonesana, Marquês de Beccaria, ‘*Dei delitti e delle pene*’, de 1764. Este “livrinho”<sup>56</sup> teve uma difusão extraordinária<sup>57</sup> e marcou toda a evolução posterior do direito penal.

---

<sup>52</sup> Cfr. RUI MARCOS, *ob. cit.*, p. 139- 152.

<sup>53</sup> De entre os quais cumpre destacar Montesquieu, Voltaire, Bentham, Filangeri e Beccaria.

<sup>54</sup> TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>55</sup> TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 49-51.

<sup>56</sup> A expressão é de GIORGIO MARINUCCI, Prefácio a *Dos delitos e das penas* de Beccaria, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, trad. portuguesa de Faria Costa, p. 29.

<sup>57</sup> V. GIORGIO MARINUCCI, *ob. cit.*, p. 30: “Quando apareceram, em 1764, os *Delitti* tiveram ressonância em toda a Europa e além-mar, na nascente confederação estado-unidense (...) quando o seu autor saiu do anonimato das primeiras edições italianas, tornou-se famosíssimo e requerido por toda a parte”. Recorde-se que, por medo da Inquisição, o livro saiu sem indicação do autor, sendo Beccaria reconhecido como seu autor apenas após o seu

Beccaria, na esteira de Montesquieu, justifica a pena de acordo com a ideia de prevenção geral negativa<sup>58</sup> e, subsidiariamente, de prevenção especial de neutralização. O fim da pena é pois, *prima facie*, intimidar as pessoas, levando-as não cometer crimes, assim se preservando o contrato social e a própria sociedade e, ao mesmo tempo, servindo para assegurar a segurança dos cidadãos, afastando os criminosos: “O fim, portanto, não é outro senão o de impedir o réu de fazer novos danos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo”<sup>59</sup>. O que corresponde a uma reacção às concepções retributivas dos fins das penas, que marcam a Idade Média e que vêm já da Antiguidade Clássica (v.g. Protágoras e Platão), em que a pena serve como meio de o criminoso expiar a sua culpa, retribuindo o mal feito por este com o mal que lhe é aplicado<sup>60</sup>.

O *jus puniendi* resulta de uma renúncia de parte da liberdade dos cidadãos a favor do Estado, tendo em vista a manutenção da sociedade: “Eis, pois, sobre que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações dos particulares”<sup>61</sup>.

A pena é necessária porque serve os fins da sociedade (utilitarismo), sendo que, como diz Beccaria, “Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica”<sup>62</sup> e só deve ser aplicada quando o facto é uma infracção à lei social e, ao mesmo tempo, à

---

bom acolhimento (talvez o receio fosse justificado, pois a obra entrou no Índice da Igreja Católica dois anos após a sua 1ª edição, cfr. *ob. cit.*, p. 35).

<sup>58</sup> Os fins de prevenção geral são, pois, “subsidiariamente integrados por fins de prevenção especial, máxime de segurança”, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 98 e TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 52.

<sup>59</sup> BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. portuguesa de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 85

<sup>60</sup> Para FARIA COSTA, introdução a BECCARIA, *ob. cit.*, p. 13-14, “a ideia de retribuição está ela também, materialmente ligada ao Iluminismo...” apesar de “Beccaria afastar a tónica da retribuição”.

<sup>61</sup> BECCARIA, *ob. e loc. cit.*

<sup>62</sup> BECCARIA, *ob. cit.*, p. 64

lei moral<sup>63</sup>, de que a primeira nunca está dissociada (uma influência jusnaturalista). A pena deve, assim, ser determinada pelo mínimo necessário a levar as pessoas a não praticar aquele crime, afastando-se as penas cruéis e desproporcionadas<sup>64</sup>, como a de morte (excepto em dois casos<sup>65</sup>), as penas infamantes e muitas das constantes da legislação penal vigente. Por isso, se dá ao movimento juspenalista iniciado por Beccaria o nome de humanitarismo<sup>66</sup>.

Beccaria defende também, influenciado por Montesquieu, o princípio da legalidade dos crimes e das penas, como resulta do princípio da separação dos poderes.

Em síntese, e nas palavras felizes de Hippel, para Beccaria, a pena deveria ser “pública, de rápida actuação, necessária, tão suave quanto as circunstâncias o permitam, proporcionada ao crime e determinada pela lei”<sup>67</sup>. Ou, segundo Braga da Cruz, o seu pensamento assenta em três princípios. “*utilidade comum* como fundamento do direito de punir; *iniquidade* de todas as penas que ultrapassem essa utilidade; e *lei moral* como limite da incriminação”<sup>68</sup>.

Após a escrita do seu revolucionário livro, Beccaria envolveu-se no próprio movimento codificador ao colaborar na reforma do Direito Penal da Toscana, em 1786<sup>69</sup>. Mas, a sua influência na codificação não se resume a esta tarefa, pois muitas das suas ideias são adoptadas nos novos códigos. A

---

<sup>63</sup> Cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 34.

<sup>64</sup> Cfr. BECCARIA, *ob. cit.*, cap. XXVII - Suavidade das Penas e cap. XXVIII, Da Pena de Morte.

