

DA «IUSTITIA» À «DISCIPLINA». TEXTOS, PODER E POLÍTICA PENAL NO ANTIGO REGIME

SUMARIO

- I. INTRODUÇÃO. II. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA CORPORATIVA. III. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA «ESTATALISTA». IV. O SISTEMA DISCURSIVO DO *CÓDIGO CRIMINAL* de Pascoal do Melo. «ARQUIVO» TEXTUAL E SISTEMÁTICA. V. OS CÓDIGOS IDEOLÓGICOS DO DISCURSO LEGISLATIVO. 1. *Os crimes contra a religião*. 2. *Os crimes contra ordem moral*. 3. *Os crimes contra a ordem política —a lesa-magestade*. 4. *Os crimes contra a ordem política —a violência*. 5. *Os crimes contra as pessoas —a honra*. 6. *Os crimes contra as pessoas —o corpo*. 7. *Os crimes contra a verdade*. 8. *Os crimes contra o património*. 9. *Conclusão*.

I. INTRODUÇÃO

Em 26 de Novembro de 1786 —quatro dias antes da promulgação daquele que é considerado como o primeiro «código penal moderno», o código de Pedro Leopoldo da Toscana—, Pascoal de Melo apresentava à *Junta do Novo Código* a primeira parte do seu projecto de código criminal.

Apesar de objecto de três edições¹ e de ser geralmente conhecido e citado, este texto não tem despertado grande atenção. E,

¹ *Ensaio do Código Criminal a que mandou proceder a rainha D. Maria I*, Lisboa (Tip. Maigrense, 1823), XIII + 459 pp. Ed. Miguel Setaro, ex-consul de Portugal na Rússia, que utilizou um manuscrito cedido pelos herdeiros do autor *Código criminal, intentado pela rainha D. Maria I.. Segunda edição castigada dos erros*, Lisboa 1823 (Tip. Simão Tadeu Ferreira), 1823, XIX-144. Ed. Francisco Freire de Melo que, possivelmente com a colaboração do próprio Pascoal de Melo nos últimos anos de sua vida, retocou a versão original «porventura com mais algum fim, do que o de a depurar e corrigir» («Advertência» da 3a. ed., IV), pelo que, no dizer dos mesmos terceiros editores, a transformou «por assim dizer, numa obra nova». Não inclui as «Provas». *Código criminal, intentado pela rainha D. Maria I, com as provas*, Coimbra, 1844 (Imprensa da Universidade). Segue, fundamentalmente, a primeira edição. Mas os editores prometem incluir, a final, uma tabela das variantes, entre as duas anteriores edições, todavia, nos exemplares que conheço, tal tabela não aparece. No presente texto, seguiu-se a terceira edição. Sobre Pascoal de Melo, v., por todos, VITOR FAVEIRO, 1968

no entanto, trata-se, a meu ver, de uma peça ímpar, quer no confronto com a tradição legislativa europeia, quer pela importância que vai ter como modelo (muitas vezes implícito ou silenciado) das futuras tentativas de codificação penal em Portugal².

Neste estudo, pretendo contribuir para colmatar esta lacuna da nossa historiografia.

Ao fazê-lo, dou-me conta, porém, do carácter inusitado do empreendimento, no contexto das actuais tendências da história institucional e jurídica. Numa fase de crítica generalizada, e globalmente justa, a uma histórica jurídico-institucional voltada para os textos —legislativos ou doutrinários— e *separada* do estudo dos factos sociais, eis que me re-proponho um estudo textual³, numa área onde, para mais, proliferam leituras antropológicas, sociológicas e políticas —a história do crime e da pena⁴.

Ocorre, portanto, colocar algumas questões preliminares sobre o estatuto teórico da história textual, nesta nossa época que rompeu definitivamente com os postulados da historiografia jurídico-institucional de cariz dogmático (*Dogmengeschichte*).

A primeira questão a ser levantada é a de saber se tem sentido, para quem pretenda fazer uma história dos sistemas de controle e marginalização sociais, preocupar-se assim com os textos.

Na verdade, e quanto aos textos legais, todos sabem que as leis —mesmo as penais— nunca são pontualmente cumpridas e que, em alguns casos, nem sequer visam —como diremos adiante— essa aplicação pontual. Que, ademais, elas não constituem todo o direito, existindo normas socialmente eficazes no plano da marginalização e da punição de diversíssimas origens, desde os estilos de julgar até a regras muito pouco estruturadas de comportamento social⁵. Quanto à doutrina, todos os que estão familiarizados com a literatura jurídica cedo descobrem que ela constitui, não um espelho da realidade social, mas um seu filtro e reconstrução. Que reclassifica e revaloriza uns factos sociais, que silencia outros, que cria realidades «imaginárias» —e não me refi-

² Sobre elas, v. por último, o original trabalho de J. M. LOPES SUBTIL, 1986.

³ A. M. HESPANHA, 1986a, y J.-M. SCHOLZ, 1986.

⁴ Para um balanço actual, v. PH. ROBERT, 1985, conjunto significativo das orientações hoje correntes, em L. BERLINGUER, 1986.

⁵ Sobre a multiplicidade de normas de conduta e de tecnologias de controlo social, v. A. M. HESPANHA, 1987.

ro apenas àquilo que os próprios juristas consideram como *fictiones iuris*, mas a coisas de cujo carácter «construído» eles parecem não se dar conta— e as trata como reais.

E, no entanto, os textos, não apenas são, eles mesmos, *realidades* da história jurídica e institucional, como mantêm uma íntima relação com outras realidades de que se alimenta quotidianamente a tal história social das instituições.

Começo por este último aspecto. Um dos temas actuais da história penal europeia é o das grandes linhas de evolução da criminalidade na Europa, da idade média aos nossos dias. Explorando uma sugestão inicial de uma transição da criminalidade violenta para a criminalidade patrimonial (*from violence to theft*)⁶, tem-se procurado, com base em estudos estatísticos dos registos judiciais, comprovar ou infirmar esta tese. Mas, «furto» ou «violência» são realidades *conceituais* e não *empíricas* (no sentido mais lhamo da palavra). E realidades conceituais que, como se verá, experimentaram mudanças bruscas no decurso da evolução dogmática de ciência penal. Como os factos sociais do passado nos chegam através de textos —e de textos que os filtram pelas categorias da grande tradição dogmática europeia— esta tradição textual acaba por constituir uma chave indispensável para fazer a história dos factos empíricos.

Mas, mais do que isto, parece importante sublinhar como os textos, em si mesmos, são *factos sociais «historiáveis»*; como não são apenas receptáculos neutros e disponíveis de ideias ou de coisas, mas realidades internamente estruturadas, dotadas, por assim dizer, de uma vida e lógica evolutiva próprias. Realidades que seleccionam as *coisas* (os *objectos*) de que neles se pode falar; que atribuem um certo estatuto sócio-institucional ao *autor* e que pré-figuram um certo *auditório*; que autorizam certa maneira de argumentar ou de provar e excluem outras; que, entre si, autonomamente dialogam, convidando à leitura de outros textos e, em contrapartida, interditando certas referências (i.e., que criam uma certa *intertextualidade*)⁷.

⁶ Sobre o tema, v. JENS CHR. V. JOHANSEN, 1986

⁷ Cf. para estes aspectos, M. FOUCAULT, 1969 (estruturas discursivas a condições da prática discursiva), P. ZYMA, 1977, 1980 (sobretudo para o conceito de intertexto) Apresentação geral destes temas, em português, CARLOS REIS, 1981. Aplicação ao discurso jurídico, A. M. HESPANHA, 1978a

Falar de autonomia dos textos pode constituir um equívoco, se não se esclarecer imediatamente que este sistema interno dos discursos é a outra face das condições sociais e institucionais e até materiais em que eles são produzidos. Condições sociais, institucionais e políticas modelam o universo dos autores e dos leitores e estabelecem o modelo das suas relações recíprocas. Circunstâncias materiais (v.g., estado das bibliotecas) e culturais (v.g., linguísticas) condicionam o universo das referências. Por sua vez, são de novo condições sociais e políticas que estabelecem os limites do impacto social (da *recepção*) de um texto ⁸.

É este o contexto teórico, é esta a pré-compreensão metodológica, em que vai decorrer a seguinte apresentação do *Projecto de Código Criminal* de Pascoal de Melo.

Numa primeira parte (caps. II e III), procuraremos definir o espaço político em que se situa (em que é eficaz) o grande discurso penalista de que faz parte a obra de Pascoal de Melo. Estudaremos, para isso, o espaço punitivo do direito legal doutrinal —a que por simplificação chamaremos o direito real—, na órbita do qual este discurso se situa, a fim de surpreender as apostas políticas que aí se jogam.

Num plano, as apostas da coroa, enquanto promotora desta específica ordem penal; noutro, as dos próprios juristas, enquanto titulares da mediação jurídica letrada.

No primeiro plano, veremos como, durante o período da monarquia «corporativa» ⁹, o direito real constituiu uma ordem jurídica apenas virtual, mais orientada para uma intervenção simbólica, ligada à promoção da imagem do rei como sumo dispensador da justiça, do que para uma intervenção normativa que disciplinasse, efectivamente, as condutas desviantes. Este carácter virtual da ordem penal real explica, por sua vez, o carácter «livresco» da teoria penal que incide sobre ela e a sua aparente insensibilidade aos problemas sociais e humanos da punição. Tanto como a lei, o discurso dos juristas não está decisivamente vo-

⁸ Sobre o conceito de «recepção», v. as obras citadas na nota 7 Sobre a análise pragmático-política dos textos e dos discursos —além de M. FOUCAULT, 1969—, P. BOURDIEU, 1976, 1980 e 1984

⁹ Utilizamos este conceito com o sentido que resulta das conclusões apresentadas em *As vésperas do Leviathan* (A M. HESPANHA, 1986b)

cacionado para uma modelação quotidiana da prática penal. Não é que esta esteja completamente fora do horizonte do discurso, mas impõe-se aí tanto como a tradição literária. Por isso, gritantes questões de política criminal —como, por exemplo, a da utilidade social das penas ou a da prevenção penal— são completamente submergidas pelo peso da tradição textual e pelos *clichés*. O discurso fecha-se sobre si, sobre o seu *inter-texto*, e pode, assim, manter-se fiel a tradições textuais antiquíssimas, prolongar durante séculos as mesmas classificações e hierarquizações, repetir os mesmos temas e tópicos da tradição jurídica romana, canónica e medieval. E, com isto, reforçar ainda um *habitus* intelectual dos juristas que, subvertidas as condições de produção e de intervenção social deste discurso, continuará a ser responsável pela supervivência das fórmulas literárias tradicionais, ainda que preenchidas com um novo conteúdo.

No segundo plano —o das apostas políticas dos mediadores jurídicos—, destacaremos como este fechamento do discurso sobre si se transforma num factor de construção do poder corporativo dos juristas. Pela *hetero-integração* dos textos legislativos com os textos do direito comum, os juristas escapavam aos limites do direito legislado (ele mesmo, em grande parte, da sua feitura); daí a importância política da discussão em torno dos tópicos *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, segundo cremos, não deve, neste período, ser tão relacionado com a defesa das garantias dos particulares quanto com as tensões políticas acerca do arbítrio dos juristas. Pela defesa de um domínio arbitrário de acção —na busca e prova dos factos, na sua avaliação, na interpretação da norma jurídica, na decisão sobre a oportunidade da sua aplicação— os juristas constituem-se em mediadores monopolistas do direito e averbam, assim, o capital político e simbólico daí decorrente. O próprio carácter fechado e exotérico do discurso favorece esta estratégia, ao acentuar ainda o monopólio dos juristas sobre o saber jurídico e ao decorar este último com o ar de uma disciplina altamente técnica e formalizada (i.e., distante e neutra em relação aos interesses sociais e vitais em discussão) ¹⁰.

¹⁰ V sobre estes temas, hoje centrais, da sociologia do discurso jurídico moderno, sobretudo os trabalhos de R. AJELLO e sua escola, nomeadamente, R. AJELLO, 1976, 1985, L. ROVITO, 1981 V. SCIUTI-RUSSI, 1983

A ruptura iluminista corresponde, por sua vez, a vários fenómenos.

No respectivo capítulo, destacaremos a modificação das modalidades de intervenção social do direito real. No seio de um projecto político que intenta reduzir os pólos periféricos de poder, construir o Estado e fazer deste o pólo único de disciplina social, a função do direito penal real vai ser, agora, verdadeiramente normativa e disciplinar.

Isto implica, naturalmente, mudanças institucionais como a reforma do direito, da organização judiciária e do sistema das penas, a que se aludirá nesta primeira parte. Mas também mudanças discursivas, quer no plano sintáctico —i.e., da organização formal do discurso—, quer nos planos semântico —i.e., dos temas e problemas tratados— e pragmático— i.e., do estatuto dos locutores e do público visado. Destas mudanças se falará, sobretudo, na segunda parte; mas destacaremos, por ora, dois aspectos.

Um deles, correlativo da aquisição, pelo discurso jurídico-penal, de uma mais efectiva intenção práctico-normativa, é o facto de nele passarem a estar continuamente presentes os temas de política criminal, substituindo as discussões dogmáticas usuais na tradição textual. A *utilidade* das soluções impõe-se agora à sua *elegância*. E, com isto, ganham-se um novo tom, um novo sistema de argumentação e de comprovação das proposições, um novo universo de referências e autoridades. Novas questões se abrem —como, por exemplo, a do «humanitarismo»— que, menos do que numa maior sensibilidade moral, se fundam antes na maior responsabilização social dos juristas pelas opiniões que formulam no seio de um discurso que deixou de ser un jogo literário ou dogmático para se transformar num instrumento de disciplina social.

O outro aspecto diz respeito aos novos estatutos dos sujeitos do discurso.

Da parte dos autores, as modificações institucionais no plano da reforma das fontes do direito, do ensino jurídico e da organização judiciária, abalam-lhes o anterior monopólio da discussão jurídico-penal. Agora, eles têm, mais frequentemente, que convencer os leigos e que dialogar com uma literatura não técnica. No seu intertexto —i.e., no seu campo virtual de diálogo— deixam de estar apenas os textos da tradição penal letrada, para passarem a estar, também, os textos da nova ciência de polícia e a

literatura sobre temas penais, mais ou menos panfletária, consumida avidamente pela opinião pública europeia na segunda metade do séc. XVIII. E, com isto, é todo um universo discursivo que se transforma.

Da parte do auditório, experimentam-se as modificações respectivas. Os textos, assim dirigidos à opinião pública e correspondentemente organizados no plano formal —na sistematização, na língua, no vocabulário, nas referências bibliográficas—, modelam um novo leitor, criam um novo auditório, não já o dos peritos em direito, mas o dos «homens ilustrados e amantes do bem público». E, com isto, modifica-se também a situação semiótica do texto e as apostas político-culturais em que este passa a estar comprometido.

Definidos o espaço discursivo e as mutações que aí se verificam, abordaremos, depois (cap. IV), a tradição literária que constitui o intertexto do *Projecto*. Procurando detectar aí, quer os momentos de ruptura, quer as continuidades na organização do discurso. Como veremos, as continuidades discursivas aparecem como imponentes, constituindo as categorias de apreensão dos problemas do crime e da pena, vigentes durante séculos para os técnicos das ciências do poder e da sociedade. Uma tão longa vigência destes quadros classificativos e valorativos não pode ter deixado de marcar muito profundamente a cultura penal europeia, mesmo nas suas manifestações populares (como o documenta a literatura popular sobre temas penais)¹¹. Nesse sentido, não seria totalmente despropositado tentar recuperar, com base neles, alguns dos traços da antropologia cultural da sociedade europeia¹². Mas, seja como fôr, o que tais quadros representam é, pelo menos, a antropologia espontânea dos juristas, o cabedal impensado com o qual gerações e gerações de titulares de uma mediação político-social decisiva vão avaliar os homens e a sociedade do seu tempo e propor-lhes modelos de organização.

É aqui —ao nível de estruturas textuais e discursivas que, a um tempo, manifestam e modelam a sensibilidade mais profun-

¹¹ V. sobre a literatura popular francesa sobre temas penais, com métodos inovadores, H -J LUSEBRINCK, 1983

¹² Retomo, neste ponto, uma interessante proposta de B CLAVERO (em B CLAVERO, 1985).

da dos mediadores jurídicos da Europa moderna— que as mutações (na maneira de classificar, de hierarquizar, de relacionar ou de opor, de valorar) são mais decisivas e reprodutoras. Daí que, se concluirmos —como algumas vezes concluiremos— que é neste plano que o novo discurso de Pascoal de Melo (ou melhor, que tem em Pascoal de Melo o seu *medium*) rompe com o passado, então estaremos a justificar plenamente aquilo que antes dissemos sobre o carácter epocal da sua obra.

II. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA CORPORATIVA

O sistema penal da monarquia corporativa caracterizava-se por uma estratégia correspondente à própria natureza política desta. Ou seja, se, no plano político, o poder real se confronta com uma pluralidade de poderes periféricos, frente aos quais se assume sobretudo como um árbitro, em nome de uma hegemonia apenas simbólica, também no domínio da punição, a estratégia da coroa não está voltada para uma intervenção punitiva quotidiana e efectiva ¹³.

De facto, a função político-social determinante do direito penal real não parece ser, na sociedade «sem Estado» dos séculos XVI e XVII, a de efectivar, por si mesmo, uma disciplina social. Para isso lhe falta tudo —os meios institucionais, os meios humanos, o domínio efectivo do espaço e, por fim, o domínio do pró-

¹³ Limito-me, neste estudo, a considerar o direito penal da coroa no domínio secular. A prática punitiva da Inquisição —que, formalmente, deveria ser integrada no universo da punição real, dada a natureza do Tribunal— funciona, a meu ver, num plano diferente, pouco tendo a ver com o discurso jurídico-penal cujas condicionantes estamos a estudar. Por um lado, realiza uma função político-ideológica diferente, não se orientando prevalentemente para a promoção da imagem do rei como sumo dispensador da justiça e da graça, depois, não apresenta as mesmas dificuldades de implantação prática, sobretudo pelo facto de se impôr através de mecanismos institucionais e processuais muito mais eficazes, importados do modelo eclesiástico de organização, por fim, porque a esta prática não corresponde o mesmo universo de discurso, pois os juristas não se ocupam, senão lateralmente, da prática punitiva da Inquisição, mesmo quando tratam de crimes que, em Portugal, são do seu foro.

prio aparelho de justiça, expropriado ou pelo «comunitarismo» das justiças populares ou pelo «corporativismo» dos juristas letrados. Essa função parece ser, em contrapartida, a de afirmar, também aqui, o sumo poder do rei como dispensador, tanto da justiça como da graça.

É nesta perspectiva que, a meu ver, deve ser lido o direito penal da coroa. Se o fizermos, não deixaremos de convir que, em termos de normação e punição efectivas, ele se caracteriza, mais do que por uma presença, por uma ausência. Vejamos como e porquê.

Começemos pelos aspectos ligados à efectivação *positiva*, por assim dizer, da ordem real.

Com esta se relaciona, desde logo, a questão da eficácia conformadora da mediação dos juristas, ou seja, da capacidade que os juristas têm, no sistema do *ius commune*, de estabelecer autonomamente o direito. No entanto, como esta questão nos irá sobretudo interessar num ulterior momento, deixemo-la por agora. Fixemo-nos, para já, no grau de aplicação prática da ordem penal legal.

Os dispositivos de efectivação da ordem penal, tal como ou vinha na lei, careciam de eficiência.

Primeiro, pela multiplicidade de jurisdições¹⁴, origem de conflitos de competência —descritos por muitas fontes como intermináveis—, que dilatavam os processos e favoreciam fugas ao castigo. Depois, pelas delongas processuais —de que todas as fontes nos dão conta—, combinadas como o regime generoso de livramento dos arguidos, a que nos referiremos¹⁵. Finalmente —e é es-

¹⁴ V, para além das indicações que dei no meu *As vésperas do Leviathan*, a descrição sucinta de CASTRO, 1619, pg II, l 1, c 2, 78 ss [pg 25 ss] (jurisdições temporais ou laicas) e pg I, l 2, c 1 ss [pg 55 ss] (jurisdições eclesiásticas).

¹⁵ O tema das «delongas processuais» carece de estudo, para que se não aceite acriticamente um tópico comum *A Lembrança de todos os criminosos*, adiante mais detidamente referida, não fornece dados definitivos para uma avaliação do assunto, nos finais do século XVII ao lado de presos com vários anos de cárcere à espera de decisão, outros tinham os feitos conclusos para julgamento ao fim de dois ou três meses. Sobre as dificuldades de implantação da ordem punitiva real, mesmo na capital, e sobre o diagnóstico das causas destas dificuldades, v o preâmbulo do alv. de 31-3-1612 (C L E, I, 422 ss), onde se referem, sobretudo, a falta de estruturas «policiais» e de controlo da ordem pública, as «inumeráveis indus-

te o tema que, agora, nos passa a interessar—, pelos condicionamentos de aplicação das penas.

Condicionamentos de dois tipos. De natureza política, isto é, relacionados com o modo como a política penal da coroa se integrava numa política mais global de disciplina régia; ou de natureza prática, relacionada como as limitações dos meios institucionais, logísticos e humanos na disponibilidade da coroa. Começemos por estes últimos e, no final, concluiremos com os primeiros.

Tomemos para exemplo a pena de degredo. Quanto aplicada para o ultramar, ela obrigava à espera, por vezes durante meses ou anos, de barcos para o local do exílio¹⁶; o réu ficava preso à ordem da justiça, nas cadeia dos tribunais de apelação, tentando um eventual livramento, aquando das visitas do Regedor da Justiça¹⁷. De qualquer modo, uma vez executada a deportação, faltavam os meios de controle que impedissem a fuga do degredado¹⁸.

As mesmas dificuldades existiam nas medidas, preventivas ou penais, que exigissem meios logísticos de que a administração da justiça carecia. Era o que se passava com a prisão —de resto, raramente aplicada como pena—, que obrigava à existência de cárceres seguros, à organização de operações onerosas de transporte de presos (as odiadas *levas de presos*), à disponibilidade de meios

trias e subterfugios» com que se podia iludir o castigo ou dilatar a sua execução e a demora dos processos (nomeadamente, no caso de réus pobres os escrivães não queriam realizar actos de que sabiam não ir ser pagos, ou naqueles em que não havia acusação de parte).

¹⁶ Isto levou a que se determinasse que o lugar do degredo fosse fixado genericamente («para Amgola», «para o Brasil»), embora conheça decisões de degredo «para Bissau», «para Cacheu», «para a Ilha do Príncipe», «para o Maranhão»

¹⁷ Sobre estas visitas, v., *infra*

¹⁸ No manuscrito *Lembrança de todos os criminosos* ., encontram-se (poucos) casos de criminosos fugidos do local do degredo. A pena é, normalmente, a de voltar a cumprir o degredo por inteiro. Noutros casos, o crime é punido com a pena de degredo, convertida na de morte natural se o criminoso regressar, fugido, ao reino. Isto correspondia à doutrina geral sobre o tema, que estabelecia, para estes casos, a repetição do degredo, em local considerado mais agravado (v.g., se o primeiro degredo era no norte de África, o segundo seria em Angola, ou, sendo o primeiro aqui, o segundo seria no Brasil, fugindo-se, neste último caso, a pena era a morte).

de sustento dos detidos, embora parte do cibo corresse à conta destes. As únicas penas facilmente executáveis eram as de aplicação momentânea, como os açoites, o cortamento de membro ou a morte natural. Mas, como veremos de seguida, mesmo estas parece terem sido, por razões diferentes, raramente aplicadas.