<sup>65</sup> Em casos de guerra ou anarquia ou quando for o único meio de dissuadir da prática de crimes, cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 39.

<sup>66</sup> Outras das preocupações humanitárias de Beccaria vê-se na sua proposta de abolição da tortura (v. BECCARIA, *ob. cit.*, cap. V, Da Tortura).

<sup>67</sup> *Apud* EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 85.

<sup>68</sup> BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 35.

<sup>69</sup> Encomendada por Leopoldo II e em que como resultado se aboliu a pena de morte, abolição essa que durou apenas 4 anos, v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 45.



difusão do novo direito penal é auxiliada por vários outros autores que divulgam e desenvolvem o pensamento de Beccaria.

É o caso de Gaetano Filangeri, especialmente no terceiro volume da sua *Science de la Legislation*, intitulado *Des lois criminelles*, publicado em 1783. Filangeri aproxima-se muito de Beccaria, reproduzindo vários dos títulos dos capítulos deste e com ideias praticamente iguais: “Il est vrai qu’ou croiait lire Beccaria à plusieurs endroits”<sup>70</sup>. De facto, Filangeri apenas se destaca em alguns pontos se destaca da sombra tutelar de Beccaria, como é o caso de propor a pena de multa em mais casos do que aceitava o seu mestre.

Outros autores que se podem incluir na mesma escola são Bentham e Feuerbach.

O filósofo inglês Jeremy Bentham, elaborou um projecto de Código Penal que foi oferecido a Portugal (v. infra) e influenciou grandemente o Código Penal napoleónico. Seguindo as ideias utilitaristas de Beccaria, Bentham propôs uma aritmética penal, em que ao prazer oferecido pela prática do crime se contrapusesse a pena necessária para o desencorajar.

Feuerbach foi o grande sistematizador da escola utilitarista, ao elaborar o já referido Código Penal Bávaro de 1813, sendo o responsável “pelo estímulo para a proliferação de códigos penais que, na primeira metade do séc. XIX, se verifica em todos os estados alemães”<sup>71</sup>. Este autor é também conhecido pela doutrina da coacção psicológica, segundo a qual o fim da pena é criar, ao nível da mente dos possíveis criminosos, um “*contra-motivo* suficientemente forte para em definitivo os afastar da prática do crime”<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> JEAN PRADEL, *Histoire des Doctrines Pénales*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 42.

<sup>71</sup> EDUARDO CORREIA, ob. cit., p. 88.

<sup>72</sup> FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, p. 84-85.

Outra escola bastante importante da época foi a escola clássica, correspondente à filosofia idealista alemã e marcada, principalmente, por Kant e Hegel<sup>73</sup>. Esta continuava a entender a retribuição como o fim principal das penas e a culpa como limite máximo da pena. Nas palavras de Hegel: “A concreta violação do Direito enquanto Direito é, sem dúvida, uma *realidade positiva* e exterior, mas *em si mesma* é negativa. A *manifestação* desta sua negatividade é a negação daquela violação, a qual entra, por sua vez, na existência real - é a realidade do Direito enquanto sua necessidade de se conciliar consigo mesmo mediante a supressão da sua violação”<sup>74</sup>. A dignidade do homem sairia ofendida com o facto de ser utilizado como meio de intimidar os outros, como defendia a escola utilitarista. Por isso, a única pena justa é “aquela pena que pelo sofrimento e reprovação moral (que a definem e em que se traduz) corresponde à gravidade do ilícito e da culpa do infractor”<sup>75</sup>.

Esta escola teve a sua maior influência na segunda metade do séc. XIX, marcando alguns códigos, mas, como veremos, inspirando a reacção da escola correcionalista.

### *3.3 – Um precursor: Pascoal José de Mello Freire*

As ideias de Beccaria e, em geral do iluminismo, encontram o seu reflexo em Portugal em Pascoal José de Mello Freire<sup>76</sup>, um dos vultos maiores do direito português<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> A nível criminal, por autores como Maistre, Coussin, Rossi e Carrara, v. EDUARDO CORREIA, ob. cit., p. 88.

<sup>74</sup> *Apud* TAIPA DE CARVALHO, ob. cit. p. 62, nota 110.

<sup>75</sup> TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 61.

<sup>76</sup> “Atribui-se-lhe a posição de precursor do nosso direito penal moderno, fazendo-se eco do pensamento iluminista e humanitário”, M. J. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 379 e

Mello Freire ensinou na Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra, sendo responsável pelos manuais utilizados nesta durante muitos anos: a *Historia Juris Civilis Lusitani*, as *Institutiones Iuris Civilis Lusitanis, cum Publici tum Privati* e as *Institutiones Iuris Criminalis*. As suas obras marcaram, pois, em grande medida o ensino jurídico em Coimbra, sendo que muitos dos professores que lhe sucederam e as suas respectivas obras são ainda a continuação de Mello Freire.