Vejam agora o que acontecia com a mais visível das penas — a pena de morte natural, prevista pelas *Ordenações* para um elevado número de casos, em todos os grandes tipos penais, salvo, porventura, nos crimes de dano¹⁹. Prevista tantas vezes que, nos fins do séc. XVIII, se conta que Frederico o Grande, da Prússia, ao ler o livro V das *Ordenações*, teria perguntado se, em Portugal, ainda havia gente viva. Na prática, todavia, os dados disponíveis parecem aconselhar uma opinião bem diferente da mais usual quanto ao rigorismo do sistema penal. Na verdade, creio que a pena de morte natural era, em termos estadísticos, muito pouco aplicada em Portugal.

Como não existem estudos empíricos sobre os modelos de punição, nem sequer ao nível dos tribunais da corte — por onde todos os casos de penas superiores à de açoites tinham que passar em apelação²⁰ —, temos que nos socorrer de indícios dispersos e menos sistemáticos.

Começemos por uma fonte — uma relação dos presos da cadeia da cidade de Lisboa, entre 1694 e 1696, a que nos referiremos mais detidamente nos parágrafos seguintes²¹ — que nos facultada dados relativos às medidas penais aplicadas a cerca de 300 (em geral, grandes) criminosos; a ela se referem os Quadro I e os Gráficos I a III do Anexo. Por aí se vê que a pena capital apenas foi usada em 3 casos, todos de homicídio (um caso de homicídio do marido pela mulher, do carcereiro por um preso e «de hum ra-

¹⁹ V os casos de aplicação da pena de morte no período das *Ordenações*, E CORREIA, 1977

²⁰ A lei previa a apelação oficiosa (por parte da justiça) nos casos em que a acusação pública devia ser aceite (casos de «querela», *Ord fil*, V, 122 pr) Os casos de querela (em que o processo era prosseguido por parte de justiça, *ibid*, V, 117, 16) eram todos aqueles a que correspondia a pena de açoites ou superior (v lista *ibid.*, 117, pr) Nestes casos, os juizes eram punidos se não procedessem oficiosamente (*ibid*, V, 122, 10)

²¹ Trata-se da *Lembrança de todos os criminosos*., adiante mais detalhadamente descrita

GRAFICO I
Distribuição dos presos por tipo de crime

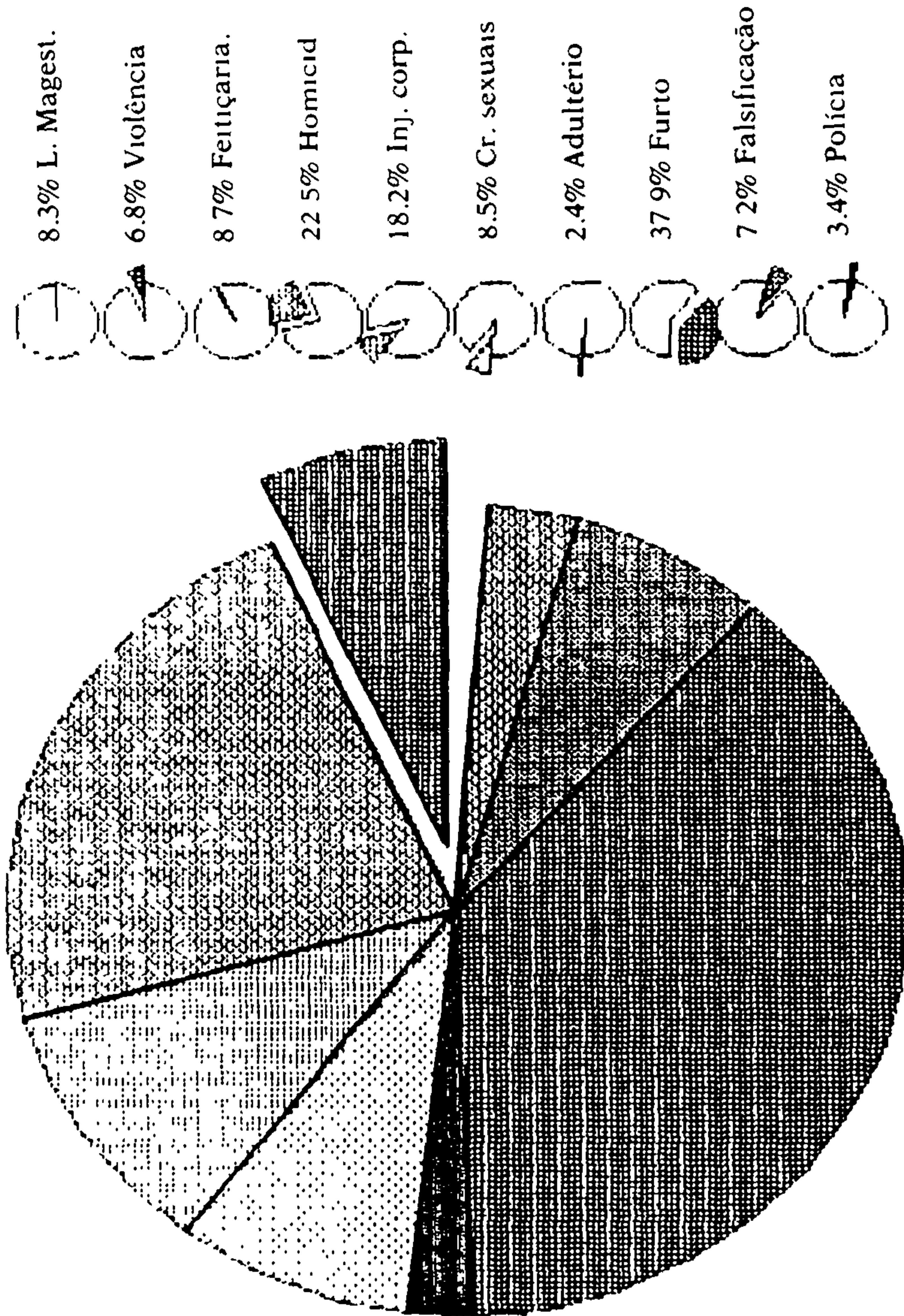


GRAFICO II
Distribuição por condenações

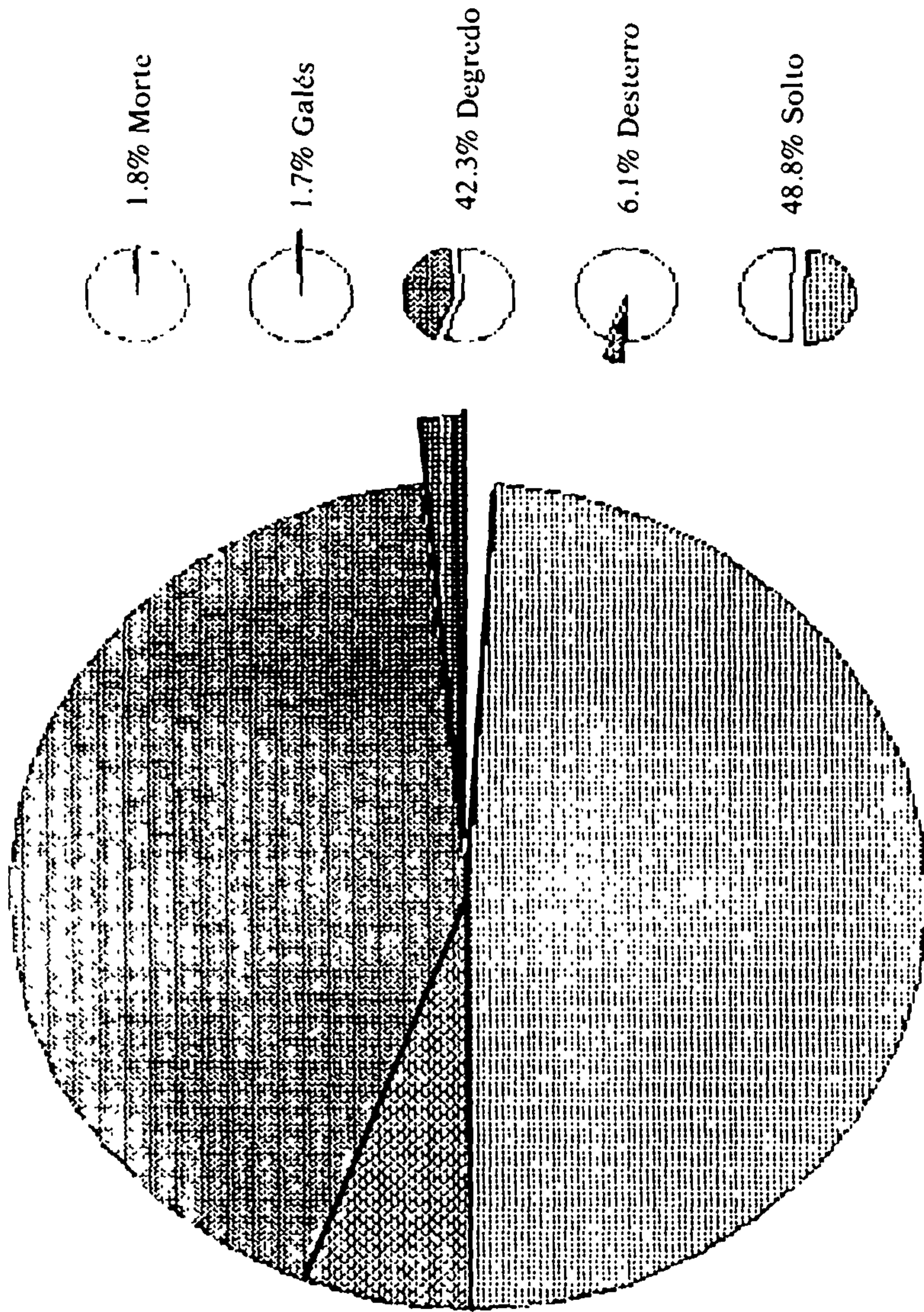
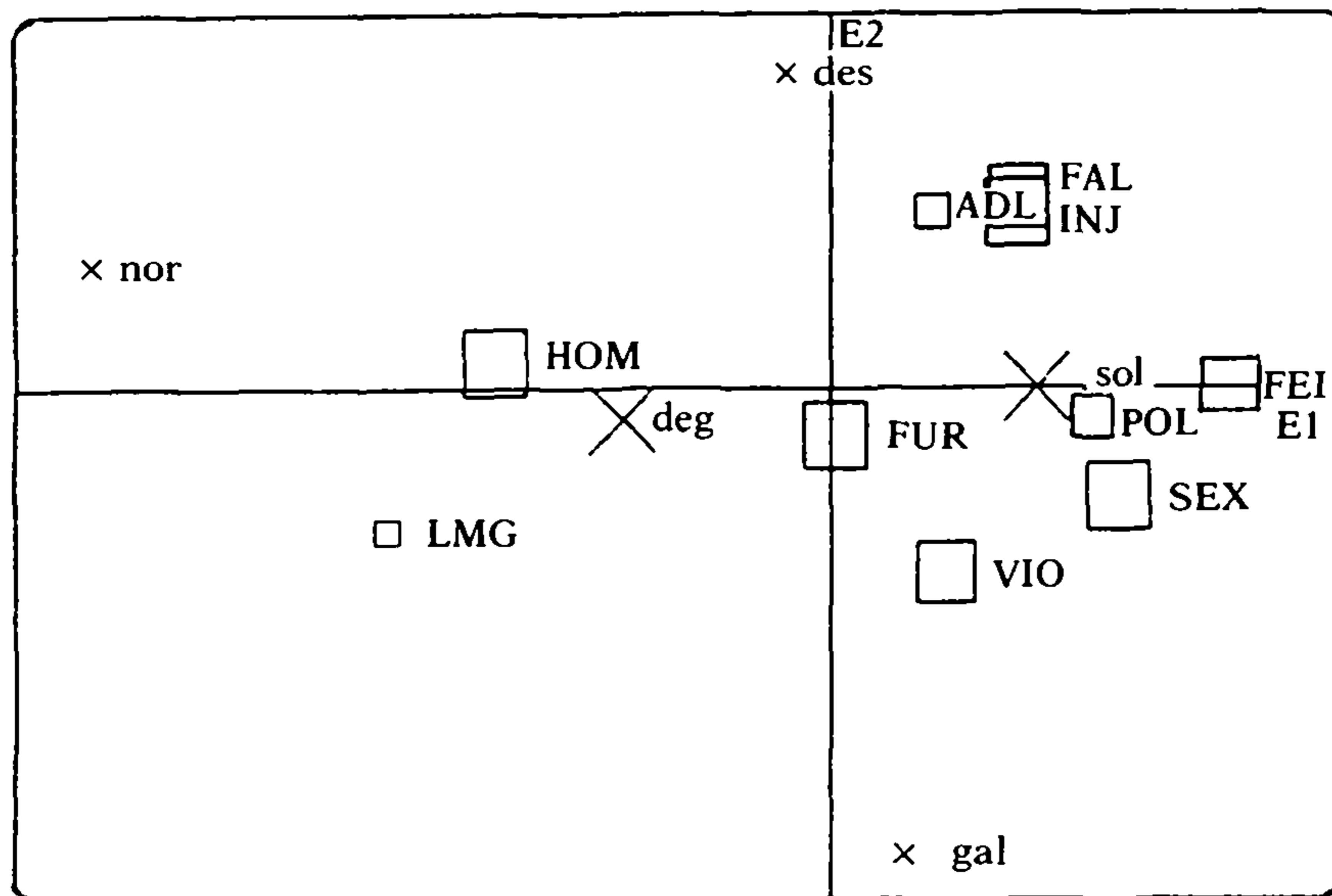


GRAFICO III

Tipos penais e penas aplicadas

**Legenda:**

mor (pena de norte)	HOM (homicídio)
deg (degredo)	LMG (lesa-magestade)
des (desterro)	FUR (furto)
sol (livramento)	ADL (adultério)
gal (galés)	FAL (falso)
	INJ (injúrias)
	VIO (violência)
	SEX (cr. sexuais)
	FEI (feiticeira)

Resultados:

População total	293
Valor máximo da relação	4
Valor real da relação	302
% do eixo 1	72%
% do eixo 2	15%
% dos 2 eixos	87%

paz»). Mas escaparam com outras penas (nomeadamente, de degredo): um «renegado e traidor», um falsificador de moeda, um salteador de estradas, quase todos os homicidas (que eram 66, dos quais 57 condenados), todos os condenados como ladrões (57 condenados, em 112 casos), os adúlteros (3, em 7), os sodomitas (1), os raptos (3, em 4), os violadores (1), os incriminados por masturbação (2, em 6), etc. (v. Quadro I, em anexo).

Trata-se, é certo, de uma fonte situada num momento preciso do tempo, embora com um número significativo de casos. Mas outros testemunhos pontuais apontam no mesmo sentido²².

É ilustrativo tentar completar esta perspectiva reportada a um momento com uma outra, esta diacrónica, relativa à aplicação da pena de morte. Recorremos, para isto, às listagens das condenações à morte, sobretudo àquela que foi feita, no século passado, por Henriques Secco²³, completada pelos poucos casos referidos na literatura especializada e que aí não foram incluídos. Não se trata, naturalmente, de uma lista cuja exaustividade esteja garantida. Mas, para o Sul do país e para o período que medeia entre 1693 e 1754, ela deve conter poucos lapsos, pois se baseia no rol dos condenados constantes dos cadernos dos padres que os acompanhavam ao lugar do suplício, em Lisboa. Sendo certo que, como veremos, os tribunais da corte eram instâncias de recurso obrigatório para todas as justiças do centro-sul do reino, nestes casos.

²² Por exemplo. As *Ord* puniam com morte a bigamia (V, 19), no entanto, uma fonte dos finais do séc XVIII informa que «hoje, entre nós, esta pena raramente se pode praticar, pois os Inquisidores da depravação herética, que conhecem deste crime pelo direito de prevenção [pois se tratava de um delito de misto foro], punem os réus com a pena de açoites, de desterro temporário e, por vezes, com pena de galés» [*Repertorio*, v. «Pena de morte», IV, 27 (a)] A mesma fonte, [(I, 443 (d))] refere que um réu condenado à morte natural na primeira instância por tomar pela força os bens do devedor viu, em embargos, essa pena comutada em morte civil (degredo).

²³ V SECCO, 1880, 227-626, cf também, ANTONIO BRAZ DE OLIVEIRA, 1982, que, em todo o caso, não teve em conta os dados de Henriques Secco, além dos casos aqui listados, considerámos ainda os referidos por PHAEBUS, 1619, Aresto 151, pg. 159; BARBOSA, 1618, ad V, 18, n. 10, pg. 298; F DA C FRANÇA, 1765, ad p I, l V, c. 2, n 474, pg. 384, *Repertorio*, I, 442 (a), e ainda as referidas na *Lembrança de todos os criminosos...*, I, 23 v, I, 29 e I, 36 v

O gráfico III resulta da aplicação da análise factorial de correspondências aos dados anteriores. A intenção foi a de efectuar um agrupamento dos tipos criminais, a partir do tratamento de que eram objecto; e, ao mesmo tempo, agrupar as medidas penais, de acordo com a gama de crimes a que eram aplicadas. No gráfico, os pontos correspondentes às penas estão marcados com uma cruz e os correspondentes aos tipos penais com um quadrado, num caso ou noutro de tamanho proporcional ao peso da respectiva coluna ou linha de matriz.

O gráfico documenta:

a) uma grande proximidade do tratamento penal —tendendo para o degredo ou para o livramento— dos crimes de adultério, falso e injúrias;

b) uma forte tendência para o livramento nos crimes sexuais e de polícia;

c) um tratamento multifacetado do furto (cujo ponto se encontra muito perto da origem);

d) uma tendência forte para tratar o homicídio (e a lesa-majestade) com a pena de degredo;

e) oposição das penas de morte e de degredo, por um lado, e, por outro, do livramento, cada qual no extremo de uma escala penal que, de acordo com o gráfico, se poderia ordenar da seguinte forma: morte, degredo, galés e desterro (que, todavia, se opõem no eixo secundário) e livramento.

O carácter dos dados e a dimensão da amostra não permitem, no entanto, detalhar mais a análise.

ANEXO

QUADRO I

Crimes, condenações e livramentos dos presos da cadeia da Relação de Lisboa (1694 a 1696)

	Morte	Galés	Degredo				Dester	Incorp exerc	Solto	Total
			Tot	Ind	Afr	Bra				
Lesma magestade ¹	—	—	1	—	(1)	—	—	—	—	1
Violência ²	—	2	6	(3)	(1)	(2)	1	1	11	21
Rapto	—	—	(3)	(1)	(1)	(1)	(1)	—	(1)	(5)
Resistência	—	—	(2)	(1)	—	(1)	(1)	—	(6)	(9)
Outros	—	(2)	(1)	(1)	—	—	(1)	1	(4)	(9)
Feticaria ³	—	—	—	—	—	—	—	—	2	2
Homicídio ⁴	3	1	47	(16)	(22)	(9)	6	—	9	66
Injúrias corporais ⁵	—	—	6	(1)	(3)	(2)	(4)	—	20	30
Crimes sexuais	—	1	4	(1)	(2)	(1)	—	—	20	25
Estupro	—	—	(1)	(1)	—	—	—	—	(13)	(14)
Sodomia	—	(1)	—	—	—	—	—	—	—	(1)
Masturbação	—	—	(2)	—	(1)	(1)	—	—	6	(8)
Outros ⁶	—	—	(1)	—	(1)	—	—	—	(1)	(2)
Adultério	—	—	2	(2)	—	—	1	—	4	7
Furto ⁷	—	1	52	(20)	(26)	(6)	3	—	55	111
Falsificações ⁸	—	—	4	—	—	—	3	—	14	21
Fals de docs	—	—	(4)	—	—	—	(2)	—	(8)	(14)
Contrabando	—	—	—	—	—	—	—	—	(2)	(2)
Crimes de ofic	—	—	—	—	—	—	—	—	(3)	(3)
Outros	—	—	—	—	—	—	(1)	—	(1)	(2)
Crimes de policia	—	—	—	—	1	1	—	—	2	10
Armas proibidas	—	—	—	—	(1)	(1)	—	—	(6)	(8)
Outros	—	—	—	—	—	—	—	—	(2)	(2)
Totais	3	5	124	(47)	(56)	(21)	18	1	143	294

Fonte *Lembrança dos criminozos*

¹ «Renegado e traidor»

² Inclui casos de arrombamento de casa, assalto a quintas, desafios, fogo posto, rapto, resistências, banditismo

³ Inclui casos de superstição e de administração de beberagens

⁴ Inclui casos de homicídio duplo ou acumulado com outros crimes, de infanticídio e de conjucídio

⁵ Inclui casos de açoites, ferimentos, tiros, bofetadas, briga, envenenamento, facadas, maus tratos à mulher

⁶ Violação

⁷ Inclui casos de furtos, burlas, carteiristas, recepção de objectos roubados

⁸ Inclui falsificações de chaves, de documentos, de papéis, uso de nome falso, uso de hábitos sem direito a eles, erros de ofício, contrabando de tabaco

O Quadro II e os Gráficos IV a VII sintetizam os resultados do estudo estatístico feito com base nestes casos. Dele decorre, nomeadamente, o seguinte:

QUADRO II

Distribuição das condenações à morte por tipos penais e períodos cronológicos (1601-1800)²⁴

Anos	Ordem política				Religião			Moral
	Total	Tr./Sed.	Falso	Viol.	Total	Geral	Roubo	
1601-1610	0				1	1		
1611-1620	0				0			2
1621-1630	0				3	3		
1631-1640	1		1		1	1		
1641-1650	14	13	1		0			
1651-1660	2	1	1		0			
1661-1670	0				1		1	
1671-1680	8	7		1	1		1	
1681-1690	0				0			
1691-1700	6	1	4	1	1		1	3
1701-1710	7	4		3	2		2	1
1711-1720	4		1	3	0			1
1721-1730	5			5	4	2	2	
1731-1740	9			9	3		3	3
1741-1750	19	5	2	12	13	10	3	1
1751-1760	41	33	7	1	7		7	
1761-1770	48	34	8	6	0			1
1771-1780	2	2			1	1		
1781-1790	15	15			9		9	
1791-1800	9	1		8	0			
1601-1800	190	116	25	49	47	18	41	12

²⁴ Não está, naturalmente, garantido que não existam outras condenações capitais, para além das que aparecem nestas listas. Em todo o caso, a coincidência fundamental de todas elas aponta para uma listagem exhaustiva destes casos que a memória colectiva retinha, até —acrescento em abono das minhas teses— pelo seu carácter inusitado. Note-se que, por disposição expressa das *Ordenações* (v.g., *Ord. fil.*, V, 19 1, V. 25, pr.; V, 35, 1, V. 137, 1) ou pelo funcionamento da apelação de ofício (v., *supra*, n. 19), todas as penas de morte eram aplicadas nos tribunais centrais de justiça (Casa da Suplicação e Casa do Cível).

QUADRO II (cont.)

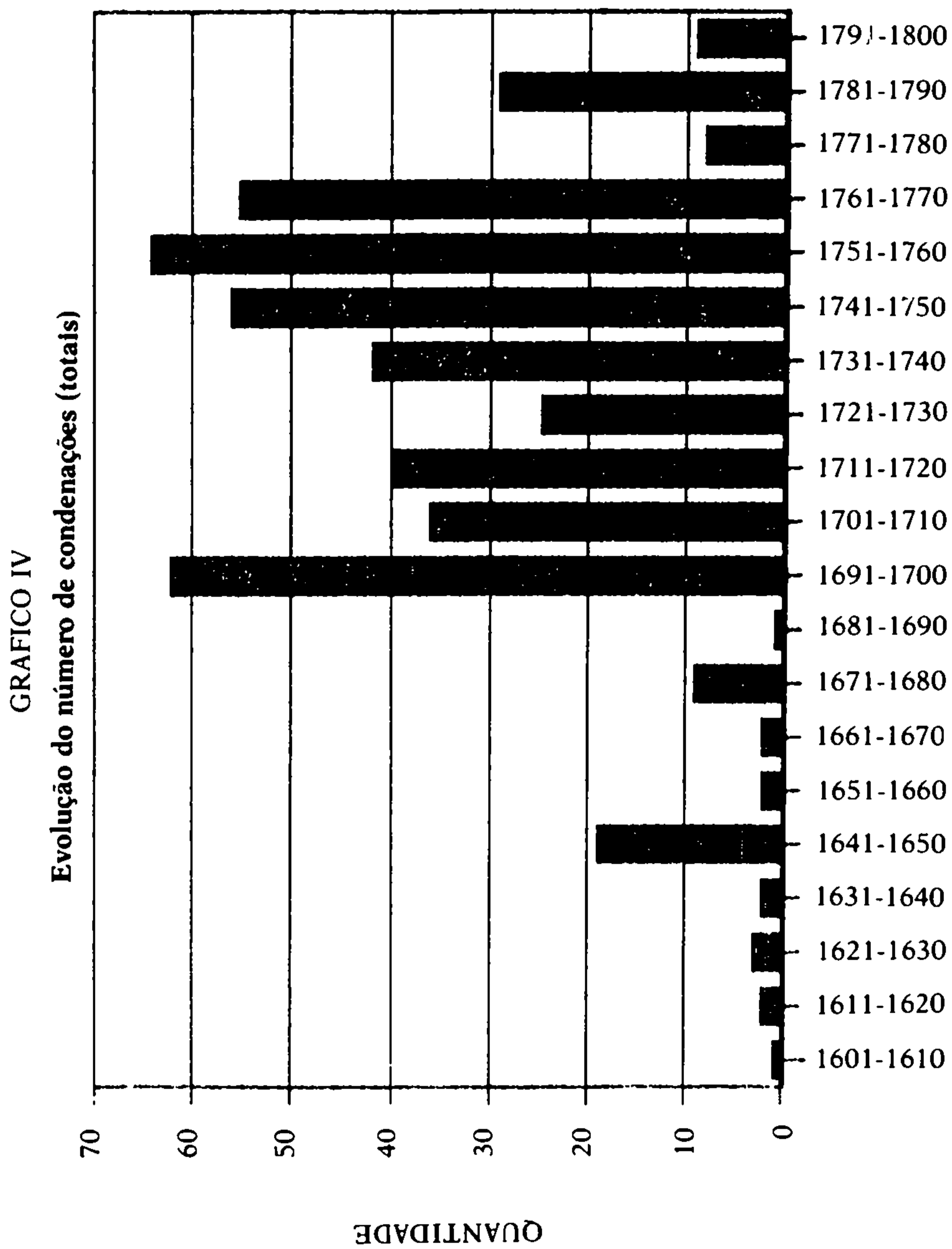
Distribuição das condenações à morte por tipos penais e períodos cronológicos (1601-1800)

Anos	Vida				Honra	Patrimón	Totais
	Total	Hom. sim	Conjug.	Hom agr.			
1603-1610	0						1
1611-1620	0		1				2
1621-1630	0						3
1631-1640	0						2
1641-1650	5			5			19
1651-1660	0						2
1661-1670	1			1			2
1671-1680	0						9
1681-1690	1		2	1			1
1691-1700	45	18	8	27		7	62
1701-1710	24	9	6	15	1	1	36
1711-1720	31	15	3	16		4	40
1721-1730	14	6	1	8		2	25
1731-1740	21	5	6	16		6	42
1741-1750	15	4	3	11	1	7	56
1751-1760	8	3		5		8	64
1761-1770	0					6	55
1771-1780	5	0	1	5			8
1781-1790	5		2	5			29
1791-1800	0						9
1603-1800	175	60	33	115	2	41	467

a) Entre 1601 e 1800, uns anos pelos outros, foram feitas em Portugal (no Sul de Portugal?) cerca de 2 execuções capitais por ano.

b) Se a fonte tivesse sempre a mesma fiabilidade —e pensamos, apesar de tudo, que há que distinguir, a este respeito, o período de 1601 a 1692 do que decorre entre 1693 e 1800— teríamos que opor um século XVII relativamente pouco cruel (c. de uma condenação capital por ano) de um século XVIII que aplicou, quase até ao seu termo (a fase «humanitarista»), com relativa frequência (c. de quatro vezes por ano) a pena última.

c) Não insistindo demasiado neste aspecto, notemos a distri-



buição tipológica das condenações (Gráfico V): cerca de 50 % das execuções respondem a uma política de salvaguarda de bens «públicos» (crimes políticos, crimes religiosos, crimes morais)²⁵. A restante metade corresponde à salvaguarda de bens «privados» —a vida, a honra e o património. Mas o que é ainda mais esclarecedor é verificar a evolução deste equilíbrio ao longo dos anos (Gráfico VI). Os dados disponíveis, sobretudo para os anos de que temos mais informação, apontam ineludivelmente para um decréscimo progressivo da punição capital das ofensas aos valores «particulares» a longo de toda a primeira metade do séc. XVIII e para um correspondente acréscimo da punição capital dos atentados aos valores «públicos», nomeadamente políticos —salvaguarda da ordem política e da ordem pública—, decréscimo que caracteristicamente se acentua como o advento do governo despótico-iluminista do Marquês de Pombal.

d) O Gráfico VII —que representa a projecção das várias décadas e dos grandes tipos de crime num espaço cartesiano, de acordo com a técnica estatística de análise multifactorial (análise das correspondências)— oferece, a este propósito, resultados muito impressionantes. O espaço aparece organizado de acordo com dois eixos de polarização. No primeiro eixo —aquele que explica numa percentagem mais elevada (51 %) a distribuição dos pontos— pode-se dizer que se opõe a criminalidade política (Pol), situada à esquerda, da criminalidade contra os valores particulares (vida [Vid], património [Pat] e honra [Hon]), cujos pontos —representados por cruces— se situam, próximos uns dos outros, à direita. No segundo eixo, de muito menor poder explicativo (23 %), opõe-se a punição dos crimes religiosos e a dos crimes morais. É neste jogo de tensões que se distribuem os pontos (representados por quadrados) correspondentes às décadas (a legenda refere-se ao primeiro ano de cada década). A situação de cada uma delas no gráfico caracteriza, assim, por um lado, o parentesco/oposição entre elas e, por outro, a proximidade em relação critérios axiológicos estruturantes do campo. Assim, todas as décadas de 1631 a 1660 (1661 a 1670 tem um comportamento atípi-

²⁵ O critério de agrupamento dos crimes, aqui adoptado, parece-me justificado, em função do que se dirá na V parte.

GRAFICO V
Composição total (por tipos de crimes)

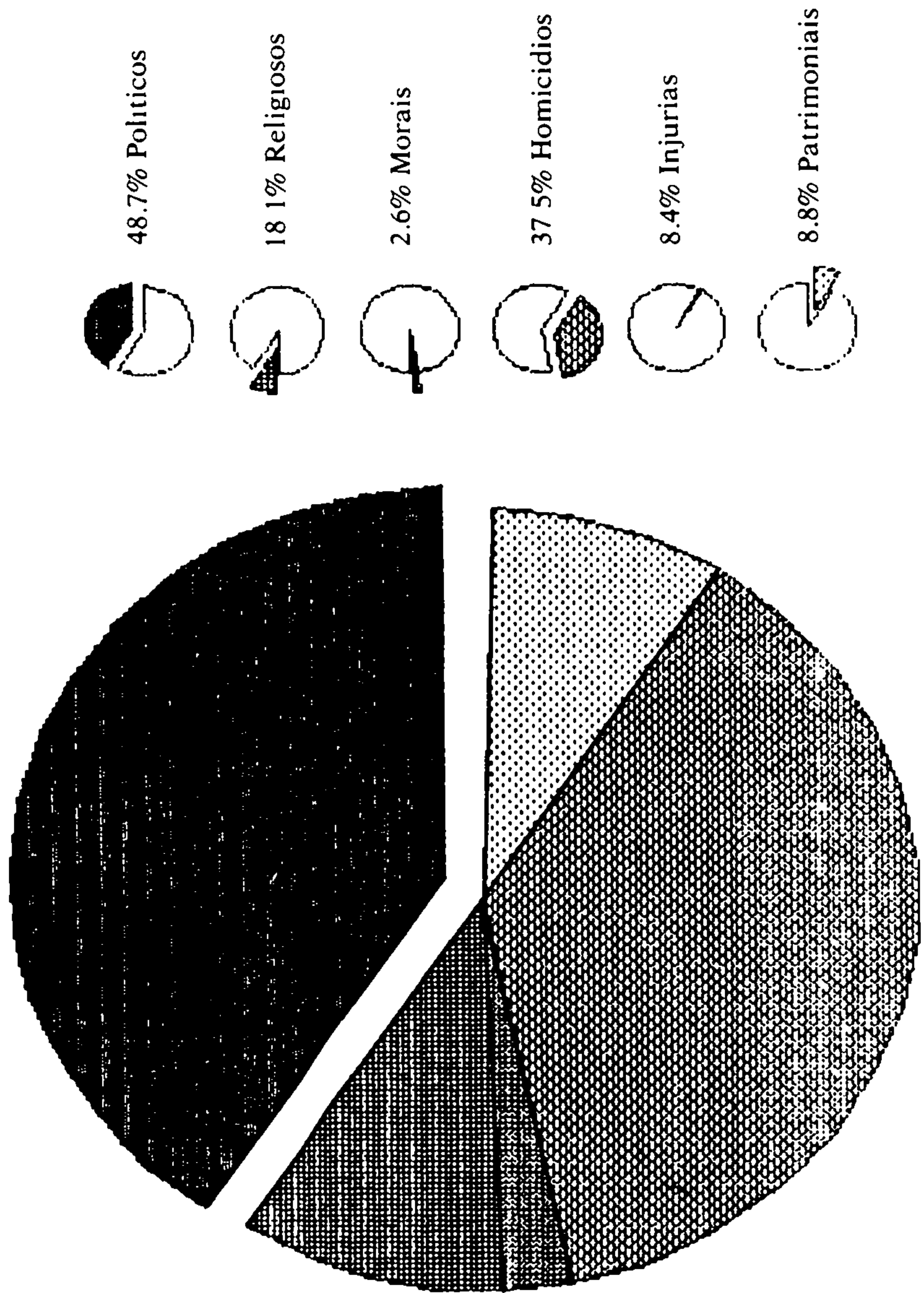


GRAFICO VI

Evolução por tipo de crime (parcial)

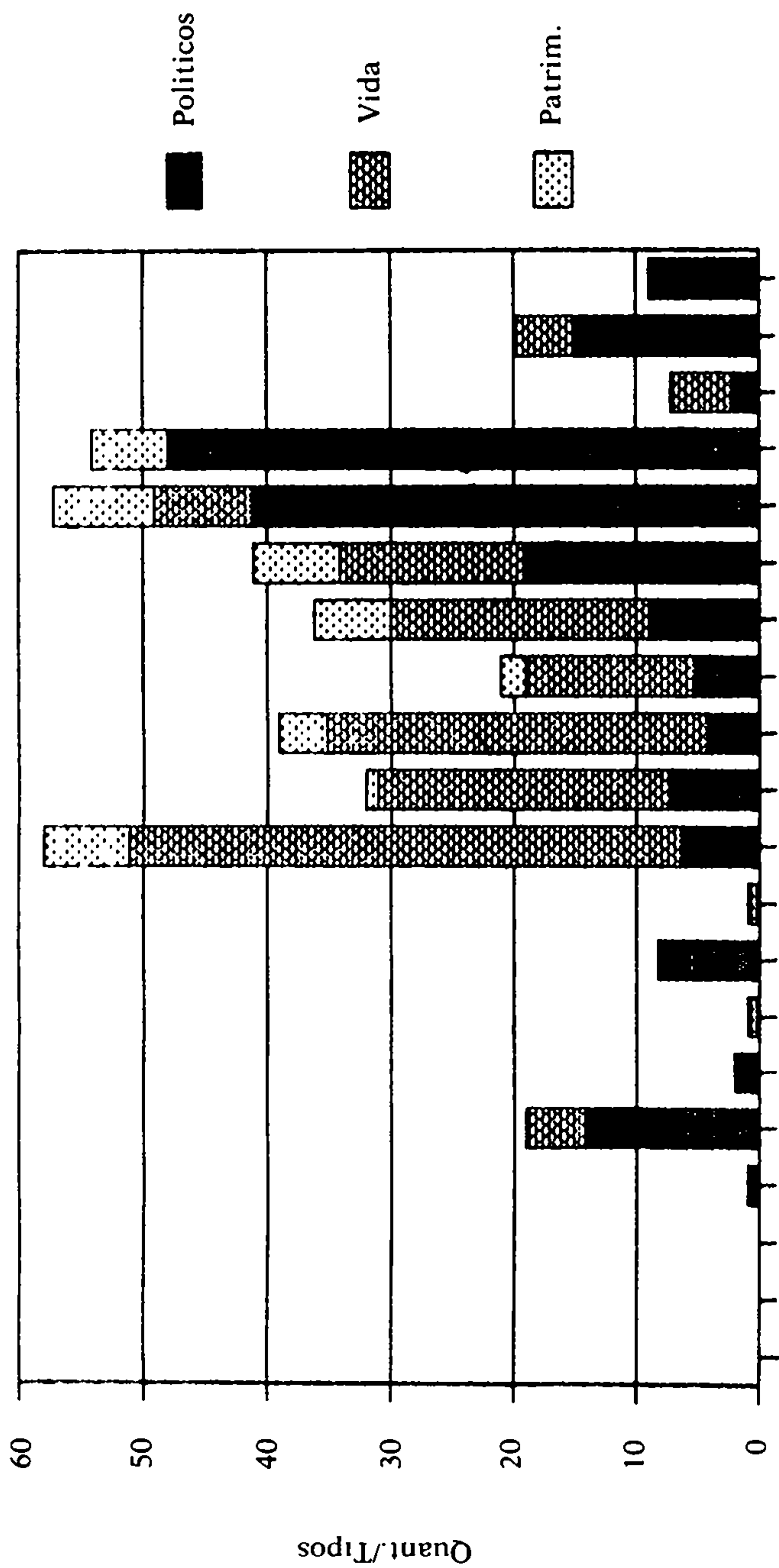
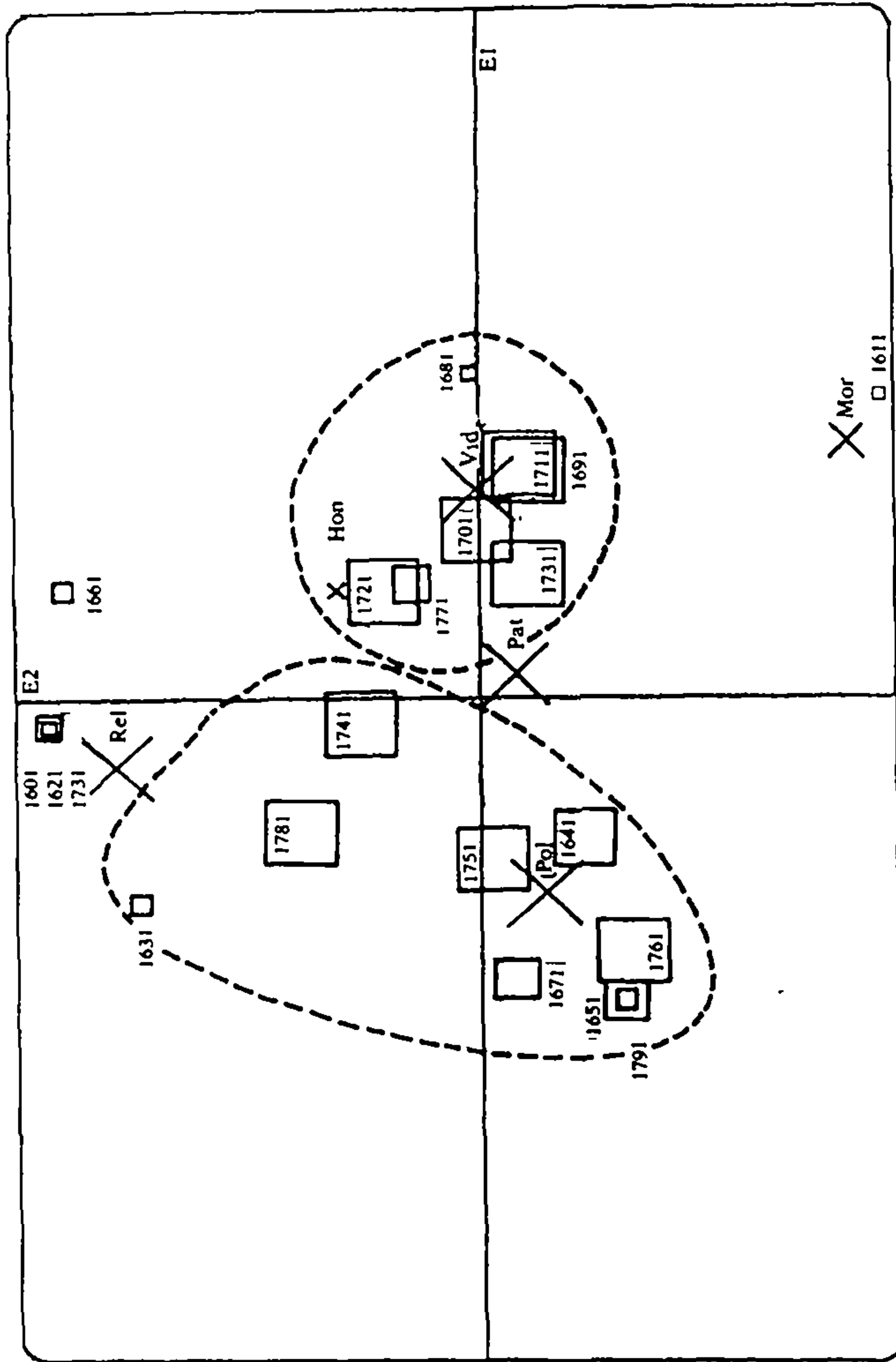


GRAFICO VII



População total	467	% da relação devida	23.9
Valor máximo da relação	5	ao eixo 2	
Valor real da relação	8191	% da relação devida	74.3
% da relação devida	50.4	aos dois eixos	

co), bem como as de 1741 a 1800 aparecem com uma matriz idêntica de aplicação da pena capital, organizada em torno da punição de valores políticos; afinal, diríamos nós, é época dos solavancos políticos da Restauração e da política de disciplina social do Iluminismo, que teve que reprimir não apenas os atentados contra o sumo poder, mas ainda sedições, tumultos e bandoleirismo, todos perturbadores da ordem pública. Em contrapartida, de 1681 a 1700, a punição organiza-se em torno dos valores «privados»: é o período de acalmia que decorre entre o fim da Guerra da Restauração e da consolidação da dinastia brigantina até à renovação das relações Estado/sociedade do período Iluminista.

Como conclusão final, creio que é legítimo afirmar que, pelo menos comparativamente com as previsões legais, a pena de morte é muito pouco aplicada durante o Antigo Regime. E, de facto, um autor que escrevia já nos inícios do século XIX referia que em Portugal se passava «ano e mais» sem se executar a pena de morte (Melo, 1816, 50).

Esta não correspondência entre o que estava estabelecido na lei e os estilos dos tribunais não deixou de ser notado pelos juristas. Conhecem-se tentativas de, por via da interpretação doutrinária, pôr o direito de acordo com os factos. Uma delas foi através da interpretação da expressão «morra por ello», utilizada nas Ordenações.

Jogando sobre o facto de que, para a teoria do direito comum, a morte podia ser «natural» e «civil» e que esta correspondia ao degredo por mais de 10 anos²⁶, já Manuel Barbosa entendia que tal expressão correspondia a exílio (perpétuo)²⁷. A mesma era, expressa em termos gerais, a opinião de Domingos Antunes Portugal —«regularmente, onde quer que a lei fale de pena capital, não se entende morte natural mas degredo»²⁸. Ainda no século XVIII, esta opinião fazia curso, agora fundada numa opinião do desembargador Manuel Lopes de Oliveira, que distinguia entre os casos em que a lei utilizava a expressão «morra por ello» ou pena de morte, sem outro qualificativo —que corresponderiam à pena de

²⁶ PHAEBUS, 1619, d. 156, ns 5-10

²⁷ BARBOSA, 1618, ad Ord V, 18, 3, n. 10 [pg 298].

²⁸ D. A. PORTUGAL, 1673, 1. 2, C 25, N. 53/5.

morte civil— e «morte natural» —que corresponderiam à morte física. Com base nisto, este autor apelidava os juízes que aplicavam indistintamente a pena de morte natural como «práticos ignorantes» (*imperiti Pragmatici*) e «carniceiros monstruosos» (*immanissimi carnifices*). Os argumentos do desembargador eram débeis e a sua opinião, apesar de ter reunido alguns sufrágios (nomeadamente de Paulo Rebelo, num *Tractatus iure naturali* manuscrito) e de ser cotada de «a mais pia», não chegou a triunfar²⁹. Mas não deixa de ser curioso que, na polémica gerada por esta opinião, ninguém acusou o desembargador de laxismo ou a sua opinião de perigosa para a ordem social. Na verdade, o que ele tentava fazer era justificar com argumentos legais uma prática geral, por outros menos provocatoriamente fundada no poder arbitrário do juiz de adequar a pena às circunstâncias do delito e do delinquente. Esta diversidade de justificação não era, em si mesma, dispicienda. Pois, como diremos, o segredo da específica eficácia do sistema penal do Antigo Regime estava justamente nesta «inconseqüência» de *ameaçar sem cumprir*. De se fazer *temer*, ameaçando; de se fazer *amar*, não cumprindo. Ora, para que este duplo efeito se produza, é preciso que a ameaça se mantenha e que a sua não concretização resulte da apreciação concreta e particular de cada caso, da benevolência e compaixão suscitadas ao aplicar a norma geral a uma pessoa em particular. Por isso, qualquer solução que abolisse *em geral* a pena de morte —v.g., por meio de uma interpretação genérica dos termos da lei— comprometia esta estratégia dual de intervenção do direito penal da coroa³⁰. Juízes havia, no entanto, que se gabavam de, em toda a vida, nunca terem condenado ninguém à morte, antes terem dela livrado muitos réus (Secco, 1880, 672).

O que se passava com a pena de morte, parece ter-se passado

²⁹ Sobre esta discussão, com exposição e crítica dos diferentes argumentos, v. *Repertório* , maxime IV, 40 (a) e I, 434 (b).