O seu nome ficou também ligado à primeira tentativa efectiva<sup>78</sup> de reforma do direito português vigente, no reinado de D. Maria I<sup>79</sup>, o chamado ‘Novo Código’. Em 1778, é nomeada uma Junta de Ministros para proceder a essa reforma, mas o facto é que pouco fez. Por isso, em 1783, Mello Freire é chamado para rever o livro II das Ordenações (direito público) e livro V (direito penal e respectivo direito processual).

Como resultado, em 1789, Mello Freire apresentou dois projectos: um do Código de Direito Público e outro do Código Criminal. No mesmo ano, os dois projectos foram mandado rever por uma comissão, da qual fazia parte outro lente (neste caso de Cânones) de Coimbra: António Ribeiro dos

---

*Apontamento sobre a autonomização do direito penal no ensino universitário português*, separata de Direito e Justiça (1981-1982), Lisboa, (cit. *Apontamento...*) p. 61-62. Outro autor muito importante para a difusão destas ideias é Luís António Verney um estrangeirado que viveu grande parte da sua vida na Itália, no seu livro *O Verdadeiro Método de Estudar*, escrito em formas de cartas de um tal Frei Barbadinho, que era, na verdade, Verney, e que deu origem a polémicas variadas em Portugal, especialmente com os Jesuítas.

<sup>77</sup> HANS-HEINRICH JESCHECK chega a compará-lo a, entre outros, Montesquieu, Voltaire e Beccaria, cfr. «Principes et solutions de la politique criminelle dans la réforme pénale allemande et portugaise» in *Estudos in memoriam do Prof. Doutor José Beza dos Santos*, vol. I, Coimbra, 1966, p. 436 e s. Mello Freire é também considerado por Paulo Mêrea o “fundador da história do Direito em Portugal”, com o seu livro *Historiae Iuris Civilis Lusitani Liber Singularis*, apud M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito...*, p. 48, embora já em 1703 tivesse sido publicado um livro atribuído a Gerardo Ernesto de Frankenau, cuja secção XII é *De Lusitanorum Legis*, com uma breve descrição da evolução histórica do direito português, cfr. *ob. e loc. cit.*, nota 1.

<sup>78</sup> Dizemos efectiva porque quando D. João IV, através da Lei de 29 de Janeiro de 1643, confirmou as Ordenações Filipinas, revelou também o seu desejo de as reformar, o que não veio a acontecer, cfr. M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 291.

<sup>79</sup> Em pormenor sobre o processo de elaboração do ‘Novo Código’, v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 50-52, nota 96.

Santos<sup>80</sup>. A sua ‘censura’ do Projecto de Direito Público levou a uma acesa polémica entre os dois, que ficou famosa: “formidável e esquecida sabatina travada entre dois dos nossos maiores engenhos do século XVIII”<sup>81</sup>.

Ribeiro dos Santos era adepto das ideias liberais, enquanto Mello Freire aderira ao absolutismo esclarecido, o que levou, necessariamente, ao seu desencontro de opiniões sobre o projecto de direito público do segundo. Nenhum dos projectos acabou por ser adoptado (o Código Criminal nem sequer chegou a ser discutido), só vindo a ser impressos no séc. XIX.

Nas suas lições de Direito Criminal, Mello Freire mostra-se um leitor atento das ideias iluministas e humanitaristas, aderindo a muitas das suas posições. Contudo, no seu projecto de Código Criminal, e apesar de citar Beccaria, Locke e Montesquieu na Introdução, Mello Freire afasta-se dos seus mentores e, por exemplo, aceita penas verdadeiramente cruéis e infamantes<sup>82</sup>. Embora o Código seja muito mais evoluído em relação ao direito anterior<sup>83</sup>, o seu autor não consegue, em muitos pontos, divergir das Ordenações tanto quanto requereriam as suas ideias humanitaristas, limitando-se a atenuar as penas. Nas palavras de Eduardo Correia: “Tudo isto, a que se pode juntar o uso de penas arbitrárias, mostra que Pascoal de Melo Freire se ressentiu de alguns defeitos das Ordenações, prejudicando muitos dos bons princípios coligidos nos seus compêndios, como dizia Sousa Pinto”<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> Que, tal como Mello Freire, foi bastante influenciado pelas ideias humanitaristas, embora a nível político divergissem bastante, sobre o assunto v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 59-64.

<sup>81</sup> João Maria Tello de Magalhães Collaço, *apud* M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 385, nota 4.

<sup>82</sup> BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 52-54 e EDUARDO CORREIA, *Estudos sobre a evolução das penas*, Separata do volume LIII do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1979 (cit. *Estudos...*), p. 69-71.

<sup>83</sup> Desde logo, porque “já continha uma parte especial e uma parte geral, é redigido primorosamente e possui uma sistemática razoável dos diversos crimes”, cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito...*, p. 105.

<sup>84</sup> EDUARDO CORREIA, *Estudos...*, p. 71.