³⁰ Notem-se as palavras finais do excurso do *Repertório* . , que vimos citando «Sed quamvis isti sit verissimus sensus Legis circa verba morra por ello, attamen a clementissimis Iudicibus exoro, ut semper præ oculis habeant, quod aliquæ sunt Leges, quæ magis ad terrorem videntur conditæ, quam ut eorum rigor ad ungem observetur [] et perpensis circumstantiis per benignior sensu, quantum Leges suffere possint, eas interpretare intendant» (pg. 44 (a) [da pg 40] *in fine*)

—em grau porventura diferente— com algumas outras penas corporais, de que as fontes que utilizámos também oferecem poucos testemunhos de aplicação. Tais são os casos dos açoites e da marca que, no mesmo rol dos detidos da cadeia de Lisboa, não são mais aplicados do que a morte. A marca é utilizada em dois casos, um de roubo e outro de furto, cumprindo a conhecida função de «registo criminal» *in corpore*, em crimes em que era relevante, para efeito de punição, saber se o criminoso era primário, reincidente ou treincidente³¹. Os açoites, por sua vez, aparecem em três casos, um de entrada violenta em casa de mulher branca e dois de furto. O cortamento de membro nunca aparece³². Embora a eficácia probatória das fontes não seja de exagerar, os resultados da sondagem devem fazer problematizar muitas ideias recebidas sobre a frequência da aplicação destas penas corporais.

Como panorama global do modo como eram usados, na prática punitiva da justiça real dos finais do séc. XVII, as várias penas, elaborámos o Quadro I, baseado nos dados colhidos do já citado manuscrito *Lembrança de todos os criminosos...*, onde se faz uma lista dos 454 presos da cadeia da cidade, presentes ao Regedor da Justiça, aquando das visitas que regimentalmente devia fazer à cadeia da corte³³. A lista terá sido feita em 1694, conforme

³¹ No furto, a treincidência era especialmente punida, sendo o furto triplo equivalente ao *furto magnum*; daí que se estabelecesse a marcação dos ladrões, no primeiro furto com um L ou um P, consoante a condenação fosse feita no distrito da Casa da Suplicação ou no da Casa do Cível; no segundo furto com uma forca (v. a Lei da Reformação da Justiça de 6-12-1612, § 20) No entanto, a marca já não se utilizava nos finais do séc. XVIII (v. JOAQUIM J. C. PEREIRA E SOUSA, 1803, I, § 22, nota 35)

³² «Há muito que estão entre nós em desuso», J J C PEREIRA E SOUSA, 1803, I, § 22, n 35

³³ Cf. *Ord. fil.*, I, 1, 30 (visitas mensais, na última sexta-feira ou sábado), o Regimento da Casa da Suplicação, de 7-6-1605, § 11 (visitas no primeiro dia de cada mês, o promotor da justiça tome um rol dos presos, informando do estado de cada um, e o mostre ao Regedor para que este decida sobre o seu livramento), a Ref da justiça, de 6-12-1612, § 9 (que, contra o que abusivamente estava em prática, não se despachassem senão os casos leves, pois as visitas apenas se destinavam a despejar as cadeias e a aliviar o trabalho dos requerentes [de livramentos] da Misericórdia) (J.J.A.S., 1603-1612), 130) e, sobretudo, o Alv. de 31-3-1642 §§ 5-10 (importante, não só para se conhecer o regimento das visitas, mas ainda os pontos

se lê no rosto dos dois tomos; mas tem acrescentos, de outra mão, reportados a datas posteriores, até 1696. Em relação a cada réu, regista-se, em geral, o nome, o crime de que vinha acusado, o lugar do crime, o tempo há que estava preso, o estado da causa, o seu destino final e o nome do escrivão do processo. Há casos em que falta algum destes dados. Com indicação, tanto do crime de que vinha acusado, como da decisão final, existem 294 casos.

Com base nesta amostra não se pode, evidentemente, fazer qualquer estudo estatístico sobre a criminalidade da época, não tanto pela exiguidade do número de casos, como sobretudo pelo carácter não representativo da amostra, em relação ao universo da criminalidade. Mas pode ter-se uma ideia do modelo de punição adoptado no tribunal da corte.

Os traços deste modelo são os seguintes (v. os Gráficos I a III, *supra*).

Em primeiro lugar. Praticamente, os detidos ou eram soltos (48 %) ou enviados para o degredo, no ultramar (42 %) ou no reino e Norte de Africa (6 %). As razões do livramento —por absolvição, por perdão ou por fiança— não se conhecem. Algumas vezes, parece que seria por falta de culpas, mas em muitos casos as expressões usadas para descrever o estado da causa deixam supor que se tratava antes de livramento ou por fiança ou por perdão. Nestes últimos casos, não deixaria de ter sido tido em conta o facto de os arguidos já haverem sofrido um —por vezes longo, mas sempre duro (há 14 casos de morte na cadeia)— período de prisão.

Em segundo lugar, no que respeita às penas. A pena de morte foi rarissimamente aplicada (3 casos de homicídio, correspondendo a 1 % do total e a 2 % das condenações). Embora a lista abunde (38 %) em crimes a que corresponderia forçosamente a pena capital (lesa magestade, violência, feitiçaria, homicídio, moeda falsa, estupro e violação); contendo ainda muitos casos de furto (38 %, alguns deles de objectos descritos como valiosos), a que também podia competir pena de morte. Os açoites são aplicados

de vista dominantes na corte sobre o grau de eficácia da justiça real) (C L.E., I, 422 ss). V ainda, M A. PEGAS, 1669, I, ad *Ord. fil.*, I, 1, 30; J. M. DA COSTA, 1622, ad 2, n. 42, M M DE CASTRO, 1619, I. V, c 1, n 31; MELO, 1789a, XII, § 11

em três casos (arrombamento, dois furtos); sempre combinados como o degredo ou galés. A condenação às galés aparece em cinco casos (dois arrombamentos, um furto, um homicídio e um caso de sodomia). A incorporação no exército, num caso (assalto a quintas).

Finalmente, pelo respeito à utilização da prisão preventiva como meio punitivo arbitrário. Encontram-se não poucos casos de indivíduos detidos à ordem de qualquer entidade (rei, um desembargador, o regedor, outros juizes), sem qualquer acusação precisa («não se sabe porquê») ou por actos que, normalmente, não dariam lugar a punição, como adultério ou maus tratos à mulher. Teriam sido apanhados nas devassas de estilo sobre os «pecados públicos»; em geral, acabaram por ser libertados; mas, entretanto, a prisão funcionou como pena.

Parece, em vista disto, que o leque das penas praticadas no plano do sistema punitivo régio ficava afinal muito reduzido e, sobretudo, carecido de medidas intermédias. No topo da escala, teoricamente, a pena de morte; mas, sobretudo, o degredo, com todas as dificuldades de aplicação —e consequente falta de credibilidade— a que nos referimos. Na base, as penas de açoites —inaplicáveis a nobres e, em geral, aparentemente pouco usadas, pelo menos a partir dos fins do séc. XVII— e as penas pecuniárias.

Assim, e ao contrário do que muitas vezes se pensa, a punição no sistema penal efectivamente praticado pela justiça real no Antigo Regime —pelo menos até ao advento do despotismo iluminado— não era nem muito efectiva, nem sequer muito aparente ou teatral. Os malefícios, ou se pagavam com dinheiro, ou com um degredo de duvidosa efectividade e, muitas vezes, não excessivamente prejudicial para o condenado. Ou, eventualmente, com um longo e duro encarceramento «preventivo».

Ou seja, mais do que em fonte de uma justiça efectiva e quotidiana, o rei constituiu-se em dispensador de uma justiça apenas —e, acrescente-se, cada vez mais— virtual. Independentemente dos mecanismos de graça e da atenuação casuística das penas, que estudaremos a seguir, o rigor das leis —visível na legislação quatrocentista e quinhentista (a legislação manuelina tende a agravar o rigor e crueldade da punição)— fora sendo temperado com estilos de punir cada vez mais brandos.

Passemos, agora ao polo oposto da punição: o perdão na prá-

tica penal da monarquia corporativa³⁴. Tem sido mesmo destacado que o exercício continuado do perdão destruiu o seu carácter imprevisto e gracioso e o transformara, pelo menos para certos crimes, num *estilo* e, com isto, num expediente de rotina.

No plano doutrinal, este regime complacente do perdão radica, por um lado, no papel que a doutrina do governo atribuía à clemência e, por outro, no que a doutrina da justiça atribuía à equidade. Quanto à clemência como qualidade essencial do rei, ela estava relacionada com um dos tópicos mais comuns da legitimação do poder real —aquele que representava o príncipe como pastor pai dos súbditos, que mais se devia fazer amar do que temer³⁵. Embora constituísse, também, um tópico corrente que a clemência nunca poderia atingir a *licença*, deixando impunidos os crimes (justamente porque um dos deveres do pastor é, também, perseguir os lobos)³⁶, estabelecia-se como regra de ouro que, ainda mais frequentemente do que punir, devia o rei ignorar e perdoar («Principem non decere punire semper, nec semper ignorare, punire tamen saepe, ac saepius ignorare officium regium esse; miscere clementiam, & severitatem pulchrius esse»)³⁷, não seguindo pontualmente o rigor do direito («Ex praedictis inferitur non esse sequendum regulariter, quod praecipuit jus strictum... summum ius, summam crucem [vel] injuriam»)³⁸. Este último texto aponta já para um outro fundamento teórico da moderação da punição —ou seja, o contraste entre o rigor do direito

³⁴ V. DUARTE, 1986.

³⁵ Cf sobre o tema, largamente, FRAGOSO, 1641, I, l 1, disp 1, § 3, pg 1, 2; («principem pastoris nomine, imperioque adornat, & sic nomen imperii superbum pastoris nomine dulcescit. quasi dicat imperare populo, ac pascere populo idem esse. ex quo manifestum est clementiam, mansuetudinem, & misericordiam maxime competere in principibus, atque illorum vices tenentibus», n 37 [pg. 22], com fonte na Sagrada Escritura, e em S Ambrósio, n 38, fontes clássicas Seneca, *De clementia*: «Nullum magis decet clementiam, quam principem») Sobre se o príncipe se deve antes fazer amar do que temer, v, *ibid*, n 44 «Magis decere principem amari, quam metui».

³⁶ *Ibid*, n 42-43, 52 *in fine*, 53 e 60-62. Na literatura clássica, estabeleceu-se uma larga polémica com os estóicos, para quem a *clementia* em relação aos criminosos equivalia à licença (*venia*). Mais tarde, penalistas iluministas reagirão, de novo, contra o perdão, com idêntico fundamento

³⁷ *Ibid.*, n. 52.

³⁸ *Ibid.*, n. 57.

e a equidade de cada caso. Fundamento que, valendo para todos os juízes— pelo que reservamos uma referência mais alargada para o momento em que tratarmos dos fundamentos teóricos do poder arbitrário dos juristas—, valia ainda mais para o juiz supremo que era o rei.

Tal quadro doutrinal e ideológico tinha reflexos directos no plano institucional. Um dos tratamentos mais completos do regime do perdão na doutrina portuguesa é o de Domingos Antunes Portugal³⁹, onde se discutem os requisitos a que devia obedecer a sua concessão. Em primeiro lugar, é destacado o seu carácter de *regalia* (mesmo de *regalia maiora* ou *qui ossibus principis adhærent*⁴⁰); em segundo lugar, a necessidade de uma justa causa para a sua concessão, embora logo se adiante que «justa, & magna causa est principis voluntas» (n.º 11); em terceiro, a precedência de perdão de parte (*Ord. fil.*, I, 3, 9; III, 29), embora se exceptuassem os casos em que o perdão fosse concedido *pro bono pacis* (n.º 30) ou em que o príncipe exercitasse, com justa causa, a sua *potestas absoluta* (n.º 40 ss., *maxime* n.º 47)^{41, 42}.

A doutrina, porém, atestava uma prática do perdão mais per-

³⁹ D A PORTUGAL, 1673, pg. II, c 18, pg I, 264 ss.

⁴⁰ Logo, insusceptível de doação (n 1-5), o príncipe podia, no entanto, cometer a certos magistrados a instrução dos processos de perdão (v. *Ord fil*, I, 3, *Reg. Des Paço*, § 18)

⁴¹ Refere ainda que, em Portugal, o rei não costuma perdoar os crimes mais atrozes, mesmo com o perdão de parte (n 48), que os crimes de reincidentes não devem ser perdoados, que o rei pode perdoar contra o pagamento de certa quantia (*Reg Des Paço*, §§ 21 e 23, n 124).

⁴² O regime de concessão de perdões fora modificado pelo Regimento do Desembargo do Paço de 27-7-1582, num sentido mais rigorista; os desembargadores são proibidos de aceitar pedidos de perdão dos crimes mais graves —em geral, aqueles a que correspondiam penas de açoites ou daí para cima (*Ord. Fil, Reg. Des Paço*, §§ 19/20, cf regime anterior em *Ord Fil*, I, 3, 8 ss); para os crimes mais leves (em relação aos anteriores), exige-se o perdão de parte, quando a houver (*ibid*, 21), o perdão deve, em princípio, traduzir-se numa comutação de pena (*ibid.*, 21)— a comutação era feita, em geral, numa pena pecuniária, para isso corria um expediente especial (livramento), no caso de réus pobres, as misericórdias podiam assumir o pagamento, quer da multa, quer da fiança («livrar-se pela Misericórdia»), a concessão deve ser sempre do rei, cabendo aos desembargadores apenas o parecer (*ibid.*, 22) Sobre o regime do perdão (*remissio, indulgentia*) v. PEGAS, 1669, ad I, 3, 8 ss (vol II) e ad *Reg. Sen Pal.* cap 19/21 (vol 7) e CABEDO, 1601, I, d 75

missiva do que o faziam supor as determinações legais e, mesmo, doutrinárias. Manuel Barbosa informa que era estilo comutar as penas mesmo sem o perdão da parte, decorrido um terço do seu cumprimento⁴³. E que, embora Jorge de Cabedo aconselhe em contrário, se perdoavam mesmo os crimes mais graves, recordando casos ocorridos na sua terra de perdão de penas capitais, sem perdão de parte: «eu próprio vi, no entanto, perdoar a pena capital a um nobre de Guimarães, sem perdão de parte, e ouvi dizer que o mesmo acontecera a um certo homem de Monção, mas para isto deve ocorrer grave causa, pois o príncipe não pode facilmente perdoar contra o direito da parte lesada»⁴⁴.

O perdão e comutação da pena combinavam-se, de resto, com uma outra medida de alcance prático semelhante —a concessão de alvarás de fiança (*liberatio sub fideiussoribus*), que permitiam aos réus aguardar em liberdade o julgamento ou o «livramento» por perdão ou comutação⁴⁵. Também aqui, o regimento do desembargo do Paço procura estabelecer um maior rigor (cf., *ibid.*, 24) para evitar que tais alvarás «dêem ocasião aos delinquentes cometerem os delictos tão facilmente com speranza de haverem os ditos Alvarás para se livrarem soltos». Mas, na prática, o regime parece ter continuado a ser bastante permissivo. No rol de réus presos à ordem da Casa da Suplicação, a que já nos temos referido, quase metade (mais exactamente, 48 %) daqueles de que se sabe o destino saem soltos, por perdão, fiança ou, eventualmente, por falta de culpas; e, em relação a muitos outros, «corria livramento» por meios ordinários.

Além das cartas de perdão e dos alvarás de fiança, existiam ainda as *cartas de seguro* (*securitatis ou assecurationis litterae*), passadas pelos corregedores e outros juizes, que garantiam o acusado contra a prisão antes da conclusão da causa⁴⁶. Do relevo prá-

⁴³ BARBOSA, 1618, ad I, 3, 9, n. 2 [pg. 8]. No mesmo sentido, CASTRO, 1619, p. II 1 1, c. 2, n. 19 ss. [pg. 13/14] justificando a praxe «ob delinquentis merito, & beneficio in rem publicam» e invocando o direito comum, D., 49, 16, 5, 8

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Sobre os alvarás de fiança, v., por todos, CASTRO, 1619, p. I (e também II), 1.5, c. 1, app. III [pg. 173], para além dos comentários de MANUEL BARBOSA e de M. A. PEGAS ao parágrafo do regimento (com ulteriores indicações bibliográficas)

⁴⁶ *Ord. fil.*, V, 124 e 129; Alv. 21-1-1564 [DNL LE, 3, 3, 3], Alv. 6-12-1612, §§ 3 e 4, em *Ord. fil.*, V, 128, um outro tipo de garantia, ainda mais genérica —a segu-

tico deste instituto na instauração da permissividade criminal diz-nos o testemunho de Manuel Mendes de Castro: «Digo-te que em nenhuma outra parte estão em uso senão neste reino, embora este costume português pareça um tanto alucinado... Se o meu juízo vale algo, penso que seria melhor aboli-las completamente, se fossem tomadas outras medidas de que adiante falarei [refere-se ao alargamento da competência para passar alvarás de fiança, baseado no direito comum e no facto de os processos, em Portugal, se prolongarem muito por malícia das partes; cf. *ibid.*, app. III]»⁴⁷.

Esta situação de permissibilidade era incentivada pelo poder. Um influente valido de D. João V recomendava rispidamente ao desembargador Inácio da Costa Quintela: «Sua Mageastade manda advertir V.M., que as leis são feitas com muito vagar e socego, e nunca devem ser executadas com aceleração: e que nos casos crimes sempre ameaçam mais do que na realidade mandam [...] porque o legislador he mais empenhado na conservação dos Vasallos do que no castigo da Justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor que ellas impõem» (Melo, 1816, 9).

Concluindo. Pelos expedientes *de graça* realizava-se o outro aspecto de inculcação ideológica da ordem real. Se, ao ameaçar punir (mas punindo, efectivamente, muito pouco), o rei se afirmava como *justiceiro*, dando realização a um tópico ideológico essencial no sistema medieval e moderno de legitimação do poder, ao perdoar, ele cumpria um outro traço da sua imagem —deste vez como *pastor* e como *pai*—, essencial também à legitimação. A mesma mão que ameaçava com castigos impiedosos, prodigalizava, chegado o momento, as medidas de graça. Por esta dialéctica do terror e da clemência, o rei constituía-se, ao mesmo tempo, em senhor da Justiça e mediador da Graça. Se investia no *temor*, não investia menos no *amor*. Tal como Deus, ele desdobrava-se na figura do Pai justiceiro e do Filho doce e amável.

Assim, o perdão e as outras medidas de graça, longe de con-

rança real Sobre as cartas de seguro, seu regime e espécies, além das fontes legais, v., por todos, CASTRO, 1619, P I, L 5, c 1, app II, n 19 ss [pg. 172] e P II, L 5, c. 1, app II [pg. 255]; LEITÃO, 1645, e MELO, 1789b, c 16, §§ 1 ss, este favorável à sua manutenção e alargamento (§§ 2 e 9).

⁴⁷ *Ibid*, pg. 172/3

trariarem os esforços de construção *positiva* (pela ameaça) da ordem penal régia, corroboram esses esforços, num plano complementar, pois esta ordem é o instrumento e a ocasião pelos quais se afirma ideológica e simbolicamente, em dois dos seus traços decisivos —*summum ius, summa clementia*—, o poder real.

Da parte dos súbditos, este modelo de legitimação do poder cria um certo *habitus* de obediência, tecido, ao mesmo tempo, com os laços do temor e do amor. Teme-se a *ira regis*; mas, até à consumação do castigo, não se desespera da *misericordia*. Antes e depois da prática do crime, nunca se quebram os laços (de um tipo ou de outro) com o poder. Até ao fim, ele nunca deixa de estar no horizonte de quem prevarica; que, se antes não se deixou impressionar pelas suas ameaças, se lhe submete, agora, na esperança do perdão. Trata-se, afinal, de um modelo de exercício do poder coercitivo que evita, até à consumação final da punição, a «desesperança» dos súbditos em relação ao poder; e que, por isso mesmo, tem uma capacidade quase ilimitada de prolongar (ou reiterar) a obediência e o consenso, fazendo economia dos meios violentos de realizar uma disciplina não consentida.

Em comunidades em que nos meios *duros* de exercício do poder eram escassos, modelos que garantissem ao máximo as condições de um exercício consentido do poder eram fortemente funcionais.

Tudo combinado —no plano da estratégia punitiva, do funcionamento do perdão ou do livramento e da escala de penas efetivamente aplicável e aplicada—, o resultado era o de um sistema real/oficial de punição pouco orientado para a aplicação de castigos e, finalmente, pouco crível neste plano. O controle dos comportamentos e a correspondente manutenção da ordem social só se verificava porque, na verdade, ela repusava sobre mecanismos de constrangimento situados num plano diferente do da ordem penal real.

A disciplina social baseava-se, de facto, mais em mecanismos quotidianos e periféricos de controle, ao nível das ordens políticas infra-estaduais —a família, a Igreja, a pequena comunidade⁴⁸. Neste conjunto, a disciplina penal real visava, sobretudo,

⁴⁸ Sobre os poderes punitivos destas ordens infra-reais. sobre o poder punitivo do *pater*, FRAGOSO, 1641, I, disp I, 4, n 89 e III, disp. 3, § 2; AMARAL, 1610, s.v

uma função política— a da defesa da supremacia simbólica do rei, enquanto titular supremo do poder punitivo e do correspondente poder de agraciar.

Para isto, nem era preciso punir todos os dias, nem sequer punir *estrategicamente* do ponto de vista dos interesses de disciplina da vida social (i.e., punir os atentados mais graves ao convívio social). Disto se encarregavam, usando tecnologias disciplinares diversas, os níveis infra-reais de ordenação. À justiça real bastava intervir o suficiente para lembrar a todos que, lá no alto, meio adormecida mas sempre latente, estava a *suprema punitiva potestas* do rei. Tal como o Supremo Juiz, o rei devolvia aos equilíbrios naturais da sociedade o encargo de instauração da ordem social.

Por outro lado, para se fazer lembrar e reconhecer, para manter a carga simbólica necessária à legitimação do seu poder, o rei dispõe de uma paleta multimoda de mecanismos de intervenção. Pode, decerto, punir; mas pode também agraciar, assegurar ou livrar em fiança: como pode, finalmente, mandar prender. Pode optar, isto é, tanto pelo meio, desgastante, da crueza, como pelo meio, económico, do perdão. Ao fazer uma coisa ou outra, afirma-se na plenitude do seu poder e no cabal exercício das suas funções. Pois —segundo uma conhecida máxima do início do Digesto— a realização da justiça (leia-se, da disciplina social) exige uma estratégia plural, em que, ao lado do medo das penas, figuram os prémios e as exortações (*nom solum metu poenarum, verum etiam premiorum quoque exhortatione*, D., 1, 1, 1, 1).

Segundo creio, o traço específico da estratégia política do Antigo Regime —e, também, conseqüentemente, a sua estratégia punitiva— é, justamente, esta constante consciência da multi-dimensionalidade das tecnologias do poder. Este aproveitamento sábio das formas «doces» de condicionamento, como vicariantes do uso de formas «violentas» de disciplina. No fundo, isto não era senão o sintoma, no plano político, das intenções do poder da coroa em relação aos equilíbrios sociais estabelecidos. Longe de os querer alterar, a coroa queria arbitrá-los, assumindo-se não como centro único do poder, mas como pólo coordenador de uma sociedade politicamente poli-centrada.

«pater», n 34 ss, cf *Ord fil.*, V, 38, e V, 95, 4 e respectivos comentadores, sobre o poder punitivo da Igreja, v o vol. II da mesma obra, *per totum*.

Procurámos, até aqui, caracterizar a estratégia política da coroa que explica o modelo de intervenção social do direito régio e «letrado». Mas este modelo adequa-se também aos jogos políticos dos juristas, como mediadores exclusivos de uma tradição textual, dogmática e doutrinal.

Na verdade, na perspectiva destes interesses de corpo, o essencial não era que a ordem punitiva real-letrada tivesse um impacto normativo alargado. Essencial era, pelo contrário, que ela garantisse aos juristas um grau máximo de mediação, obtido através de uma máxima autonomia de julgamento. Isto conseguia-se defendendo, a todo o transe e numa pluralidade de planos, o arbitrário dos critérios de decisão.

O primeiro esteio do *arbitrum iudicis* era constituído pela existência de inúmeras penas arbitrárias, quer na ordem jurídica real⁴⁹, quer no direito letrado⁵⁰. Neste domínio, competia ao juiz fixar a pena, embora a doutrina dominante defendesse que ele não podia exceder a pena de morte civil (= degredo)⁵¹.

Mas a defesa do arbitrário do juiz (do jurista) entronca ainda num tópico que antes já encontramos, o da correcção do direito (*ius*) pela equidade (*aequitas*). Baptista Fragoso — professor em Évora nos finais do séc. XVI e aí contemporâneo de Luís de Molina — discute longamente os limites do arbítrio jurisprudencial, a propósito da questão «*utrum magistratus possunt augere, vel minuire poenas a lege, vel consuetudine statutas?*»⁵². Depois de estabelecer o princípio geral de que o juiz está limitado pelas disposições da lei quanto às penas (ns. 238-242), o autor introduz limitações a esta regra, enumerando as causas que justificavam o tempero do *rigor iuris* pela *aequitas*.

Esta correcção casuística da lei seria, desde logo, normal, pois «hoje todas as penas estão no arbítrio do juiz, tidas em consideração as circunstâncias dos factos e das pessoas [...] pois as leis não podem exprimir todas as circunstâncias; e, assim, é deixada

⁴⁹ Sobre as penas arbitrárias, no nosso direito legislado moderno, v. E. CORREIA, 1977, 85, 93 e 102

⁵⁰ A pena é arbitrária quando não se prevê pena no direito (AMARAL, 1610, v. «poena», n. 45)

⁵¹ *Ibid*, n. 45-46

⁵² B. FRAGOSO, 1641, p. I, 1.4, disp. 11, ns. 238 ss. (p. 430); v. também FARINACIUS 1606, p. I, qu. 17, n. 6 ss.

a faculdade ao arbítrio o juiz de, segundo a contingência dos factos e de acordo com o seu arbítrio, aumentar, diminuir ou mudar as penas» (n.º 243). De donde decorreria que todos os juízes, salvo os inferiores⁵³, poderiam corrigir as penas legais *per modum epikeiae*, por motivos tão diversos como o bem da república, o bem da fé, a observância da *ratio legis* ou *iuris*, a paridade de situações, etc.⁵⁴ Por outro lado, a literatura jurídica enumera uma série de causas e circunstâncias em geral relevantes para este juízo de equidade⁵⁵. Entre elas estão, decerto, as causas de exclusão da ilicitude ou de exclusão e atenuação da culpa, hoje tipificadas (a menoridade, o grau de intenção, a legítima defesa, a obediência devida). Mas estão também circunstâncias como a senectude⁵⁶, a pobreza⁵⁷, a rusticidade⁵⁸, a hierarquia social do réu⁵⁹ e, mesmo, as relações de amizade com o juiz⁶⁰.

A este arbítrio na fixação da pena, somava-se o arbítrio no desencadear da acção penal⁶¹; depois, no estabelecimento e valo-

⁵³ Esta regra só era aplicada aos magistrados *maiores*, mas não aos *minores*, *ibid*, 247. Magistrados *minores* eram os que decidiam as causas menores, ou seja as causas civis até uma certa quantia, «qui de rebus parvi momenti iudicant» (= juízes pedâneos), *ibid.*, 248, *maiores*, os que têm jurisdição pleníssima, como os *proconsules* (= corregedores), *praetores* (= juízes ordinários ou de fora), ou os que conhecem das apelações (= desembargadores) (*ibid*, 248). Sobre estas classificações, v HESPANHA, 1984

⁵⁴ AMARAL, 1610, v «poena», n 21 ss

⁵⁵ *Ibid*, n 24 ss.

⁵⁶ FRAGOSO, 1641, *ibid*, n.º 244

⁵⁷ *Ibid*, n 245 o princípio valia, no domínio das penas, para as pecuniárias, mas, no domínio da ilicitude, considerava-se, por exemplo, que a necessidade manifesta excusava a ilicitude do furto

⁵⁸ *Ibid*, 244: «Mitius puniri potest, qui ex resticitate delinquit, quia excusatur ex simplicitate»

⁵⁹ V. AMARAL 1610, v «poena», n 44 e literatura aí citada

⁶⁰ «Na verdade, os juízes podem temperar as penas estabelecidas na lei em razão da amizade, quando a pena for arbitrária, pois neste caso podem agir de forma mais branda com o amigo, de acordo como a inclinação da consciência», FRAGOSO, 1641, 245, o A põe, no entanto, algumas restrições (*magistrados maiores, causa cohærens delicto*) Mas há opiniões divergentes (v g, Domingo de Soto, *De iustitia et de iure*, III, q 6, art 5)

⁶¹ Restringida nos casos de existência de querela (*Ord fil.*, V, 117, pr) ou em que deva haver acusação por parte da justiça (*Ord fil.*, V, 122), mas plenamente existente no caso de processo iniciado por inquirição ou devassa (o que, na época moderna, era o mais comum - v MELO 1789b, tit 13, § 4 nota).

ração dos factos ⁶²; e no decretar a prisão; consumando-se na possibilidade de aplicação de penas arbitrárias no caso de insuficiência de provas ⁶³.

Este enorme âmbito do arbítrio de juízes —e juristas, pois na teoria do direito comum, o juiz devia conformar-se, no uso dos seus poderes arbitrários, com a *ratio iuris* desvendada pela doutrina— transformava os operadores jurídicos nos titulares de um poder de decisão (de punição, de ilibação) muito importante.

A estratégia de desenvolvimento deste poder não exigia, seguramente, que o discurso jurídico fosse socialmente «praticável», adequado ou «legível». Em contrapartida, ganhava se ele tivesse uma lógica circular de fundamentação; i.e., se se fechasse sobre si, fundamentando-se na tradição textual dos juristas, tomando-se a si próprio como referência autoritária e, mesmo, assumindo-se, orgulhosamente, como desligado da realidade e da racionalidade comum.

III. O DIREITO PENAL DA MONARQUIA «ESTATALISTA»

O despotismo iluminista marca o advento de novas intenções do poder da coroa. Se muitas limitações estruturais da prática punitiva real permanecem, existe, em contrapartida, um projecto novo de actuação política dos monarcas. Agora, no plano das ideias-guia da acção política, à *justiça* substitui-se a *disciplina*. A coroa vai pretender constituir-se em centro único do poder e da ordenação social, esvaziando os centros políticos periféricos e pondo, com isto, fim à constituição política da monarquia pluralista.

⁶² Correspondente à estrutura inquisitória do processo, dominante no processo penal depois do séc XIII (cf. ALONSO, 1982) e à latitude que acabava por ficar ao juiz na apreciação da prova, apesar do sistema das provas legais tarifadas (prova plena, meia prova, quarto de prova, indícios, etc., sobre o regimen probatório, AMARAL, 1610, II, v. «Probatio», maxime ns 46 ss; CASTRO, 1619, 1.3, c. 12, para a época iluminista, v. FREIRE, 1789b, tit 17 e 18)

⁶³ AMARAL, 1610, v. «poena», n. 41

Todo este programa político —a que aqui cabe apenas fazer uma referência genérica— tem consequências directas na política penal, agora posta directamente ao serviço destes intentos disciplinadores da monarquia. Se, antes, a punição real cumpria uma função quase exclusivamente simbólica, agora ela passa a desempenhar um papel normativo prático. Ao punir, pretende-se, de facto, controlar os comportamentos, dirigir, instituir uma ordem social e castigar as violações a esta ordem. Para isto, o direito penal da coroa tem que se converter num instrumento efectivo, funcionando eficazmente e sendo, por isso, crível e temido.

Isto significava uma inversão quase completa da matriz anterior de intervenção penal e implicava uma não menor alteração das condições de exercício da prática penal.

Desde os meados do século XVIII que deparamos, em Portugal, com os sintomas desta mutação.

Um deles é o já referido agravamento do rigor do sistema penal da coroa, visível no aumento de frequência da aplicação da pena de morte e, sobretudo, na mais visível funcionalização desta aplicação aos objectivos políticos conjunturais da coroa. Lembrem-se os casos da punição exemplar dos implicados na sedição do Alto Douro, dos culpados no atentado contra D. José, dos culpados de falsificação de títulos de crédito, do P.^o Malagrida, dos sediciosos de Goa, Angola e Cabo Verde, dos bandoleiros, etc.

Outro é a multiplicação, na legislação josefina, da cominação da pena de morte, por vezes rodeada de desusados ingredientes de crueldade⁶⁴. Mas a estratégia de compensar a falta de efectividade do aparelho penal pelo carácter exemplar das penas tinha limitações. Por um lado, ao aumentar desmesuradamente as penas tinha limitações. Por um lado, ao aumentar desmesuradamente as penas, estas perdiam toda a relação com o crime e, subvertido o princípio da proporção entre malefício e punição já recomendado por Cícero (*De legibus*, III, 20), a punição perdia a sua legitimação e o justicado transformava-se em vítima. Por outro, se, por ineficácia do aparelho judicial, claudicasse e aplicação efectiva das penas, o seu rigor tornava-se irrisório.

Daí que a política iluminista desde cedo tenho definido como

⁶⁴ V g , CR 21-10-1757, Alv. 17-1-1759, L 12-6-1769, L. 3-8,-1770, L. 25-5-1773

objectivo central o da reforma da justiça, no sentido de aumentar a sua eficácia. Em Portugal, respondem a esse escopo conhecidas medidas pombalinas, aqui apenas enumeradas: a certificação das fontes de direito e a disciplina da jurisprudência, promovidas pela Lei da Boa Razão, de 1769⁶⁵, a sistematização da formação jurídica e a disciplina do discurso dos juristas, impulsionadas pela Reforma dos Estudos Jurídicos na Universidade de Coimbra, de 1772⁶⁶, a sistematização do direito legislativo, prosseguida pelo Projecto do Novo Código⁶⁷, a reforma da organização judiciária senhorial de 1790 e 1972 (parcial e preparatória de medidas mais globais de reorganização judiciária, como a da reforma das comarcas)⁶⁸, a criação da Intendência Geral da Polícia⁶⁹. É possível reunir todas estas medidas sob uma única palavra de ordem: promoção do legalismo e limitação do arbítrio doutrinal e judiciário. Com o que se recolhia um dos tópicos correntes em todo iluminismo europeu, exemplarmente formulado por Montesquieu, quando propunha transformar os juízes em meras bocas que pronunciem as palavras da lei.

Aparte estas medidas de racionalização da prática jurídica, a política penal da coroa, bem traduzida na literatura criminal do pombalismo, estabeleceu algumas linhas de orientação —no plano dos objectivos, do âmbito, dos meios e da legitimação— específicas para o domínio penal, as quais visam responder às insuficiências da anterior prática penal na perspectiva dos novos desígnios de instauração da disciplina social.

A primeira delas é a do *redefinição dos níveis e objectivos de controlo social a cargo da coroa*.

Esta redefinição decorre de um novo conceito de *delito*, que agora é feito equivaler, muito estritamente, aos factos que ofendem a ordem *externa* da sociedade, entendida como a soma da uti-

⁶⁵ Sobre a lei da Boa Razão, v., SILVA, 1985, 276, HESPANHA, 1978c, 73 ss

⁶⁶ Sobre a reforma pombalina dos estudos jurídicos, v., por todos, N. E. GOMES DA SILVA, 1985, 279; A. M. HESPANHA, 1972, 1978d

⁶⁷ Sobre o Projecto do Novo Código v. CRUZ, 1967, 49 ss., SILVA, 1985, 284 e, por último, MARQUES, 1985

⁶⁸ Sobre o projecto de reforma das comarcas, v., por último, MENDES, 1981, 1 ss.

⁶⁹ V. por último, SUBTIL, 1986, 168 ss

lidade pública com a utilidade dos particulares. Com isto, deixam de ser perseguíveis, quer os actos que careçam de manifestações externas, quer mesmo aqueles que, tendo-as, não consubstanciem uma ofensa concreta dessas utilidades, embora possam contrariar certos padrões de conduta julgados desejáveis⁷⁰. O crime é, agora, nitidamente distinguido do pecado ou do vício. Assim, tende-se para uma descriminalização das ofensas à religião, desde que não consubstanciassem uma ofensa externa à religião *estabelecida* (não à religião *verdadeira*)⁷¹, o mesmo acontecendo a outros actos, viciosos ou censuráveis, mas não socialmente perturbantes, como a embriaguez, a masturbação, a usura, o jogo, o «maquiavelismo», a maledicência ou o suicídio⁷². Do ponto de vista da implantação efectiva da ordem penal real, esta restrição do seu campo de intervenção evitava a dispersão de esforços dos aparelhos de justiça na punição de factos que, para além de dificilmente averiguáveis, eram irrelevantes na perspectiva da instauração da ordem social.

A segunda linha de orientação é a do *redimensionamento do espaço punitivo do direito régio*.

Neste plano, promove-se, o alargamento desse espaço, pela abolição ou restrição dos espaços punitivos periféricos⁷³.

Neste novo espaço, porém, a punição régia devia ser efectiva. Assim, a nova política penal da coroa reage, como já vimos, contra todas as formas de, pelo arbítrio judicial ou pelas delongas processuais, se eximir o criminoso às sanções previstas na lei. É por isto que se reage contra o *probabilismo* da ciência penal anterior —protagonizada emblematicamente por Prospero Farinaccio— em que «para tudo, se acha doutrina» (*Codigo...*, XXX), con-

⁷⁰ «Os factos, que não offendem a sociedade, nem os individuos della, posto que sejam ilícitos, não serão reputados como verdadeiros delitos» (*Codigo*, *Provas*, I, 5), v. SOUSA, 1803, I, § 2, nota 2)

⁷¹ É este o sentido do tratamento dos crimes religiosos feito por Pascoal de Melo, em que o desacato à religião se pune mais pela perturbação social que causa do que pela impiedade V. *infra*.

⁷² Cf. MELO, 1789b, t. 1, § 23, t. 10, § 15, *Codigo*, XII, 25

⁷³ Cf., v.g., *Codigo*, II, 21-22 (restrição de licitude da punição da adúltera pelo marido), XX, 6 a 11 (restringe os poderes de encarceramento dos bispos), XX, 17-21 (regulamentação, em sentido restritivo, dos poderes punitivos do *pater*)

tra o arbítrio na aplicação das penas (*Código...*, XXV), contra o abandono da regulamentação penal à doutrina, o que daria origem a uma jurisprudência caótica (*Inst. iur. crim.*, t. 8, § 1), contra a latitude dos poderes do juiz no decretar da prisão (*ibid.*, t. 15, pr.) e na inquirição dos réus (*ibid.*, t. 17, pr.). Mesmo a faculdade real de agraciar é discutida, embora Pascoal de Melo se desvie daqueles que a proscreviam —como G. Filangieri, etc.— baseado sobretudo na sua necessidade para temperar as leis, enquanto estas fossem demasiado severas ⁷⁴.

A terceira linha de orientação consiste na *redefinição do lugar do direito e da lei no contexto das tecnologias de disciplina social*.

Neste plano, combinam-se as virtualidades disciplinares do direito penal com as de outras tecnologias de controlo agora conscientemente promovidas. Embora não desista da coerção pela lei e pelo direito, a coroa integra-os, de forma mais perfeita do que até aí, numa panóplia mais vasta de técnicas de condicionamento dos comportamentos sociais, de que fazem parte a propaganda, a educação, a ridicularização, etc. Tanto nas *Institutiones* como no *Código...*, Pascoal de Melo destaca com frequência esta nova fronteira entre a disciplina pelo direito e a disciplina por meios não jurídicos ⁷⁵. Pereira e Sousa, por sua vez, enumera toda uma série de factores que, tanto ou mais do que a ameaça de punição, preveniriam o crime: a bondade do governo, o melhoramento dos costumes, a reforma da educação, o cultivo das artes e das ciências, a extirpação da mendicidade, a polícia da sociedade, a criação de estabelecimentos úteis e o prémio das virtudes ⁷⁶.

A própria lei se torna agora, também ela, num instrumento de propaganda. Isto nota-se, desde logo, no estilo legislativo josefino, em que a parte expositiva se encontra dissolvida em longos prólogos e circunlóquos carregados de intenções pedagógicas e em que até a grafia está repassada de conotações ideológicas ⁷⁷.

⁷⁴ Cf MELO, 1789b, I, 26 nota Sobre este ponto, v ainda FERREIRA, 1841, 14.

⁷⁵ Cf, v g, MELO, 1789b, tit 10, § 16 nota *in fine* (o trabalho como meio vicariante da punição nos delitos «políticos»), tit. 4, 14 nota (o duelo combate-se pela educação da opinião pública), *Código*, tit. 8 (a ridicularização dos feiticeiros), etc.

⁷⁶ SOUSA, 1803, I, § 28, nota 46

⁷⁷ V. HESPAÑA, 1978d

Mas também as técnicas de sistematização e de exposição propostas para a redacção das leis a partir do racionalismo —o tal método *sintético, compendiário, sistemático*, de que nos falam os textos teóricos do pombalismo jurídico— se orientam para uma democratização da leitura da mensagem legislativa (para um seu *populariter intellegere*). As novas leis —*maxime*, os novos códigos— já não são instruções, dirigidas a juízes técnicos, sobre a ordem a guardar no juízo (*Gerichtsordnungen*)⁷⁸, mas textos dirigidos aos cidadãos, escritos em linguagem que lhes seja acessível e organizados de modo a poderem ser facilmente apreendidos e memorizados. A mesma intenção pedagógica tem a insistência no método axiomático, visível, por exemplo, em Pascoal de Melo; que, por outro lado, inclui no seu *Código*, disposições sem conteúdo normativo, destinadas exclusivamente à edificação dos cidadãos.

A quarta linha de orientação é a do *reforço da legitimação ideológica da punição*.

Isto obtêm-se, desde logo, no plano do discurso penal, por uma nova valorização de tópicos, conceitos e estratégias argumentativas que destaquem valores agora dominantes. Tal é o caso do conceito de *utilidade* ou de *liberdade civil*⁷⁹, centrais no discurso penal português, a partir de Pascoal de Melo.

Mas exige, também, modificações normativas e institucionais, relativas, nomeadamente, ao modo como a punição se manifestava publicamente. Era preciso que, neste plano, a pena se legitimasse automaticamente aos olhos da opinião pública. Desde logo, pelo seu carácter «especular», preocupação que não era nova na reflexão penal. A pena na sua própria natureza, devia ser um livro aberto no qual o público lesse o mal praticado: «aqueles que ofendem a Religião, devem ser castigados com os direitos que decorrem do seu culto e obediência; os que não observam os bons costumes e uma vida honesta, devem ser desprezados, fulminados com a deshonra e marcados com a infâmia; os que perturbam a segurança pública, devem ser expulsos da cidade ou privados da liberdade; os que ofendem a segurança dos cidadãos, no seu corpo, bens ou fama, devem sofrer penas corporais, pecuniá-

⁷⁸ V. *infra*.

⁷⁹ Cf MELO, 1789b, I, § 7, IV, § 6

rias ou a perda da reputação» (Pascoal de Melo, *Inst. iur. crim...*, I, 12) ⁸⁰. Uma das formas mais gritantes de desproporção entre delito e pena era a das penas excessivamente rigorosas e, sobretudo, das penas cruéis, portanto proscritas, pois, para além de inúteis, corroíam a legitimidade da punição e do poder (como diz Pereira e Sousa, «gastam a móla do governo») ⁸¹.

Modificações na estrutura profunda do discurso penal não decorrem, porém, de modificações no plano das intenções políticas da coroa, exigindo antes uma recomposição das características da prática que os produz— um novo estatuto social, político ou institucional dos produtores do discurso, novas expectativas quanto a o auditório, novas funções sociais do discurso, ligação a novos universos textuais de referências, erupção de novos objectos.

Algumas destas modificações também se estavam a realizar.

No plano do estatuto político e institucional dos autores, a oposição entre o jurista e o político (entre *prudentia iuris* e *razão de Estado*), que marcara o século XVII, tende a atenuar-se. Com o projecto reformador do despotismo esclarecido, os juristas são chamados, não já a garantir os equilíbrios sociais estabelecidos, mas a colaborar na construção de uma nova ordem social e política. Entre nós, isso transparece claramente dos objectivos assinalados à jurisprudência nos *Estatutos pombalinos*, obtendo realização prática pela chamada a funções políticas (no sentido de «funções de organização da cidade»), durante o período josefino e mariano, de inúmeros juristas ⁸².

No plano do auditório visado, ganha uma importância determinante a referência à opinião pública, aos «cidadãos ilustrados e amantes da pátria», ou seja, a uma nova camada culta, de extracção não universitária e de formação e leituras enciclopedistas, com a qual os poderes políticos e culturais se propõem agora

⁸⁰ Note-se como, a partir deste princípio de proporcionalidade entre o crime e a pena, se aponta subtilmente para uma descriminalização dos delitos religiosos e morais. Sobre o carácter especular das penas e o simbolismo penal, HINC-KELDEY, 1980, 310 ss.

⁸¹ SOUSA, 1803, I, § 19, nota 31.

⁸² Impõe-se a realização de uma prosopografia do pessoal político pombalino, mariano e joanino, que esclareça as continuidades e rupturas, quer com o período anterior, quer como o vintismo

dialogar. Este novo auditório tem interesses, leituras e expectativas completamente diferentes do anterior auditório dos textos jurídicos: no plano dos temas e no próprio plano da organização formal do discurso (sistematização, estilo, organização formal, língua). Os novos textos, para serem aceites, terão que contar com estas novidades.

No plano das funções do discurso, já referimos que, enquanto o antigo se referia a um direito de aplicação apenas virtual, o novo se relaciona com uma ordem jurídica que se torna cada vez mais efectiva; e que, com isso, se lhes passam a colocar os problemas (de política penal) decorrentes desta nova vocação do direito real-letrado.

Estas novas condições pragmáticas do discurso jurídico-penal —que são, afinal, as do novo discurso jurídico *tout court*— provocam (mas são, também, provocadas por) novas condições no plano do «referente» do discurso. Nele aparecem novos problemas e situações: os problemas da política penal, a nova delinquência dos crimes «de polícia» —suscitada (constituída como objecto da ciência penal), quer por um projecto mais apertado de controle social, quer pela criação de instituições que a faziam emergir (v.g., a Intendência Geral da Polícia)—, etc.; com o que se alteram as suas condições semânticas. O mesmo se passa no plano sintáctico —*grosso modo*, no plano da organização interna do discurso—, onde também se manifestam novidades, desde a língua utilizada, até à sistematização, passando pelo sistema de argumentação e pelo universo das referências temáticas. Disso falaremos dentro em pouco.