Parece-nos que tal avaliação é um pouco injusta. Mello Freire insere-se numa época em que os Códigos publicados pouco se diferenciam do seu projecto, o qual representa um avanço decidido em relação ao Livro V das Ordenações. Quanto ao facto de se afastar do que defende dos seus manuais, tal pode ter várias explicações. Desde logo por defender o absolutismo, que sairia prejudicado com um código penal humanitarista, que não permitiria o exercício incondicionado do poder do rei. Além disso, a tarefa de legislador, em que se preparam normas para aplicação num contexto histórico definido, é muito diferente da de professor, em que se pode tudo defender, pois tal não tem consequências práticas. O seu projecto é pois um exercício de realismo, mostrando também a “consciência da falta dos meios materiais necessários para a melhoria do sistema de execução das reacções penais”<sup>85</sup>. Outra das razões apontadas é que Mello Freire, tendo estudado pelas Ordenações, não conseguiu, no seu labor legislativo, afastar-se verdadeiramente das suas regras<sup>86</sup>.

## 4 – O Código Penal de 1852

Portugal entra no séc. XIX com uma legislação penal claramente desajustada<sup>87</sup>, quer em relação aos outros países, quer em relação à própria evolução surgida em Portugal desde a elaboração das Ordenações. Com a vitória do Liberalismo, a situação torna-se ainda mais gritante, mas ainda foi

---

<sup>85</sup> M. J. ALMEIDA COSTA, *Apontamento...*, p.62.

<sup>86</sup> Neste sentido, BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>87</sup> Apesar de várias leis avulsas de D. Maria e de João VI atenuarem já a severidade de várias penas e o seu modo de aplicação, v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 64-68, devido às influências humanitaristas, as quais já se sentiam no reinado de D. José, v. supra.

preciso esperar muito para entrar em vigor o primeiro Código Penal português<sup>88</sup>. É desse longo caminho que passamos a tratar.

#### *4.1 – Dos projectos ao Código<sup>89</sup>*

Em 1821, as Cortes Constituintes, reunidas para elaborar o que veio a ser a Constituição de 1822, nomeiam uma Comissão, a funcionar em Coimbra, para preparar um projecto de Código Penal e de Processo Penal. O trabalho da Comissão resultou em perto de 230 artigos, nunca chegando a concluir a sua tarefa.

Um dos membros dessa Comissão, o Desembargador José Maria Pereira Forjaz de Sampaio, por não concordar com muitas das soluções adoptadas pelos seus colegas<sup>90</sup>, publica, em 1823, as ideias do seu Projecto<sup>91</sup>.

Mas, dadas as convulsões políticas ocorridas na época, nenhuma das reformas propostas chega a efectuar-se. O regime liberal limita-se, na Constituição, a adoptar dois artigos relativos ao direito penal, e que se vão repetir quase sem alterações nas duas Constituições posteriores<sup>92</sup>. O Art. 10º, seguindo os ensinamentos da escola utilitarista, prescrevia que

---

<sup>88</sup> O mesmo aconteceu em relação ao Direito Civil, em que, já em 1808, se reclamava a aplicação do *Code Civil* napoleónico, cfr. M. J. ALMEIDA COSTA, *História...*, p. 386, nota 2, vindo a surgir o primeiro Código Civil português apenas em 1867, i.e., 15 anos depois do Código Penal de 1852.

<sup>89</sup> Sobre esta matéria, desenvolvidamente, v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 73-87, que seguimos de perto.

<sup>90</sup> Retirando, por exemplo, a condenação à morte do elenco das penas, ao contrário do que pretendia a Comissão, sobre o assunto v. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p.75.

<sup>91</sup> Sob o título *Extracto de Projecto de Código de delictos e penas*.

<sup>92</sup> A Carta Constitucional de 1826 adicionou a estas regras, no Art. 145º, 20, a seguinte: “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme as circunstâncias e natureza do seu crime”, que dada a situação vivida então nas prisões, ainda pior do que a actual, tinha, como hoje, o sentido de uma norma programática, de utópica concretização. Aliás, esse artigo acaba por desaparecer na Constituição de 1838.

“nenhuma lei, e muitos menos a penal será estabelecida sem absoluta necessidade”, e o Art. 11º, que “Toda a pena deve ser proporcionada ao delito e nenhuma deve passar da pessoa do delinquente. Ficam abolidas a tortura, a confiscação de bens a infâmia, os açoites, o baraço e o pregão, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis e infamantes”. Apesar disso, as Ordenações continuavam a vigorar, deixando apenas de ser aplicadas as penas mais inaceitáveis à luz da nova ordem liberal.

Seguem-se toda uma série de tentativas frustradas, quase todas sem grandes resultados. Assim, em 1823, estabelece-se um prémio para o melhor projecto de Código Criminal “conforme às luzes do século”<sup>93</sup>, que não chegou a ser atribuído. Segue-se, em 1832, a nomeação, por Mouzinho da Silveira, de uma nova Comissão, da qual faziam parte o escritor Almeida Garrett e o político Joaquim António de Aguiar, lente substituto em Coimbra, e que pouco ou nada fez. Em 1835, volta-se ao sistema do prémio, sem melhores resultados do que da primeira vez.