Em todo o caso, o discurso não corta totalmente com a tradição textual anterior. Uma nova linguagem não se inventa do nada, antes se produz pela recomposição (*bricolage*) de elementos das anteriores. Por isso, sob o novo texto permanece —aflorando frequentemente, impondo pontualmente a sua lógica, emprestando conceitos, terminologias e classificações, reproduzindo maneiras de ver, de ordenar e de avaliar, constituindo-se em referência argumentativa ou mesmo autoritária— o *palimpsesto* da tradição textual original.

Como veremos, os fundamentos das novas soluções propostas continuam a ser os textos da grande tradição jurídica europeia, nomeadamente os textos de direito romano, agora usados como

forma de legitimação histórica das regras «naturais» ou «racionais» patenteadas pela nova penalística. Ou seja, embora tenham mudado as normas, o processo da sua legitimação (ou fundamentação) no plano do discurso não se modificou ainda radicalmente; embora ganhe um novo vigor a afirmação de que «nem sempre se podem aceitar como boas as soluções do passado», a justificação encontrada é, ainda, um texto de Julianus, no tit. *De legibus* do Digesto (*Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*, D., I, 3,20)⁸³.

É a este balanço do novo e do velho no discurso penal iluminista de Pascoal de Melo que dedicaremos os seguintes capítulos.

IV. O SISTEMA DISCURSIVO DO CÓDIGO CRIMINAL. «ARQUIVO» TEXTUAL E SISTEMÁTICA

Na «Introdução» ao *Código*, o próprio Pascoal de Melo fala da mutação do campo de referências do discurso penalista, ao analisar a literatura jurídico-penal de que se socorrera. Insiste, em primeiro lugar, no facto de que a reforma do direito penal se deve fundar em bases teóricas novas, naquilo a que ele chama uma «nova philosophia politica», cujos autores enumera: antes de todos, o Marquês de Beccaria, mas também Hugo Grócio, Locke, Montesquieu, um conjunto heterogéneo de juristas (criminalistas ou não) do jusracionalismo alemão⁸⁴, uma série de publicistas, sobretudo franceses, das questões penais, dos finais do séc. XVIII⁸⁵, além de um punhado de autores italianos de compêndios sistemáticos de direito penal⁸⁶.

⁸³ Cf MELO, 1789b, tit. 16, 9 nota

⁸⁴ Tais como BENEDICTUS CARPZOW (1595-1966), A MATTHÆUS (1601-1654), SAMUEL STRYK (1640-1710), J BRUNNEMAN (m 1627), G A STRUVE (1619-1692), S. PUFENDORF (1623-1694), J. H BÖHMER (1674-1749) [bem como J F BOHMER, autor de uns *Elementa iurisprudentiæ criminalis*, 1732], J G HEINECCIUS (1681-1741), A. LEYSER (1683-1752), Chr WOLF (1679-1764), Chr THOMASIIUS (1655-1728)

⁸⁵ La Croix, La Frosne, Linguet, Philippn de la Madeleine, Servant, Vermeil, etc, bem como as publicações da *Société économique de Berne* e da *Académie de Chalons* ou os 10 volumes da 1ª série da *Bibliothèque philosophique des lois criminelles*, publicada por Brissot de Warville

⁸⁶ Entre eles, LUIGI CREMANO, *De iure criminali*, 1779, e FILIPPO MARIA RENAZZI, *Elementa iuris criminalis e Synopsis elementorum iuris criminalis in usum audito-*

Estas referências iniciais⁸⁷ são confirmadas no decurso do trabalho: as notas justificativas que acompanham o projecto estão cheias de remissões para esta literatura.

Se se abre, desta forma, um novo contexto literário, fecham-se, paralelamente, contextos antigos. Na mesma «Introdução», Pascoal de Melo designa também os arquivos literários excluídos. A obra paradigmática deste universo textual é a de Prospero Farinaccius (1618), autor de uma verdadeira enciclopédia da tradição dogmática do direito penal —a *Praxis, et theoricæ criminalis...*— de citação obrigatória para os penalistas dos séculos XVII e XVIII. Eis a apreciação que dela é feita por Pascoal de Melo: «Falando de Farinaccio —que foi e ainda é tido como o príncipe dos jurisconsultos criminais— temos que o considerar como o principal responsável pela corrupção universal e penosíssima que invadiu a ciência criminal. Na verdade, ele não só a tratou de forma não douta, deselegante e desordenada nos grossos volumes que publicou, como ainda a tornou incerta e variável e, finalmente, a obscureceu com enorme número de defeitos»⁸⁸. Com Farinaccio, é toda a tradição penalista do direito comum que fica excluída —dos europeus, sobretudo Andreas Tiraquellus, Mateu de Afflictis, Tibério Deciano e Júlio Claro; dos peninsulares; António Gómez; dos portugueses, sobretudo os comentários ao livro V das *Ordenações* de Manuel Barbosa e, para a prática processual, Manuel Mendes de Castro⁸⁹.

rum, ed alt 1805. Em geral, sobre a literatura criminalista europeia da segunda metade do séc XVIII, v FISCHL, 1913, e LUSEBRINCK, 1983

⁸⁷ Existem outras referências, de sentido semelhante, à literatura disponível no prefácio das *Inst dir. crim*

⁸⁸ MELO, 1789b, prefácio

⁸⁹ Para a doutrina peninsular, v o belo livro, e também pioneiro, no seu género, de F. TOMAS Y VALIENTE, 1969, em Portugal, a produção dogmática do direito penal é escassa, para além dos comentários de Manuel Barbosa ao livro V (BARBOSA, 1618) e de alguns parágrafos de Baptista Fragoso (FRAGOSO, 1641), as matérias penais não são objecto de um tratamento sistemático, a não ser no que respeita ao processo penal, em que existem os «tratados» de Gregório Martins Caminha (CAMINHA, 1549) e Manuel Lopes Ferreira (FERREIRA, 1730) Outros títulos, de menor interesse FRANCISCO CALDAS PEREIRA DE CASTRO, «Relectio nova . in legem cod ex delicto defuncti», em *Opera omnia*, FRANCOFORTI, 1630, GASPAR PEGADO, *Practicae criminalis*, CONIMBRICAE 1604, JOSÉ THOMAZ DE NEGREIROS, *Introductio ad commentaria legum criminalium* , OLYSIPONE, 1754; ID , *Commentaria ad re-*

Cada um destes arquivos literários tinha a sua estrutura interna.

A cada um correspondia, por exemplo, um certo *modelo da ordem do discurso*. Aos «modernos», um modelo axiomático, segundo o qual um discurso bem ordenado se devia fundar numa definição das grandes categorias ou *axiomas* (como a definição do delito e da pena), articular-se sobre *taxinomias* (v.g., divisões dos delitos e das penas, espécies do processo) e progredir por *dedução*. Aos «antigos», um modelo legal-casuístico, orientado pela *ordo legalis* —a da legislação particular dos reinos ou a das fontes romano-canónicas, nomeadamente a ordem dos livros 47 e 48 do Digesto ou do livro 5 das Decretais—, progredindo pelos mecanismos casuísticos da *quaestio*, da *ampliatio* ou da *distinctio*. Com isto —como, também, com uma recomposição da estrutura de fundamentação das proposições, a que nos referiremos—, os textos tornam-se mais *legíveis*, mais próximos de um *populare intellegere*, e, assim, mais capazes de atingir o novo auditório esperado.

Por outro lado, cada um tinha as suas *referências e autoridades textuais*. Os modernos, a legislação dos soberanos iluminados, a produção das academias e das sociedades *savantes* do séc. XVIII, por vezes reunidas em colecções (como, para a questão penal, a de Brissot de Warville), bem como a literatura da *Statistik* ou *Kameralwissenschaft*, sobretudo alemã e austríaca. Enquanto que, para os «antigos», as obras canónicas eram, a mais das fontes do direito comum e particular, as da literatura jurídica do *ius commune* clássico e moderno e os escritos da teologia moral⁹⁰.

gias Ordinationes (cf. ms 486 Bib Univ Coimbra), ANTONIO VANGUERVE CABRAL, *Practica judicial*, Lisboa, 1712-1717; ID, *Epilogo juridico de varias causas civels, e crimes concernentes ao especulativo e pratico*, Lisboa 1729.

⁹⁰ Tudo o que acaba de ser dito fica bem expresso por Pascoal de Melo, quando expõe os fundamentos das suas soluções «.. hei de consultar as nossas leis e as visinhas, e a practica das nações mas protesto desde já não me embaraçar muito com o que ellas dizem, porque tendo o livro quinto das nossas Ordenações poucas regras, que se aproveitem, as leis criminaes estrangeiras ainda tem muito menos Com este protesto, e usando da liberdade, que me é própria, sem transgredir os seus justos e verdadeiros limites, em tudo o que disser, consultarei principalmente a razão natural e civil das penas, o fim das sociedades, a segurança pública, o estado, genio, indole, e character singular da nação portugueza, e sobre

A mesma dualidade quanto aos *critérios de validação das proposições*. Na literatura penalista tradicional, o probabilismo, que arrancava de uma averiguação casuística da razoabilidade das soluções, realizando uma ponderação minuciosa das circunstâncias de cada hipótese e das regras doutrinárias, sempre provisórias e muitas vezes conflituais, a esse respeito formuladas pela doutrina. É esse probabilismo que agora vai ser posto em causa, como fator de permissibilidade; pois —como diz Pascoal de Melo— «para tudo acha doutrina». Agora, em contrapartida, o fundamento das soluções há-de ser encontrado em *axiomas* —como os formulados na abertura das *Institutiones* de Melo Freire—, nos «princípios da verdadeira medida dos delictos e suas penas» («Introdução» ao *Código...*, XXX). Por outro lado, esta nova estrutura da fundamentação das proposições garantia aos textos uma *legibilidade* muito maior e, com isto, uma legitimação fácil das soluções neles propostas.

A ligação da ciência penalista a um ou outro destes universos textuais era, portanto, decisiva do ponto de vista do que aí podia vir a ser dito.

Mudança de universos de referências produz-se também no plano das fontes propriamente jurídicas, sobretudo no que respeita ao uso do direito romano. Não é que ele não volte sempre, no curso das justificações, como uma referência quase obrigatória. Do que se trata é, antes, da nova liberdade com que ele é encarado: as suas soluções são criticadas, os seus fundamentos são escalpelizados, os limites históricos da sua racionalidade são postos a nú. Numa palavra, ele perde a sua eficácia normativa. Mas, paradoxalmente, a sua ordem dogmática é, por vezes, revalorizada. Não só as grandes categorias do crime voltam a ser, aproximadamente, as resultantes do recorte conceitual romano —lesamagestade, violência, homicídio, injúrias, roubo, falsificação, danos— como o tratamento conceitual e taxinómico de muitos campos (v.g., as injúrias) retoma dos textos romanos as classificações e os conceitos.

Um outro plano de caracterização do discurso é o do *modelo de organização das matérias* no seu seio.

tudo a lei da humanidade, entendida e combinada sempre como a lei da justiça e da segurança pública» (*Código...*, XXXI)

Neste domínio, a tradição legislativa europeia dispunha de alguns modelos. Em primeiro lugar, a *ordo legalis* dos livros 47 e 48 do Digesto, cujo eixo era a distinção entre *delicta privata e delicta publica ou crimina*⁹¹. No entanto, esta distinção tinha perdido todo o sentido, quer com a subversão da ordem processual romana, quer com a obliteração das concepções «estatistas» romanas pelo pluralismo político medieval. Com efeito, para o direito canónico —que corporiza, em geral, uma concepção «trans-individualista» do crime—, todos os delitos eram públicos e, no que dizia respeito aos direitos estatutários, a necessidade de acusação do ofendido estava sujeita aos regimes mais variados. Com os progressos do processo inquisitório, a acusação particular torna-se rara, o que, segundo este critério, levaria a uma «publicização» de todos os crimes⁹². Assim, o modelo sistemático do Digesto perdera a sua eficácia estruturante, sendo substituído por uma sistemática inspirada no livro V das Decretais. Nesta compilação, o tratamento dos delitos e das penas é levado a cabo no quadro da descrição do processo penal. Com efeito, o livro V começa pelo regime da acusação, segue com o regime dos diferentes delitos (tits. 3/34) e termina com o regime das provas, das penas e da sentença (tit. 35/39). Este modelo sistemático das Decretais, que parece ter sido influenciado pelo *Tractatus de maleficiis*, de Alberto Gandino, decorre da constituição, por volta do séc. XIII, de uma ordem autónoma para os processos criminais no seio do direito canónico. Em virtude do carácter tecnicista desta ordem, os textos legais e doutrinários transformaram-se em «regulamentos judiciais» (*Gerichtsordnungen*), dirigindo-se sobretudo aos juizes, para os instruir nesta nova e fina tecnologia de averiguar e provar os factos e de buscar para eles a pena conveniente. Seja como for, esta

⁹¹ Os crimes «privados» («quorum accusatio vel persecutio permittitur ei cuius proprie privatim ac specialiter interest, id es qui læsus est», [Duarenus] furto violência privada, injúria, dano, etc.) eram tratados no livro 47 e os «públicos» (quæ in omnium ferentur iniuriam, quod antiquis temporibus eorum cognitio & animadversio ad populum pertinet», [id.]. lesa-magestade, adultério, homicídio, falsificação, violência pública e privada, rapto, peculato, plágio, etc.), no livro 48.

⁹² V para Portugal, o que diz Pascoal de Melo sobre os progressos da acusação oficiosa (MELO 1789b, tit. 13, § 4, nota).

submissão, no plano expositivo, do direito penal material ao direito processual constituirá um fenómeno de longa duração. As mais importantes codificações europeias de direito penal adoptarão o modelo: é o que acontece com o livro VII das *Siete partidas* (séc. XIII), com a *Constitutio criminalis carolina* (1521) e com os códigos criminais austríaco (*Josefina*, de 1787) e toscano (*Leopoldina*, 1786). Excepções —por isso notáveis— são as *Ordenações* portuguesas, que adoptam uma sistematização «substantiva»⁹³. A própria doutrina é frequentemente atraída por esta ordem de exposição, que segue o desenrolar «cronológico» do processo, iniciado pela deposição da queixa ou pela inquirição oficiosa, prosseguido pelo enquadramento dos factos num tipo penal (de onde a necessidade de descrever os crimes nesta ocasião), pelas diligências da prova e, finalmente, pela edição da sentença e sua execução.

Os sentidos implícitos desta sistemática —assim como a compreensão do direito penal que ela *inculcava*— não devem ser ignorados. Aparentemente, ela levava a eufemizar as dimensões extra-judiciárias do problema penal, arrumando-o entre as questões puramente técnicas do processo. As relações da questão penal com valores políticos —como as da defesa do Estado e da ordem pública, a dos interesses em jogo—, eminentes no critério romano de ordenação, tendem a ser obliteradas, tornando-se objectos dificilmente arrumáveis no seio do discurso penal. Por outro lado, esta arrumação «processualista» das questões penais contribui para valorizar os aspectos intra-individuais —os conflitos de interesses privados— das questões criminais.

Pascoal de Melo, ao organizar o seu projecto de *Código*, corta com toda esta tradição sistemática das *ordines legales* (quer do direito romano, quer do direito canónico, quer do direito portu-

⁹³ O modelo sistemático dos códigos portugueses em matéria penal pode ter sido influenciado pelo do livro VII das *Siete Partidas* que, depois de um só título relativo às matérias de processo (VII, 1), se ocupa dos crimes e das penas, não voltando ao processo senão no fim do livro. Mas as *Ordenações* «purificam» ainda mais o modelo, suprimindo os *incipit* e *excipit* processualistas. Apenas as *Ordenanças* (V. 1) incluem uma referência ao processo no início do livro. Sobre o problema das ordens sistemáticas da legislação europeia, sem referências, no entanto, à legislação peninsular, SALMONOWICZ, 1986, e PADOVANI, 1986.

guês), rendendo-se à ordem sistemática que ele tinha encontrado nos juristas alemães ou holandeses das escolas jusracionalistas ou nas *institutiones* dos penalistas italianos do último quartel do séc. XVIII, como Cremano ou Renazzi, que —tal como ele mesmo o faz nas suas *Institutiones*— abrem a exposição por capítulos dedicados aos axiomas do direito penal, tais como a definição de delito e de pena. Os primeiros capítulos do *Código* são, portanto, consagrados ao estabelecimento de uma teoria geral do delito e da pena, em que podem ser colocadas todas as questões de política penal —estratégias de criminalização, fins das penas, etc.— que a sistemática processualista deixava *sem lugar*. Além disso, os critérios «políticos» de arrumação dos crimes —i.e., em função dos interesses atingidos— das fontes romanas reaparecem. Antes de tudo, a distinção entre crimes públicos e privados; que, agora, é ainda mais claramente relacionada com a natureza pública ou privada do bem ofendido⁹⁴.

Por outro lado, desta modificação de sistema expositivo resulta um outro factor de marginalização da tradição textual, cuja *ordem* se torna, agora, em *desordem*. Cortada a correspondência entre esta ordem doutrinal e a nova ordem legal, o *lugar* doutrinal das matérias torna-se difícil de encontrar; as proximidades e as distâncias doutrinárias tradicionais são subvertidas e perdem o contacto com as proximidades e distâncias estabelecidas no plano da lei. O discurso penal do direito comum tende a tornar-se, progressivamente, um texto confuso, desordenado e longínquo da (nova) prática.

V. OS CODIGOS IDEOLOGIDOS DO DISCURSO LEGISLATIVO

Até aqui, a investigação foi conduzida ao nível das estruturas mais globais do discurso (contexto textual, modelo sistemático).

⁹⁴ V MELO, 1789b, tot I, 4: os crimes públicos são os que lesam a sociedade ou a segurança pública (e, logo, perseguidos por acusação pública), os particulares são os que apenas lesam interesses particulares (e, logo, perseguidos por iniciativa destes); confronto como o critério romano de distinção na respectiva nota. No mesmo sentido, SOUSA, 1803, I, 12 ss

Estes temas não foram esgotados, pois ainda se poderiam utilizar outras características estruturais globais, quer do discurso, quer da prática discursiva de que ele decorre. No entanto, a economia deste texto obriga a preferir a este um outro plano de análise, em que se possa detectar a evolução dos códigos ideológicos responsáveis pela valorização jurídico-penal das condutas humanas.

O crime *em si* não existe. Ele é produzido por uma prática social de discriminação e de marginalização, prática mutável e obedecendo a uma lógica social muito complexa. É sobre esta primeira *classificação-constituição* dos «objectos criminais» que se enxerta uma segunda grelha de classificação, esta doutrinal, produzida pelo discurso jurídico penal. Não apenas na medida em que este redefine os «crimes vividos», construindo novos conceitos, mas ainda enquanto organiza e inter-relaciona estes últimos em meta-objectos tipológicos (a que chamaremos «campos penais»). É sobre as estruturas discursivas que presidem a esta criação, classificação e arrumação dos «crimes» pelo discurso que incidirá, daqui em diante, a nossa análise.

Neste sentido, tomaremos, de cada vez, um dos vários «campos criminais»⁹⁵ do projecto de Pascoal de Melo, procurando desvendar as relações que aí se estabelecem, quer com os campos vizinhos, quer, no interior de cada campo, com os «objectos» («tipos penais») que o constituem.

Na base dos resultados adquiridos, esperamos poder contribuir para identificar os códigos ideológicos (i.e., o conjunto das grandes categorias axiológicas) subjacentes ao discurso penal, bem como o traçado da sua linha histórica de evolução.

⁹⁵ Utilizamos a expressão «campo penal» —por analogia como a expressão «campo semântico»— para designar o conjunto de condutas puníveis (de «tipos penais») entre as quais o discurso estabelece relações de vizinhança, em termos tais que o significado de cada uma depende do significado das outras. Estas relações de vizinhança resultam do facto de a punição, no interior do campo, ser referida, fundamentalmente, a um valor protegido pelo direito penal (v.g., a paz, o património, a integridade física, a honra, etc.)

1. OS CRIMES CONTRA A ORDEM RELIGIOSA ⁹⁶.

Nesta breve análise dos códigos ideológicos subjacentes ao tratamento que no *Código* é dado ao campo dos crimes contra a religião começamos por destacar os sistemas de *tipificação* i.e., de identificação dos traços relevantes das condutas—, de *argumentação* e de *punição*, bem como à lógica valorativa que lhes está subjacente.

Sublinharemos, em primeiro lugar, a evolução verificada no plano da *argumentação*.

Enquanto que, no discurso tradicional, a argumentação do discurso punitivo se baseava, essencialmente, em valores religiosos, com o *Código*, o regime destes crimes é fundado na ofensa feita, não à religião verdadeira, mas à religião *estabelecida* e à ordem social de que esta faz parte. Dir-se-ia mesmo que, no primeiro plano, se encontra a ordem social; que esta se substitui à religião como valor fundamental, quase sacralizado. Neste sentido, não interessa, por um lado, que a religião estabelecida seja a verdadeira ⁹⁷; e, por outro —como Pascoal de Melo, de resto, o diz (*Inst.*,

⁹⁶ Tradição textual dos principais tipos integrados no campo. A heresia era tratado no *Cod Th* XVI, 5, 43 e 52-54 (= C, I, 5, 3), no *C i civ*, em C, I, 5, *de hæreticis et manicheis et samaritis* (11/12. pena capital, 15, incapacidade testamentária), C, I, 7 *de apostatis*; C., I, 9 *de iudæis et coelocolis* (3. morte pelo fogo), no *C. i canonici*, *Dec. Grat*, C I, qu 6 (penas); c 6, qu 1, c 17, C 23, qu 7 (confisco); C 24, qu 1-3 (privação de ofício, excomunhão, maldição eterna, de seus sequazes e família), *Decretales*, V, 7 *de hæreticis et manicheis*, *Sextum*, V, 2 *de hæreticis* (fonte dos regimentos inquisitoriais) No direito peninsular, ela aparece na lei 3 da cúria de 1211 e nas *Partidas* (VII, 26, pr. e ss) Literatura AMARAL, 1610, v. «haeresia», FRAGOSO, 1641, I, 1 2, d. 4, § 12 A blasfémia é punida em D, 12, 2, *de iureiurando* e nas *Decretales*, V, 26, c. 2, *de maledictione*, no direito peninsular nas *Partidas* (VII, 28) e em leis de 6-7-1315 e de 3-1-1416 (em *Ord af*, V, 99, 1) Literatura. A C AMARAL, *Liber .*, v «blasphemia», FRAGOSO, 1641, I, 1.2, disp 4, § 5 A feitiçaria no *Dec. Grat*, II p., C 26, qu. 1, c 1, *ibid*, qu 3 e 4, *ibid*, C 9, 18 e nas *Partidas* (VII, 23) Literatura AMARAL, 1610, v «sortilegium», FRAGOSO, 1641, I, 1.2, disp 4, § 6 ss Quanto ao perjúrio, as fontes textuais são, sobretudo D, 3, 2, 21, D., 12, 2, 13, 6, C, 2, 4, 4. Literatura: AMARAL, 1610, v «juramentum», n 36 ss, FRAGOSO, 1641, I, 1 5, disp 13, § 6 (p 629) 1

⁹⁷ Cf MELO, 1789b, tit. 2, 1 (« a Nação, a qual dificilmente se pode conceber sem alguma religião, verdadeira ou falsa») Crítica ao ateísmo dos livre-pensadores, *ibid.*, tit, 2, 8.

iur. crim., II, § 2)—, qualquer crime contra a ordem social pode ser considerado como crime religioso ⁹⁸.