Entretanto, em 1833, o jurisconsulto José Manuel da Veiga apresenta o seu Projecto, que é revisto (apenas em 11 dias!) e passa a lei em 1837, na ditadura de Passos Manuel, pelo Decreto de 4 de Janeiro de 1837. Contudo, nunca chegou a ser aplicado, pois não foi ratificado pelo novo Governo após a saída de Passos Manuel. Este projecto é, em geral, bastante bem considerado<sup>94</sup> e representou um largo progresso, quer em relação às Ordenações, quer em relação ao projecto de Mello Freire. A principal pena prevista neste Código era a de prisão, afastando-se as penas corporais, as preferidas no sistema anterior, e atenuando-se as outras penas.

---

<sup>93</sup> Lei 284, de 14 de Fevereiro de 1823, *apud* BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 77.

<sup>94</sup> Cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 84-85, nota 159, EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 73: “Representa este projecto, relativamente ao de Melo Freire, um indiscutível avanço” e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 99: “representava a primeira manifestação legislativa coerente e concertada do Liberalismo Penal”.

Deve também referir-se a oferta do projecto de Bentham<sup>95</sup>, que tanto influenciou o direito francês, e de outro projecto de Carmignani<sup>96</sup>, nenhum dos quais acabou por ter qualquer influência directa no novo Código.

E, durante todo este tempo, “monstruosamente, as Ordenações continuaram a ser lei”<sup>97</sup>.

#### 4.2 – O ‘nascimento’ conturbado

Em 1845, o Governo nomeia uma Comissão para redigir quer o Código Penal, quer o Código Civil, dando preferência ao primeiro. Tanto que, em 1850, António Luís de Seabra, o futuro Visconde de Seabra e autor do Código Civil, é encarregado de elaborar o Código Civil, aliviando a Comissão de muito do seu labor. A comissão, que finalmente redigiu o que veio a ser o Código Penal de 1852, era constituída, por Manoel Duarte Leitão, juiz-conselheiro e ministro, José de Castro Leite e Vasconcelos, procurador régio, José Maria Costa Silveira da Matta, advogado, José Jacintho Valente Farinho, Diogo António Corrêa de Sequeira Pinto e João Maria Alves de Sá, todos desembargadores<sup>98</sup>.

Após a Comissão concluir o seu trabalho, o Código Penal é aprovado na ditadura de Saldanha (que começou a chamada Regeneração) pelo Decreto ditatorial de 10 de Dezembro de 1852. Isto três meses após a sua conclusão e sem ter sido revisto. Talvez como resultado disso, este Código, fruto de tão difícil e conturbado processo legislativo, não foi bem aceite,

---

<sup>95</sup> Segundo EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 72, recusado pelas Cortes Constituintes em 1821.

<sup>96</sup> BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 85, nota 159.

<sup>97</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito...*, p. 106.

<sup>98</sup> BRAGA DA Cruz, *ob. cit.*, p. 78-80, nota 155. Cavaleiro de Ferreira cita apenas os três primeiros nomes, v. *Lições de Direito Penal - Parte Geral I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa, Verbo, 1992, p. 45. Mantivemos a ortografia antiga dos nomes, utilizada por Braga da Cruz, enquanto Cavaleiro de Ferreira a actualiza.



levantando um grande “clamor da opinião pública e do próprio Parlamento contra os seus múltiplos defeitos”<sup>99</sup>. Por isso, tendo passado apenas seis meses após a sua promulgação ( e cinco dias da sua ratificação pelas Cortes em 1 de Julho de 1853), foi nomeada uma Comissão para o rever (Decreto de 6 de Junho de 1853). Analisemos, então, o Código de 1852, que, nas palavras de Eduardo Correia, “nasceu já velho”<sup>100</sup>.

#### *4.3 – Características gerais*

O Código de 1852 insere-se, claramente, na linha iluminista de reforma do direito penal e na escola humanitarista. Por isso, neste Código entendia-se que a principal finalidade prosseguida pelas penas era a prevenção geral, como preconizava Beccaria no século anterior. Nas palavras de Taipa de Carvalho: “Este primeiro Código Penal português reflecte os princípios defendidos pelo “Iluminismo”, consagrando o princípio da legalidade, imputando à pena uma finalidade preventivo-geral e procurando limitar o possível arbítrio do julgador através de penas fixas, em muitos casos, da proibição da analogia e da interpretação extensiva no âmbito da incriminação”<sup>101</sup>.

Apesar de existirem bastantes penas fixas, a maior parte das penas compreendiam uma moldura penal definida, dentro da qual competia ao juiz fixar a pena de acordo com a culpa e tendo em conta as circunstâncias atenuantes e agravantes. A sua prevenção geral não era, pois, de intimidação pura, pois, para esta, não seria necessário graduar as penas, mas sim apenas fixá-las de modo a levar as pessoas a não cometerem crimes. Aproximava-se,

---

<sup>99</sup> BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 104.

<sup>100</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 109

<sup>101</sup> TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 57

assim, das posições moderadas da escola utilitarista, em que a prevenção geral era integrada pela prevenção especial, em que as penas deviam ser proporcionais aos crimes e em que a culpa constituía o limite máximo da pena.

Esta ‘herança’ iluminista vem, grandemente, da influência que o Código Penal Napoleónico exerceu sobre os autores do Código Português. De facto, os críticos do Código de 1852 consideram-no uma “tradução medíocre do código francês”<sup>102</sup>, o que nos parece um pouco exagerado, embora seja evidente a sua grande ligação e o seu corte com o direito português anterior. Outras fontes apontadas são o Código espanhol de 1848 e o brasileiro de 1831<sup>103</sup>, além dos comentários de Chauveau e Hélie ao Código Napoleónico<sup>104</sup>.

Atenuou-se o sistema punitivo das Ordenações, embora se mantivesse a pena de morte<sup>105</sup>, agora restrita a um pequeno número de crimes. A pena de prisão passa a ser a pena nuclear, dado que tinham sido abolidas as penas corporais, nas quais, largamente, se baseava o direito das Ordenações. Aliás, um dos defeitos que lhe é assacado é que embora recorresse largamente à prisão, não tomou “consciência dos problemas que a sua execução suscitava”<sup>106</sup>, o que segundo Eduardo Correia era uma “crítica fundamental”<sup>107</sup>.

Vejam, então, quais as restantes críticas que sofreu este Código.

---

<sup>102</sup> FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>103</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 107, apontando igualmente, em menor escala, a influência do Código Austríaco de 1803, do Código de Nápoles de 1819 e uma lei belga sobre o duelo.

<sup>104</sup> Tanto que EDUARDO CORREIA indica essa obra, ainda em 1963, como um elemento essencial para a interpretação do Código Penal de 1886, então ainda vigente, cuja parte especial correspondia, como veremos, quase sem alteração à do Código de 1852, cfr. *Direito...*, p. 100.

<sup>105</sup> Sobre este assunto, v. EDUARDO CORREIA, *Estudos...*, p. 75, e BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 102-103.

<sup>106</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 84.

<sup>107</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito...*, p. 109.

#### 4.4 – *Apreciação crítica*

Como dissemos, a recepção do Código do 1852 foi, em geral, bastante má, como se vê compulsando as obras dos dois principais comentadores do Código: Levy Maria Jordão (*Comentário ao Código Penal portuguez*) e Silva Ferrão (*Theoria do Direito Penal, applicada ao Código Penal Portuguez*). O primeiro autor aponta-lhe muitos defeitos: “A nossa lei peca por falta de unidade sistemática, efeito inevitável de ter por base códigos fundados em princípios diversos (...) Outros defeitos mais se notam além destes. A falta de método, tratando de contravenções conjuntamente com os crimes sem distinção alguma; a falta de sistema na dedução e ligação das matérias; uma escala penal confusa; pouca exactidão na proporção das penas em relação a alguns factos puníveis (...) romantismos, antinomias e incorrecções de redacção”<sup>108</sup>.

Mas, na realidade, o principal problema do Código é ter surgido contra a maré das correntes aceites na época, pois é, na verdade, “a expressão mais pura – mais pura do que a do próprio código penal napoleónico – do património ideológico-cultural do Iluminismo Penal”<sup>109</sup>. Contudo, em meados do século XIX, a escola utilitarista estava em franco declínio, tendo sido substituída por duas outras escolas: a clássica, a que já fizemos referência, e a correcionalista. Em Portugal, e ao contrário da Europa, a escola clássica não teve muita influência e a escola correcionalista, muito pouco conhecida nos próprios países onde nasceu, teve uma adesão inaudita<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> *Apud* EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>109</sup> FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 101.

<sup>110</sup> Assim, TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 65, nota 118. O correcionalismo foi também a corrente penal mais importante em Espanha, durante grande parte do séc. XIX.

A escola correcionalista nasce como reacção à escola clássica e às suas teorias retributivas de finalidade das penas. Assenta nas ideias de Karl Krause, um filósofo do direito austríaco, discípulo de Fichte, que são aplicadas ao direito penal por Karl Roeder. A finalidade das penas passa a ser a prevenção especial, visando corrigir o criminoso através da aplicação da pena de prisão. Nas palavras de Taipa de Carvalho: “Os princípios fundamentais do *correcionalismo* são: o delinquente é um ser em estado de necessidade, carecendo da ajuda da sociedade para poder exercer a sua liberdade no respeito do direito; à partida, e enquanto não forem esgotadas todas as possibilidades de recuperação, todo o delinquente deve ser considerado corrigível; a pena é, precisamente, o meio em ordem à correcção do delinquente (prevenção especial), sendo, portanto, para este um bem, apesar do sofrimento em que se traduz (privação da liberdade)”<sup>111</sup>. Esta escola encontrou grande difusão em Portugal graças, em grande medida, a Vicente Ferrer Neto Paiva, professor em Coimbra, cujos famosos *Elementos de Direito Natural e de Philosophia do Direito* se inseriam na linha do krausismo. Penalmente, Levy Maria Jordão foi um dos maiores adeptos do correcionalismo, que marca profundamente os projectos apresentados pela Comissão para a revisão do Código<sup>112</sup>, que, como veremos, foi por si secretariada.