A heresia, por exemplo, é, antes de tudo, «um crime público civil, pois se entende que todo aquele que ofende ou despreza a religião pública destrói os mais fortes vínculos sociais» (*Inst. iur. crim.*, II, § 4); ou, como se diz no *Código* («Provas», 15), porque ela «obsta e se oppõe à religião da sociedade e à lei geral, que a manda seguir; e porque della commumente nascem infinitas desordens, tumultos e perturbações, que a mesma sociedade deve acautelar». Daí que este crime, enquanto punido civilmente, não seja «considerando relativamente ao espiritual», pois «os homens não foram postos para castigar e vingar as ofensas feitas a Deus» (*ibid.*). Assim, a gravidade do crime não é avaliada pela magnitude espiritual ou teológica da ofensa (*deorum injurias diis curæ*), mas pela medida das perturbações sociais provocadas (v.g., a heresia sediciosa ou de que resulte a criação de partidos, *Cod.*, V, 6), pelo escândalo causado (v.g., a blasfémia deve ser punida em função do escândalo ou perturbação pública, *Cod.*, «Provas», 24), ou pelo mal real provocado (os feiticeiros, v.g., não são punidos senão pela malícia e sofrimentos físicos a que as beberagens derem causa, *ibid.*, 94-95; e os perjuros são responsáveis pelos prejuízos provocados a terceiros e não pela ofensa feita a Deus, *Cod.*, VII, 1).

Se o carácter criminal destas condutas passa a ser fundado na violação de valores sociais, então, tanto a caracterização de cada tipo (*tipificação*), como o sistema das penas, como a competência jurisdiccional devem ser modificadas correspondentemente.

Um exemplo destas modificações, no plano da *tipificação*, é fornecido pela nova caracterização da heresia, na qual se prescindem dos traços que apenas tinham significado numa concepção puramente religiosa (ou teológica) do crime. Por exemplo, as distinções entre herege *confitens* ou *inconfitens*, entre heresia, cisma e apostasia, tornam-se supérfluas; enquanto que são introduzidas

⁹⁸ Pascoal de Melo chega, neste sentido, a definir como religiosos todos os actos que atentem contra os bons costumes, as leis divinas, as naturais e até as civis («todos os delitos podem ser chamados eclesiásticos, estando sujeitos, no foro da consciência, à punição da Igreja, às penitências, censuras e penas canónicas», MELO, 1789b, tit 2, 2).

novas distinções, estas relacionadas com a perigosidade social dos actos (v.g., a distinção entre heresia simples e heresia sediciosa, *Cod.*, V, 6) ⁹⁹.

No plano da *natureza e medida* da pena, as consequências desta «laicização» do conceito de crime religioso são também importantes. A pena deve corresponder, não à magnitude da ofensa feita a Deus, mas à perturbação da ordem social estabelecida. «A razão [da proposta de atenuação drástica das penas da heresia] —explica o autor— é porque a pena e castigo deve ser à medida da perturbação causada na ordem social, e tanto quanto for necessário para conseguir e manter a tranquilidade pública; e para esta se manter e conservar, não é necessário que o homem morra queimado» (*Cod.* «Provas», 20). Por outro lado, o simbolismo religioso perde todo o sentido: a morte pelo fogo, que se ligava a uma antiga ideia de purificação, é agora considerada como cruel e sem proporção com o delito. Por isso, vão ser propostas novas penas, não apenas mais brandas mas, sobretudo, com uma nova simbologia, espelhando a ofensa, não a Deus, mas aos vínculos sociais. As penas vão, então, encenar as consequências do delito, numa dramatização em que o criminoso é o protagonista. Ele, que pôs em risco os vínculos da sociedade, vai ser objecto de uma des-socialização, vai representar o papel do indivíduo ignorado pela ordem social: vai perder a consideração pública (infâmia), a capacidade jurídica (confisco, incapacidade sucessória, perda de ofícios) e, finalmente, vai ser expulso do convívio social (degredo) (*Cod.*, V).

Finalmente, no que respeita à competência jurisdicional, a secularização do conceito de crime religioso exige que o seu conhe-

⁹⁹ Um outro exemplo de elemento tipificador tornado inútil é a distinção entre ofensa à religião católica feita por um baptizado ou por não baptizado. Tal distinção tinha antes sentido, na medida em que na heresia, como violação da ortodoxia, não podia cair senão um crente. No entanto, a extensão do conceito aos não crentes tinha uma antiga tradição no direito português (lei de 3-1-1416, baseada num costume anterior e num texto do *Ci canonici* (*Sextum*, V, 13). Também o perjúrio estava, há muito tempo, fortemente «laicizado», pois a doutrina fazia equivaler ao perjúrio *stricto sensu* a violação de compromissos tomados sem juramento religioso (BARBOSA, 1618, ad Of, V, 54, n.º 7). Em todo o caso, Pascoal de Melo mantém, no projecto, a distinção entre perjúrio e promessas feitas sob palavra de honra (VII, 12).

cimento compita aos tribunais seculares. É esta a solução adoptada no projecto, mesmo no caso de heresia: aos tribunais eclesiásticos apenas pertence a qualificação de conduta como herética, cabendo aos tribunais laicos a matéria da prova e a fixação da pena ^{100, 101}.

¹⁰⁰ MELO, 1789b, II, 6, Cod., «Provas», 10 Para o direito canónico, alguns delitos pertenciam a uma área de competência privativa da jurisdição da Igreja. Era este o caso da heresia (*Sextum*, V, 2, 18, § *Prohibemus*). Contudo, os tribunais eclesiásticos não podiam aplicar penas de sangue (*Decretales*, V, 13, 15, 1), devendo, portanto, remeter os culpados aos tribunais seculares que, todavia, tinham que se submeter à decisão daqueles. Em Portugal, as *Ord. af.* (V, 1) e *Ord. man.* (V, 2) ainda acautelam a revisão dos processos pelas justiças temporais, na esteira de uma opinião de Bártolo (v. ANTONIO CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus*, v. *hæresis*, n. 16). Mas as *Ord. fil.* (V, 1) abandonam esta restrição. Outros delitos religiosos, podiam ser conhecidos por uma ou outra jurisdição, de acordo com sistemas que iam da *preoccupatio* à *alternativa*.

¹⁰¹ Note-se, finalmente, algo que poderia destoar desta laicização do «campo» dos crimes religiosos. No projecto de Pascoal de Melo, o «campo» dos crimes contra a religião —como unidade de tipos inter-relacionados— ganha um âmbito nunca atingido nas anteriores codificações. A secção respectiva (tít. 5 a 10) engloba, a mais da heresia, da apostasia, da blasfémia e da feitiçaria, já agrupados nas *Ordenações*, ainda o perjúrio, o sacrilégio e a usura. Aparentemente, o fio que une todos estes tipos penais no início do projecto é o conceito de «casos de foro misto» —apesar de Pascoal de Melo, nas *Institutiones*, entender ser perturbadora a confusão entre os delitos de foro misto e os crimes contra a religião (MELO, 1789b, I, t. 5, § 49 *i.f.*). Este alargamento do «campo» dos crimes religiosos constitui um curioso exemplo do que vimos dizendo sobre a prevalência de uma lógica textual sobre uma lógica intencional. Trata-se, na verdade, da reprodução de uma lógica dogmática, herdada da tradição textual anterior, disfuncional em relação à assumida intenção laicizadora do pensamento penal iluminista. Seja como for, este aparente alargamento do elenco dos crimes religiosos, esta concentração *sub specie religionis* de tipos antes dispersos, pode ter, afinal, consequências funcionais. Ou constituindo uma forma de esvaziar a garantia penal dos tipos incluídos neste «campo», pois, em obediência ao princípio da correspondência entre crime e pena, às ofensas aos valores religiosos deveriam caber sanções também de tipo religioso (caso do concubinado simples: «multum sane in Deum peccant concubinari, delictum tamen et crimen in Rempublicam simplex concubinatus non est, quod modo ordinario leges coerceant», MELO, 1789b, I, t. 5, § 48 nota). Ou reforçando a legitimação da punição de certos delitos civis, decorando os valores temporais ofendidos como a dignidade de valores sagrados (caso do perjúrio).

2. OS CRIMES CONTRA A ORDEM MORAL

Sob a rubrica de crimes «morais», reúne Pascoal de Melo uma série de tipos que, na tradição doutrinal anterior, já apareciam, agrupados com outros agora separados, no apartado dos crimes *mixti fori*. Os principais são: o adultério, o estupro e os crimes «contra a natureza» (sobretudo, sodomia, bestialidade, masturbação).

A punição do adultério tinha obedecido a duas lógicas diferentes, uma de direito romano e outra de direito canónico. No direito romano, o adultério era considerado como uma violação da «lei conjugal» (*thoro conjugalis: alieni thori seu matrimonii violatio*, como dizem os juristas), ou seja, da exclusividade que a mulher deve ao marido quanto às relações sexuais. O que estava em causa, fundamentalmente, era o interesse familiar em impedir a *turbatio sanguinis*, a dúvida quanto à paternidade dos filhos nascidos na constância do matrimónio —«comete-se na mulher casada, sendo o seu nome assim composto a partir de “parto concebido por outro” (*adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero concepto composito nomine*, D., 48, 5, 34, 1). Consequentemente, o adultério apenas podia ser cometido por mulher casada e pelo seu amante. Mas já não por homem casado com mulher solteira; por mulher casada de mau porte (*exceptio plurium*), etc. E, por outro lado, requer-se a consumação das relações sexuais ou, mesmo, a gravidez ¹⁰².

No direito canónico, em contrapartida, o adultério é encarado como a violação da fidelidade conjugal (*Decretum*, C. XXXII, qu. 5, c. 15; c. 20-23), podendo, por isso, ser cometido por ambos

¹⁰² A doutrina estabelecia uma completa casuística sobre as situações amorosas que configuravam o adultério, bem como sobre os factos que os indiciavam. Neste último plano, os juristas eram bastante estritos, não se contentando alguns sequer com o facto de os amantes serem encontrados no leito, *solus cum sola, nudus cum nuda*. Com este rigor probatório —que se encontra também noutros crimes sexuais (como a sodomia ou a bestialidade, v GÓMEZ, 1555, ad 1, 80, n 33 ss) —procurava-se decerto limitar a perseguição penal destes actos, pois deveria haver uma razoável distância entre o rigor destas leis e a permissividade sexual da sociedade. No plano dos actos relevantes, todavia, a doutrina considerava já como situações adúlteras os actos preparatórios do coito («*veluti mutuis amplexibus, & osculis*», BARBOSA, 1618, ad V, 38, 2, pg 31)

os cônjuges. Para além de que o critério de avaliação dos actos é naturalmente diferente e menos rigoroso, aceitando-se a relevância de certas formas de adultério por pensamentos ¹⁰³.

Torna-se claro como este diferente tratamento do adultério se relaciona estreitamente com duas «economias» da sexualidade e da família, em conflito na cultura europeia desde a baixa Antiguidade: uma, que alguns autores fazem corresponder a um ambiente de recessão demográfica, de maior permissibilidade sexual, embora limitada pela lógica da defesa da identidade da família, enquanto instituição política; outra, correspondente a áreas ou épocas de plétora demográfica, dominada por uma concepção negativa e restritiva da sexualidade, que procurava confinar esta ao âmbito da família rigorosamente organizada em termos monogâmicos ¹⁰⁴. O direito canónico e a disciplina eclesiástica da família encarnaram a promoção e defesa deste segundo modelo, desenvolvendo uma acção combinada para estirpar dos costumes europeus a sexualidade extra-familiar, profundamente enraizada.

As *Ordenações* (*Ord. fil.*, V, 25; 28; *Ord. man.*, V, 15; 25; *Ord. af.*, V, 7; 12: 20) seguiram, fundamentalmente, a via do direito romano, com todos os seus conseqüências. Assim, concretamente, o adultério do marido não era, por regra, punido ¹⁰⁵; e o da mulher só era considerado relevante quando tivesse havido consumação de relações sexuais (pelo menos, era esta a interpretação mais próxima dos termos da lei). Mas, neste caso, a lei era muito severa na protecção dos interesses político-familiares, o que era característico de uma sociedade onde prevaleciam valores casticistas e linhagísticos: o adultério era, em geral, punido com a morte, sendo o marido ofendido autorizado a tirar desforço por suas próprias mãos (*Ord. fil.*, V, 38). Legislação extravagante da segunda metade do séc. XVIII (alv. 26-9-1769) reforçara ainda o carácter «familiar» dos interesses protegidos, ao tornar a perseguição do crime totalmente dependente de acusação do marido.

A análise do regime penal do concubinato reforça ainda a as-

¹⁰³ V CORELIA, 1744, pg 66, ns 1-2

¹⁰⁴ V GOODY, 1972

¹⁰⁵ Excepção *Ord fil*, V, 28, pr. (concubida «teúda e manteúda» no domicílio conjugal)

serção de que, no seio desta tradição de enquadramento penal das práticas sexuais, o que estava em causa não era tanto a defesa de uma ordem moral, como a defesa dos interesses da família enquanto grupo político. De facto, o concubinato era permitido pelo direito romano (D., 25, 7, *De concubinis*), apenas tendo sido proibido pelo direito canónico. Embora, de acordo com o «critério do pecado» (formulado pela doutrina jurídica medieval e recolhido nas nossas Ordenações, *Ord. fil.*, III, 64), tal proibição devesse ter passado para o direito civil, o certo é que a nossa lei só punia o concubinato de casado e, ainda assim, só no caso de este decorrer com escândalo público e, sobretudo, com dissipação, a favor da concubina, do património familiar. Isto acontecia quando o marido a sustentasse (*illi præstet omnia necessaria*, cf. *Ord. fil.*, V, 28, pr.); mas não já quando ele «tivesse o costume da promiscuidade carnal, mesmo que tivesse algum filho..., desde que não preste à concubina tudo aquilo de que ela necessite»¹⁰⁶. Tão pouco eram proibidos o «coito vago» e o meretrício.

Apesar deste tom um tanto laxista da legislação —pelo menos, em relação à sexualidade masculina¹⁰⁷—, desenvolvia-se, paralelamente, uma política sexual mais repressiva, amparada, sobretudo, pelo aparelho disciplinador da Igreja. De facto, nas visitas, os bispos deviam inquirir dos casos de concubinato e barregania, procedendo contra eles criminalmente, dos termos do direito canónico (cf. *Ord. fil.*, II, 1, 13). Por influência destas visitas, surge legislação que comete a magistrados civis o encargo de devassar sobre os «pecados públicos» (v. alv., 25-12-1608, §§ 21 e 22) e, segundo, nos diz Pascoal de Melo, ocorria a punição, por juízes «moralistas», de homens casados por adultério simples (dormir com mulher solteira) (*Cod.*, «Provas», 32). É, justamente, contra este rigorismo —que perturbava, muitas vezes, a ordem familiar estabelecida, levantando suspeitas falsas ou sobre que as quais os próprios maridos tinham preferido guardar discreção—

¹⁰⁶ AMARAL, 1610, v «Concubinatus», p 218, col. 1.

¹⁰⁷ A sexualidade extra-matrimonial das mulheres casadas também não deixava de ser, indirectamente, protegida (talvez na medida em que ela era a outra face da sexualidade masculina .) pelo conceito restrito de adultério e pelas exigências probatórias, a que já nos referimos

que reage a citada legislação josefina ¹⁰⁸ e, em geral, toda a doutrina iluminista.

No *Código...* (t. XI), dá-se acolhimento a uma concepção totalmente diferente da ordem sexual, recebendo-se, no essencial, a concepção canónica do adultério, como violação da fidelidade matrimonial. Com isto, passa a punir-se, tanto o adultério do marido, como o da mulher, embora com penas diferentes, explicadas pela diferente natureza dos sexos segundo o «pensar geral da nação» (mas, afinal, mais duras para a mulher) ¹⁰⁹. E, acolhendo a orientação da legislação josefina, condiciona-se a acção penal à acusação do marido. Assumindo um papel subsidiário em relação à família, a punição estatal do adultério liberta-se, pela primeira vez, dos interesses político-familiares (i.e., de defesa da legitimidade dos filhos de mulher casada, nascidos na constância do matrimónio), para chamar a si a defesa de um certa ordem sexual, até aí promovida apenas pela Igreja. Anuncia-se, com isto, o puritanismo da sociedade burguesa, identificando estritamente a sexualidade permitida com a sexualidade entre cônjuges, embora admitindo, como válvula de escape, uma promiscuidade sexual policiada e «exterior» à sociedade oficial, proporcionada pela prostituição ¹¹⁰.

O regime penal do estupro confirma as matrizes da valoração da sexualidade a que antes nos referimos.

O direito romano punia, como estupro, dois tipos de conduta —ou as relações sexuais com virgem (*puella defloratio*, D. 48, 6, 34) ou as relações sexuais impostas com violência a uma mulher (D. 48, 5, 6, 2 e Nov. 141 e 150), enquadrando-as no crime de violência. Em contrapartida, quaisquer outras relações sexuais eram, em princípio, permitidas. Esta continuou a ser a regra geral do direito civil. Mas, também aqui, se impôs, como limitação

¹⁰⁸ V CL 19-8-1769, § 12 Note-se que esta possibilidade de denúncia extra-familiar dos casos de adultério constituía, muitas vezes, a via para forçar os pais a casar filhas «desonradas» com pretendentes indesejados (v. alv. 26-9-1769, em A D.S.)

¹⁰⁹ Cf § 6 e «Provas», pg. 33-34.

¹¹⁰ O «coito vago» ou o «meretrício» continuam a não ser puníveis, nem como adultério (*Cod*, XI, 3), nem como outro crime moral (XII, 30), embora seja sujeito a medidas de polícia

à «liberdade sexual», a defesa da ordem familiar; defesa que, em certos autores, aparece mesmo como o primeiro valor a defender, mesmo antes do da virgindade. A. C. Amaral, fundando-se numa opinião comum, diz que «o que estupra uma virgem na casa do pai, comete rapto de virgindade e aleivosia, mesmo que a não leve para outro lugar, devendo ser punido com as penas dos raptos...; pois com o estupro não se ofende apenas a virgem, mas também os seus pais e consanguíneos... [Em contrapartida], o que estupra uma virgem, que o quer e consente, a nada está obrigado para com essa mulher, nem no foro da consciência, nem no foro contencioso, desde que a rapariga não esteja sob o poder do pai, mãe, tutor, curador, ou de algum consanguíneo ou afim; pois a mulher emancipada tem poder sobre o seu corpo quanto ao foro externo e, nas suas coisas, cada um é o moderador e o árbitro». Apenas se exigia que não se usasse de fraude para obter o consentimento (*suasiones, dona, blanditiæ*)¹¹¹. Para além desta limitação, outros introduziam algumas restrições à actividade sexual *inter volentes*: a consanguinidade, as ordens clericais, certas relações político-sociais (ama e escravo ou criado, tutor e tutelada, etc.), a diversidade de religião, bem como aquilo que era considerado como a natureza do sexo¹¹².

Outra era a perspectiva dos canonistas, subsidiária da moral sexual da Igreja. Aqui, o princípio era o do carácter ilícito e pecaminoso do coito, sobretudo do praticado fora do matrimónio (*omnis autem alius coitus est illicitus, et reprobatus de jure divino... unde fugiendum est a fornicatione tanquam a peste*)¹¹³.

As Ordenações (*Ord. af.*, V, 5; *Ord. man.*, V, 14; *Ord. fil.*, V, 18 e 23) recolhem, no fundamental, o sistema romano, punindo como estupro as relações sexuais com violência (*Ord. fil.*, V, 18, pr.) ou fraude (*ibid.*, 18, 3) ou com virgem ou viúva, honesta e menor de 25 anos *in patris potestate* (*ibid.*, V, 23, 3).

¹¹¹ AMARAL, 1610, v. «Stuprum», ns. 11-12.

¹¹² V por todos, GÓMEZ, 1555, ad l 80, ns 5 ss (como um curioso e desenvolvido tratamento das práticas sexuais contra natura, donde decorrem as concepções da época sobre a normalidade e a preversão do uso do sexo

¹¹³ Mesmo no matrimónio, a castidade era a virtude máxima, pecando venialmente o marido «qui solum causa libidinis, & voluptatis explendae ad uxorem accedat» (GÓMEZ 1555, ad l 80, n. 3)

A legislação extravagante mais importante é constituída pelas leis de 19-6-1775 e de 6-10-1784 (A.D.S.). A primeira visa proteger as famílias contra a utilização do estupro como forma de forçar a casamentos que os pais, de outro modo, não consentiriam; para isso, à estratégia canónica de reparar o pecado pelo matrimónio subsequente opõe-se a de devassar oficialmente de tais crimes e de aplicar aos culpados penas civis. O pecado permaneceria, mas os interesses políticos das famílias ficariam mais salvaguardados. A segunda, além de abolir a querela de estupro para as mulheres (maiores de 17 anos) que tenham consentido na sua corrupção, diferencia as penas aplicadas ao estupro de menores ou maiores de 17 anos. Afinal, não se verifica uma modificação estrutural no sistema de punição, apenas se reforçando a protecção dos interesses familiares, mesmo com o sacrifício da ordem «moral» da sociedade.

Tal é, também, a orientação do *Cod.* (Tit. XII) que, porém, descriminaliza o estupro de donzela com quinze anos feitos (XII, 10). Com o que, não apenas se baixa a idade estabelecida na anterior legislação como, sobretudo, se veda aos pais da estuprada (e não apenas a ela mesma) a perseguição criminal do estuprador. Afinal, esta decisão parece representar a constatação do fracasso de duas estratégias —a do direito canónico que, visando a coesitação da situação pelo casamento, desprotegia a disciplina familiar; e a do direito josefina que, para proteger esta disciplina, acabava por comprometer o decôro das famílias, sujeitando-as ao escândalo de acções penais de que não tiravam quaisquer benefícios práticos.

3. OS CRIMES CONTRA A ORDEM POLITICA —A LESA-MAGESTADE

O projecto de Pascoal de Melo inclui sob as epígrafes de alta-traição e da lesa-magestade as ofensas mais graves contra a ordem política.

Estas categorias não eram desconhecidas da tradição textual do direito europeu¹¹⁴. Em todo o caso, são interessantes as re-

¹¹⁴ Tradição textual D 48, 4, *ad legem Juliam magestatis*, C , 9, 8, id. Esta tradição é recolhida pelo *Código visigótico* (II, 1, 8), ainda com un sentido predomi-

composições internas sofridas pelo campo desde os textos romanos até à codificação iluminista.

Não se trata, aqui, de retomar uma história da dogmática da lesa-magestade, de resto já existente ¹¹⁵. Mas apenas de destacar as modificações dos traços distintivos do campo penal e, portanto, os conjuntos de condutas que ele sucessivamente cobriu ou deixou a outros campos. O que nos vai permitir revelar as matrizes sub-jacentes de identificação do delito político e, portanto, do próprio *político*.