Assim sendo, é claro que o Código de 1852 nasceu claramente desadequado às novas correntes doutrinárias, das quais os dois autores citados são, a nível criminal, dos maiores representantes. Por isso, parece-nos injusto, apesar dos seus vários defeitos, continuar a ter uma tão má imagem de um Código que, indubitavelmente, constituiu um grande avanço em relação ao direito anteriormente em vigor.

---

<sup>111</sup> TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 65.

<sup>112</sup> De que fazia parte outro membro da escola correcionalista, Ayres de Gouveia, como veremos em seguida.

## 5 – O Código Penal de 1886

Apesar de todas as reacções negativas ao Código de 1852, este vigorou na sua forma original, durante 34 anos. E, em verdade, muitos dos erros apontados ao Código de 1852 vão manter-se no Código de 1886. As principais alterações serão, como veremos, a nível das finalidades das penas. Analisemos, então, o caminho ao cabo do qual surgiu o Código de 1886.

### 5.1 – *Elaboração*<sup>113</sup>

Como dissemos, já em 1853 foi nomeada uma comissão para rever o então recentíssimo Código Penal. A sua vida esteve cheia de vicissitudes, pois rapidamente viu-se reduzida de dez a cinco membros. Dela fizeram parte, entre muitos outros, três importantes juristas: Silva Ferrão (autor da referida *Theoria do direito penal...* e juiz conselheiro); Basílio de Sousa Pinto (professor de Direito Penal em Coimbra) e Ayres de Gouveia<sup>114</sup>. Ao que parece, durante os cinco primeiros anos a Comissão nada fez, até que, em 1857 e 1858, é profundamente remodelada. É então nomeado como secretário o já citado Levy Maria Jordão, futuro Visconde de Paiva Manso e o membro mais influente da Comissão.

---

<sup>113</sup> Sobre toda esta matéria, v. , desenvolvidamente, BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 104-117, que seguimos de perto.

<sup>114</sup> Este último, bispo de Betsaida e Arcebispo de Calcedónia, foi o autor do primeiro projecto de abolição da pena de morte, em 1853, sendo considerado por Braga da Cruz, *ob. cit.*, p. 106, como “um brilhante ornamento” da Universidade de Coimbra, da qual veio a ser professor

Em 1859, a Comissão envia ao Governo a 1.<sup>a</sup> parte do Projecto, que, reflectindo os contributos e críticas recebidos, é refundido em 1860. Posteriormente, em 1861, é concluído o projecto completo de Código<sup>115</sup>, que depois de alterado, é publicado em 1864. O “grande entusiasta e fautor da obra”<sup>116</sup> foi Levy Maria Jordão, muito mais do que a própria Comissão de que fazia parte. De referir também o contributo de vários juristas estrangeiros<sup>117</sup>, cujas críticas e propostas foram tidas em conta na elaboração e revisão do projecto. Mas, este projecto que, segundo Eduardo Correia<sup>118</sup>, “representa a mais perfeita obra de preparação legislativa que tem sido levado a cabo entre nós” não foi adoptado ao que parece por ser demasiado revolucionário<sup>119</sup>. Na sua última versão, a de 1864, o Projecto já não aceitava a pena de morte como uma das penas aplicáveis, sendo substituída pela prisão perpétua ou por tempo indeterminado.

Assim, o Código Penal de 1852 continuava em vigor, mas necessitando, urgentemente, de ser revisto e completado. O que foi acontecendo com várias leis avulsas, como a relativa ao registo criminal (1863) e, mais essencialmente, a reforma das penas e regulamentação da sua execução<sup>120</sup>, a abolição da pena de morte para crimes civis<sup>121</sup> e de trabalhos públicos (Lei de 1 de Julho de 1867 - Reforma Penal e das Prisões).

---

<sup>115</sup> Designado também como “Código Penal de D. Pedro V”, pois a sua primeira versão foi apresentada durante o curto reinado do jovem rei (1855-1861), cfr. M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 429 e CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, p. 46..

<sup>116</sup> BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 114, nota 211

<sup>117</sup> Casos de Mittermayer, Bonneville, Karl Levitta, Ortolan, Hauss, Carrara e Ellero, cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 112, nota 204, e CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. e loc. cit.*, que refere que todos foram “louvados e condecorados pela sua colaboração”.

<sup>118</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>119</sup> Neste sentido, BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, p. 114-116, nota 211

<sup>120</sup> Baseando-se no projecto de 1864 de Levy Maria Jordão e adoptando, quanto à pena de prisão, o regime de Filadélfia, de isolamento nocturno e diurno, que duraria até à Lei de 29 de Janeiro de 1913 (passando-se para o sistema de Auburn, de isolamento nocturno e de trabalho comum em silêncio durante o dia), v. EDUARDO CORREIA, *Estudos...*, p. 81-91.

Finalmente, em 1884, é aprovada a Nova Reforma Penal que contém cerca de 90 artigos novos da Parte Geral, alterando também alguns dos artigos da Parte Especial. Baseia-se, essencialmente nas ideias de Silva Ferrão e Levy Maria Jordão e é inspirado pelo Código espanhol de 1870 e pelo Código italiano<sup>122</sup>.

Em 1886, a Nova Reforma é aplicada ao Código Penal de 1852, através do trabalho de uma comissão, o que acabou por originar uma certa confusão. Isto porque o Código foi publicado com normas revogadas, omitindo outras que se encontravam em vigor e não reproduzindo todas as alterações da reforma de 1867. O que significava, nas palavras de Beza dos Santos, “que o Código continha direito que já estava revogado quando o Código se publicou, e não abrangia todo o direito vigente nessa época”<sup>123</sup>.

## 5.2 – Características

O Código Penal de 1886 não representa, como vimos, uma alteração radical em relação ao Código de 1852, cuja parte especial manteve muitos dos seus artigos. As principais modificações cifraram-se a nível da Parte Geral, aí sim se operando uma “remodelação vincada do Código antecedente”<sup>124</sup>, pelo que por isso podemos falar de um Código de 1886 e não, simplesmente, de um Código de 1852 revisto.

Quanto às finalidades das penas<sup>125</sup>, não se aceita uma única teoria, mas uma teoria eclética de maior pendor ético-retributivo. Isto porque

---

<sup>121</sup> O Art. 16º do Acto Adicional à Carta Constitucional de 1852 tinha-a já abolido para os crimes políticos.

<sup>122</sup> EDUARDO CORREIA, *Direito...*, p. 111.

<sup>123</sup> *Apud* EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 113.

<sup>124</sup> M. J. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 431.

<sup>125</sup> Sobre o que se segue, v. FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 103-105.

nenhuma das escolas existentes se tinha sobreposto, quer a escola correcionalista, quer a escola clássica. O legislador, mais pragmático do que preocupado com construções dogmáticas, adopta a teoria da reparação moral de Welcker, que tenta conciliar as três finalidades apontadas para as penas, mas tudo dentro da pena determinada pela retribuição: “nos limites de uma pena retributiva – e, nesta acepção, de uma «pena da culpa» – visava satisfazer-se tanto as necessidades de reinserção social do delinquente, como as exigências de intimidação individual e colectiva”<sup>126</sup>. Esta era a orientação apontada pelo próprio Relatório da Nova Reforma (publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, 23, 1885).

Contudo, a existência de penas fixas levava a que a culpa e correspondente retribuição perdesse grande parte da sua importância no sistema do Código de 1886. Além disso, a graduação dentro das penas variáveis era feita, em muitos casos, de forma mecânica, tentando limitar ainda mais o arbítrio do juiz. Tudo isto leva alguns autores<sup>127</sup> a dizer que a afirmação da retribuição como finalidade fundamental das penas era apenas a enunciação de um princípio, enquanto, na realidade, se continuava a privilegiar a prevenção, mormente a prevenção especial de correcção.

O privilegiamento desta última finalidade acentua-se com as leis penais que se seguiram<sup>128</sup>. Assim, a lei de 1 de Abril de 1892 cria uma verdadeira medida de segurança: a relegação para as Colónias dos reincidentes, tendo em vista a sua reabilitação. Finalmente, pelo Decreto de 6 de Julho de 1893, é criado o instituto da suspensão da pena e da liberdade condicional, que servem finalidades de correcção do criminoso, permitindo-o integrar na sociedade. O credo preventivo especial prolongar-se-à pelo

---

<sup>126</sup> FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 104.

<sup>127</sup> FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>128</sup> EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, p. 70-71, e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *ob. e loc. cit.*



início do séc. XX, como se vê pela reforma operada, em 1913, no sistema penitenciário (v. supra).

## 6 – Conclusão

Para finalizar, queremos apenas dizer que, até pela própria natureza do trabalho, preferimos concentrar-nos sobre a génese dos Códigos, do que sobre eles propriamente ditos. De facto, como a codificação é marcada pelos factores que a originam, ao analisá-los estamos também a contribuir para o dilucidar dos Códigos. Quanto a um estudo pormenorizado, talvez um dia tenhamos hipótese de o fazer, restando-nos por agora remeter para as obras de Silva Ferrão, Levy Maria Jordão e, mais recentemente, de Luís Osório.

Uma palavra final: como verificámos, a história da codificação penal portuguesa está marcada pelas várias polémicas e dissídios de opinião. O que, em verdade, é característico de todas as alterações do Direito Penal, pois este, dada a sua relevância social e o impacto dos crimes, é o que, mais de perto, afecta todos nós. Por isso mesmo, as transformações da sociedade reflectem-se amplamente no direito penal, sujeito, muito mais do que outros ramos do direito, a sofrer muitas mudanças, nunca pacíficas.

Como se constata, bem recentemente, pelas palavras com que Cavaleiro de Ferreira recebeu o Código de 1982: “É provável que se siga um período de grave perturbação no entendimento de uma legislação tão marcadamente alheia à tradição do Direito Português, e de conseqüente insegurança na sua aplicação. São males já agora inevitáveis e que poderiam e deveriam ter sido evitados”<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> CAVALEIRO DE FERREIRA, «Direito Penal» in *Polis*, II, p. 527, Verbo, Lisboa.