A tradição (ibérica) medieval, no domínio da tipificação da lesa-magestade tinha perdido o sentido da especificidade dos delitos políticos contra o poder supremo. Enquanto que as fontes romanas tinham definido a lesa-magestade como uma ofensa à comunidade política —«illud est, quod adversus populum romanum, vel adversus securitatem eius committitur», D., 48, 4, 1; v. também, D., 48, 4, 3, definição mais antiga. As *Siete partidas* (VII, 2) incluem no mesmo título tanto a traição contra o rei como qualquer acto praticado com falsidade e vileza (VII, 2, 20). Em todo o caso, o texto distingue a lesa-magestade ou traição —contra o rei, ou seu senhorio ou contra o bem comum da terra— do aleive (contra outro homem). Note-se que, na traição, não se incluía a ofensa feita aos senhores, mas apenas aos «adelantados mayores del Rey, o de los consejeros hōrrados del Rey, o de los caballeros que son establecidos para guardar su cuerpo, o de los judgadores que han poder de judgar por su mandato, en su corte» (VII, 2, 1 *in fine*), com o que parece aderir-se a uma concepção que distingue o poder político do monarca dos poderes senhoriais.

No direito português, a primeira providência legislativa sobre a lesa-magestade, aparece com D. Afonso II (cf. *Ord. af.*, V, 2), numa lei em que a traição aparece confundida, quer com aleivosia (de acordo com o modelo que será o das *Partidas*), quer com a heresia (de acordo com uma aproximação que provém dos textos ro-

nantemente «estatalista», pelos textos de direito canónico (v. *Decretum*, II, C VI, q 1, c 22 [onde se recebe a const. *Quisquis*, C., 985, de Honório e Arcádio, sobre a conjura contra personalidades políticas importantes], *De poenit.*, D I, c 9) e, mais tarde, nas *Partidas* (VII, 2)

¹¹⁵ Sobre a lesa-magestade na tradição europeia de punição do crime político, v. SBRICCOLI, 1974.

manos do Baixo Império, depois retomada na distinção, feita por legistas e canonistas, entre lesa-magestade temporal e espiritual): «a saber, se os davanditos trabalharem em nossa morte, ou de nosso filho, ou de nossos parentes achegados, os quaees teemos que som parte de nosso corpo, ou em morte de seu senhor, ou ereges...» (*Ord. af.*, V, 2, 1). As *Ord. af.* (V, 2) continuam a ignorar a especificidade da ofensa ao rei, ao incluir no título da lesa-magestade a ofensa contra o senhor e o amigo, praticada com traição e vileza (*aleivosa*).

Ou seja, para toda esta tradição legislativa —acompanhada até tarde pela doutrina, pelo menos no que respeita à extensão da lesa-magestade às ofensas feitas ao senhor— os modelos de tipificação inculcavam uma imagem das relações políticas em que o laço rei-súbdito não era essencialmente diferente dos que ligavam os amigos entre si, o senhor e o vassalo ou mesmo o pai e o filho (alguns textos aproximam a lesa-magestade do parricídio)¹¹⁶. Imagem que remetia para uma matriz de legitimação complexa (pluri-dimensional) dos laços sociais, em que estes são ao mesmo tempo justificados pelos deveres da religião (note-se a aproximação entre lesa-magestade e heresia), da natureza e da piedade doméstica (v. a aproximação entre lesa-magestade e parricídio), da fidelidade feudal e da amizade. Os textos documentam, assim, como que uma progressiva regressão do conceito de «Estado», seguindo um caminho que, partindo dos textos «publicistas» do *Corpus Iuris*, passa pelas versões já menos nítidas das *Partidas*, até desembocar num estágio de surpreendente obliteração da especificidade do supremo poder e dos vínculos de dependência em relação a ele.

As *Ordenações* seguintes marcam a ruptura com esta matriz de classificação e o advento, neste plano, da consciência da espe-

¹¹⁶ A questão de saber se a ofensa aos senhores e aos magistrados constituía ou não lesa-magestade foi discutida até muito tarde, a maior parte dos autores respondia afirmativamente (base textual: D., 48, 4, 1 —*quis magistratus populi romani, quive imperium, potestatemve habeat, occidere*, v. também *Extr 2, 2 (Qui sint rebelles: contra nos et officiales nostros)*). Para a doutrina, FARINACCIUS, 1606, q. 112, ns. 176 ss. (no sentido de que o crime apenas cobria as ofensas *contra domini qui superiorem non recognoscant*); CABEDO, 1601, II, d. 82, n. 2; GÓMEZ, 1552, t. 3, c. 2, n. 11 (ambos no mesmo sentido)

cifidade do poder real. A lesa-magestade é agora um crime dirigido especificamente contra o poder supremo, embora a sua gravidade conheça gradações consoante o carácter mais ou menos directo, mais ou menos grave, da ofensa. Os familiares do rei contra os quais este crime pode ser cometido aparecem enumerados, ademais segundo certa hierarquização, correspondente à proximidade simbólica que mantêm com o poder eminente. Os conselheiros régios e os magnates deixam de aparecer entre os protegidos pela punição; o mesmo se passa com os senhores ou com oficiais subalternos, para os quais as *Ord. fil.* reservam outros tipos (v.g., tits. 48 ss.). Por outro lado, a lesa-magestade aparece agora claramente distinta da aleivosia, à qual aparece dedicado um título independente (tit. 37).

Em contrapartida, o poder supremo continua a ser concebido como intimamente relacionado com a pessoa do rei. Enquanto que os textos romanos falavam do *populus* ou da *civitas*, os textos medievais e modernos falam do rei, do seu corpo (realmente, sobretudo de um dos seus corpos, o físico), da sua família (hierarquizada segundo a proximidade do parentesco, cf. *Ord. fil.*, V, 6, 1 e 21), do seu palácio (como lugar especialmente protegido, *ibid.*, n. 24), da sua imagem (*ibid.*, V, 6, 8), da sua presença pessoal (*ibid.*, n. 7), das suas ordens directas e pessoais (*ibid.*, n. 22). A defesa da segurança colectiva ou da ordem pública é também contemplada (*ibid.*, ns. 2-6, 23-26); mas, no conjunto, o que sobreleva é uma concepção personalizada do poder, em que o crime político é configurado, não como uma ofensa à ordem política estabelecida, seja quem fôr que a actue, mas como uma ofensa à sua cúspide, representada pela pessoa física do rei. Enfim, o sujeito eminente da relação política continua a ser uma pessoa, dotada de características carismáticas, e não uma entidade política abstracta e difusa, servida por uma multidão de agentes e susceptível, portanto, de ser ofendida por condutas diversas, não necessariamente relacionadas com a pessoa física do soberano.

O modelo de tipificação do projecto de Pascoal de Melo rompe com estas duas tradições — a de «banalização» dos laços políticos rei-súbdito e a de uma concepção personalizada do poder.

Em primeiro lugar, a ruptura da fidelidade política é, desde o início, distinguida de outras formas de infidelidade (doméstica, religiosa, familiar): «a principal obrigação do súbdito é a fide-

dade; e por isso o maior crime que elle pode cometer, é a traição, e lhe chamo alta em differença dos crimes particulares; porque o amigo infiel a seu amigo e benfeitor, o criado ao amo, o clérigo ao seu bispo, e o subdito ao seu superior, não é tão criminoso, como aquelle, que o é à sua pátria» (*Cod.*, «Provas», 36/7).

Mas, por outro lado, o poder torna-se impessoal. A *república*, como um todo politicamente organizado (o «estado», o «imperio supremo», a «sociedade») torna-se no objecto do crime de traição. Quer quando se ataca directamente a organização fundamental («alta traição», *Cod.*, XIII), quer quando se atinjam as prerrogativas do soberano («lesa-magestade», tit. 14). Esta nova definição do tipo alarga o universo das condutas nele compreendidas. As ofensas aos magistrados — pelo menos aos magistrados «comisários» — tornam-se puníveis nesta sede (*Cod.*, XIII, 13-14). Mas também os atentados graves contra a ordem pública (sedição, tumultos; *Cod.*, XIII, 11-13)^{117 118}.

4. OS CRIMES CONTRA A ORDEM PÚBLICA — A VIOLÊNCIA

A punição da violência tinha uma longa tradição textual, desde os títulos 48, 6, *ad legem Corneliam de vi publica*, e 48, 7, *ad legem Corneliam de vi privata*, do *Digesto*. No entanto, esta distinção entre *vi publica* e *vi privata* partia, não da qualidade das pessoas ou valores ofendidos, nem das intenções da acção violenta, mas de certas características objectivas da acção (como, nomeadamente, a utilização de armas). Entre os casos de violência públi-

¹¹⁷ Outras características do regime da lesa-magestade substituição da antiga distinção entre «prima caput» e «secunda caput» pela distinção entre alta traição e lesa-magestade, tipificação mais rigorosa dos delitos, apesar de ainda se prever a imposição de penas «económicas» ou arbitrarias; abolição das penas cruéis, conservando, porém, as infamantes (no entanto, não transmissíveis)

¹¹⁸ Um crime que a tradição textual aproxima da lesa-magestade é a falsificação de moeda (D, 48, 10, 1, 13, integrando este crime no tipo mais geral dos crimes de falsificação); (C, 9, 24 que, em contrapartida, o encara do ponto de vista da ofensa da magestade imperial), para a tradição legislativa portuguesa, *Ord af*, V, 5, *Ord. man*, V, 6,1, *Ord fil*, V, 12; evolução no sentido da valorização dos aspectos políticos do delito. No *Cod.*, (tit. XXV), em contrapartida, encara-se o crime sobretudo do ponto de vista das suas consequências patrimoniais

ca estavam, por isso, arrumadas condutas tão diversas como o estupro, a violação de uma casa pela força, a usurpação violenta da posse, a convocação de homens armados para actos violentos, o abuso de poder por um magistrado. O traço comum de todos estes tipos parece residir na violação do monopólio «estadual» da força, como forma de garantir uma certa paz pública; punindo todos os actos que a violavam ou a colocavam em risco grave, quaisquer que fossem o estatuto ou a intenção dos autores. Assim, a tradição romana da punição da violência insinua uma matriz de classificação em que os delitos de violência contra pessoas privadas coexistem indistintamente com os delitos contra pessoas públicas ou contra as funções do soberano e dos seus magistrados como «mantenedores» da paz.

A tradição medieval portuguesa de punição da violência baseia-se, antes de mais, na legislação (muita dela respondendo a capítulos de cortes) que proscovia a vindicta privada ou que reprime os abusos dos senhores e dos clérigos (cf. *Ord. af.*, V, 36; 45; 50; 66; 76/77; 95/97; 106). Ao lado desta tradição «prática», existe também uma tradição «letrada» —baseada no *Cod. visigótico* (VIII, 1, *de invasionibus et direptionibus*: diversos tipos de violação do domicílio e de esbulho violento) e nas *Partidas* (VII, 10: «fuerça») — que adoptava a casuística das fontes romanas ao contexto politico-social medieval, dando um novo relevo aos tipos penais correspondentes às políticas régias de instauração da paz e de monopólio da força legítima —proscrição da violência nos juízos, repressão das «forças» dos clérigos, dos senhores e dos oficiais (sobretudo fiscais), regulamentação dos desafios das tréguas e pazes.

Em suma, o rei, como fonte da «justiça» (i.e., do equilíbrio da ordem social «espontaneamente estabelecida») impõe a sua «paz»; ou seja, proíbe qualquer ofensa desta ordem, sobretudo por meios violentos. Em rigor, ele não impõe *a sua ordem*; impõe *a sua paz*. E impõe-a sobretudo, contra os poderosos, aqueles que podiam utilizar os seus meios materiais para romper os equilíbrios sociais.

Nas *Ordenações* mais modernas, esta preeminência da paz real cede o lugar à preeminência da *ordem* real. Assim, entre as condutas puníveis como violentas, ganham relevo as ofensas aos oficiais (cf., *maxime*, *Ord., af.*, V, 91; 104; *Ord. man.*, V, 36; 75; *Ord.*

fil., 48/51). Enquanto que as violências contra as pessoas privadas, antes pertencentes a este «campo», passam a ser tratadas noutros contextos —v.g., a violação e o estupro, no conjunto dos crimes sexuais; a usurpação violenta da posse, no das medidas processuais de tutela da posse— e que a punição da vingança privada se torna cada vez menos enfática (salvo no que respeita ao duelo, *Ord. fil.*, V, 43), vários títulos são dedicados às ofensas ao corpo ou à honra dos magistrados e dos oficiais, camada que, agora, tornava visível a *ordem real*.

A esta emergência institucional-burocrática da ordem política real corresponde, no plano doutrinal, uma *reinterpretatio* da distinção romana entre violência «pública» e «privada». Sintomática, a definição de violência pública dada por Cujacius e transcrita numa edição muito conhecida do *Digesto*¹¹⁹ —«quæ contra ius infertur personis publicis, qui imperium et potestatem habent», ainda que acrescente «ad alias tamen personas pertinet, qui vim cum armis inferunt». Ou seja, a violência torna-se mais grave, não já (não apenas) quando se manifesta pelo uso de armas, mas também quando é «sediciosa», isto é, dirigida contra um magistrado público ou ofensiva da ordem política superior.

A organização deste campo dos crimes de violência aparece totalmente modificada no projecto de Pascoal de Melo (tits., 16-24). Agora, o grande eixo de classificação é já, de todo, o que distingue a violência «pública» —concebida como «violência atroz, cometida com dolo mau, com armas ou sem armas, contra a segurança pública, por pessoa pública ou contra pessoa pública, ou em lugares decorados com um especial carácter sagrado» (*Inst. iur. crim.*, IV, 1)— da violência «privada», tratada noutros «campos», como o das injúrias e do dano. Como eixo secundário de classificação, o carácter individual ou colectivo da conduta. Em contrapartida, o uso ou não de armas perde toda a importância (cf. *Cod...*, XVII, 19). A acusação de confusão, dirigida ao direito anterior, por ele incluir num mesmo campo condutas essencialmente diferentes, reflete justamente esta nova matriz de organi-

¹¹⁹ *Corpus iuris civilis*, éd. DIONISIUS GODOFREDUS, Colonia Allobrogum, 1615, ad rubr. tit. 48, 6 e 48, 7 GÓMEZ 1552, em contrapartida, mantém-se fiel ao critério romano (v III, cap IV, pg. 76)

zação tipológica e conceitual do campo. A punição da violência torna-se, assim, na outra linha de protecção da ordem política, complementar da lesa-magestade. Nas *Institutiones*, tudo isto se torna ainda mais claro; pois se torna visível como é pela incriminação como violência que se punem os atentados à ordem pública que o não podem ser como alta-traição ou lesa-magestade (tumultos, simples e sediciosos, reuniões clandestinas, resistência aos oficiais, libertação de presos, etc.) (cf. *Inst. iur. crim.*, IV, 4 ss.).

Por outro lado, confirma-se a tendência para identificar a ordem política com a defesa das prerrogativas dos funcionários. A maior parte dos títulos desta secção do *Código...* refere-se às ofensas feitas aos magistrados ou à usurpação da sua jurisdição.

Em suma. Também neste plano, a punição da violência pública completa a garantia da nova ordem política «estatal», fundada, não já sobre a protecção —nomeadamente contra actos de força— dos equilíbrios sociais espontâneos, mas sobre a existência e impacto social de um aparelho burocrático e administrativo encarregado da *disciplina* da sociedade, agora *civil*¹²⁰.

5. CRIMES CONTRA AS PESSOAS — A HONRA

No direito romano, todos os valores pessoais não patrimoniais estavam protegidos pela punição das injúrias (v. D., 47, 10, *De iniuriis et famosis libellis*). As injúrias eram perseguidas por uma *actio poenalis* (*actio iniuriarum*). Apesar da tendência pós-clássica para a punição criminal de certas categorias de injúrias, o sistema romano tendia a tratar as injúrias sobretudo do ponto de vista dos interesses meramente individuais, compensáveis pela indemnização (*poena*). Por outro lado, a indemnização não cobria senão os danos morais, mesmo no caso de ofensa corporal (pois *in homine libero corpore nulla corporis aestimatio fieri potest*, regra fundada em D., 9, 3, 1, 5 e 9, 3, 7).

¹²⁰ Na sistemática do projecto de Pascoal de Melo, aos crimes de violência seguem-se os «crimes políticos», no sentido de crimes «que perturbam a ordem pública e a economia» [= « direcção do governo interno da sociedade »]: armas de fesas (t 23), caça e pesca defesas (t 24), vadios (t 25), jogos e teatros (t 26), luxo (t 27), contrabando (t 28), delitos edilícios (t 29).

Estes traços do regime romano das injúrias pesaram sobre o sistema medieval ¹²¹ e moderno. O direito comum segue esta mesma via «privatizante», ao classificar as injúrias como um delito privado ¹²², e ao preferir, no plano da ênfase doutrinal, a acção penal civil à acção criminal. Em Portugal, a opinião dominante era a de que as injúrias não verbais deviam ser intentadas pela via criminal ¹²³: mas a pena (pecuniária [arbitrária]) revertia sempre para o ofendido.

Na prática, o móbil de muitas acções de injúrias era, decerto, o interesse económico. Mas, na imagética dos textos, a *actio iniuriarum* não prosseguia recompensas pecuniárias, pois «a honra não se paga». As fórmulas de estimação da indemnização constituem, então, prodígios de retórica que visam avaliar o inavaliável —«antes queria ter perdido ou não ter ganho tal soma do que ter sofrido esta injúria» ¹²⁴. Por outro lado, a honra não é, de modo algum, um bem puramente individual. Na sociedade, organizada corporativamente, existem grupos de pessoas de tal modo ligadas que a ofensa feita a uma se reflecte no património moral das outras; é o que se passa com a comunidades doméstica, pelo que as injúrias feitas à mulher ou aos filhos eram consideradas como feitas ao pai (fonte textual, D., 47, 10, 1, 3); mas a doutrina tinha identificado outros círculos do mesmo tipo.

Enfim, o regime de punição das injúrias, com a latitude que esta tinha no direito comum, reflecte bem a extensão e hierarquias da ideia de honra na sociedade antiga, medieval e moderna.

As *Ordenações* portuguesas não se ocupam *ex professo* das injúrias (não corporais) ¹²⁵, recebendo, por isso, de forma implíci-

¹²¹ As *Partidas* seguem de perto os textos romanos (VII, 9), em Portugal, os forais tipificam algumas formas de injúria e fixam para elas as respectivas penas pecuniárias. No plano legislativo, sabemos —por uma lei de 1335 (*Ord. af.*, V, 59, 1)— que, por essa época, a *actio iniuriarum* constituía uma novidade («que elles [os homens] novamente usavam as ditas injurias, o que nos nossos Regnos nom era acostumado»), a que as pessoas recorriam com tanto gosto que o rei teve que a dificultar.

¹²² V GÓMEZ, 1552, t III, ch 6.

¹²³ V PEGAS, 1669, V, ad 1, 6, 25, n 3, p 74.

¹²⁴ V por todos, GÓMEZ, 1552, III, ch 4, n 7, p. 86.

¹²⁵ Excepções injúrias aos co-litigantes e aos oficiais de justiça (*Ord. fil.*, V, 42, 50) e escritos infamantes (*ibid.*, V, 84).

ta, o sistema do direito comum. A imagem da honra aí contida projecta-se, então, sobre o direito português e, por intermédio deste, sobre a própria sociedade. O mesmo se passa com o regime «privatista» da punição. Longe de se comprometer na vingança da honra de cada um, estabelecendo punições «públicas», «criminais», a coroa deixava subsistir o sistema de indemnização «privada», canalizando todos os seus esforços no sentido de evitar meios violentos de reparação, como o duelo ou a vingança privada.

No *Codigo...* (t. 35), a principal novidade consiste na punição pelo encarceramento e multas a favor de obras pias, que substitui a indemnização privada. A honra individual torna-se num bem público, garantido pelo Estado. O confronto com a longa tradição «privatista» antes referida não deixará de salientar a importância da ruptura ideológica que agora se efectua.

Mas, ao mesmo tempo, a protecção efectiva da honra é enfraquecida. Por meio de uma estratégia múltipla, o Estado procura reduzir a perseguição judicial dos pontos de honra. Na verdade, com a supressão das penas pecuniárias a favor do queixoso, este deixa de tirar proveito das vantagens económicas que a anterior *actio iniuriarum* lhe trazia. Por outro lado, certas condutas antes consideradas altamente ofensivas —como as bofetadas, chamar alguém por uma alcunha, apontar defeitos físicos reais— são banalizadas do ponto de vista da sua carga injuriosa (cf. *Cod.*, XXXIV, 19-20; «Provas», p. 112). Finalmente, a honra tende a tornar-se numa questão puramente pessoal e intransmissível, insusceptível de ser vingada por outrem (com excepção do marido, em relação às ofensas feitas à mulher e aos filhos, *Cod.*, XXXV, 1-2).

6. CRIMES CONTRA AS PESSOAS — O CORPO

Salvo no que respeita ao homicídio, a tradição textual dos crimes contra as pessoas provém dos textos romanos relativos às injúrias (nomeadamente, de D., 47, 10, *De iniuriis et libellis famosis*).

As ofensas corporais eram, portanto, tratadas, no direito romano, como uma espécie das injúrias (*iniuria facto data*), pelo que para elas vale tudo quanto antes foi dito, quer sobre a natureza «simbólica» das ofensas, quer sobre o carácter privatista da punição.

Pelo que respeita ao primeiro aspecto, é interessante destacar que, apoiada num texto singular do *Digèsto* (D., 47, 10, 15, 1), a doutrina do direito comum pune duramente condutas que, do ponto de vista da ofensa física, eram quase irrelevantes —como as bofetadas ou mesmo a ameaça de as dar¹²⁶. Como também pune com dureza a deformação do rosto («dar cutilada no rosto», *Ord. fil.*, V, 35, 7), pois neste se reflectia a formosura de Deus. O que nos leva a uma conclusão mais geral.

O corpo, durante todo o período do direito comum, foi considerado como um apêndice ou suporte da honra. Por isso, as ofensas infligidas ao corpo eram apenas encaradas —salvo nos casos extremos— como atentados à consideração social devida. Daí que, por um lado, as consequências físicas das feridas não fossem, em princípio, consideradas para a fixação da indemnização¹²⁷; como, por outro lado, à mesma ofensa podiam corresponder punições diferentes, *considerata dignitate personæ inferentis injuriam et eam recipientis*, como no regime geral das injúrias.

Pelo que respeita ao carácter «privatista», o regime das ofensas corporais não se libertou facilmente deste traço típico do regime das injúrias. Assim, a tradição legislativa peninsular confirmava esta tendência. As *Partidas* (VII, 6) incluíam as feridas nas injúrias, punindo-as pelo estabelecimento de uma *poena* a favor do ofendido. Uma lei portuguesa da segunda metade do séc. XIV (cf. *Ord. af.*, V, 32) estabelece uma punição «criminal» para todas as feridas dolosas, o que, no contexto, era notável; mas as *Ord. af.* (V, 32, 4) voltam ao sistema do direito romano; no que são segui-

¹²⁶ Para a doutrina dominante, dar bofetadas constitui mesmo uma injúria atroz, que dava lugar a uma pena arbitrária, «até à morte, de acordo com a pessoa que comete a injúria ou que a recebe» (v. JUAN DE AYLON LAYNEZ, comentário a GÓMEZ, 1552, III, ad cap 4, n.º 5, p. 91) Para Portugal, v. a lei de 15-1-1652

¹²⁷ A base textual era uma já citada lei do *Digèsto* D., 9.3.7 «*cicatrix autem aut deformitas nulla fit æstimatorio quia liberum corpus nullat recipit aestimationem*». Mas a doutrina do direito comum introduzira uma excepção muito importante —devia estimar-se a cicatriz ou deformidade causada a uma reparação não casada, aos escravos (e aos animais), pois nestes casos a integridade física tinha um valor económico (v. GÓMEZ, 1552, III, ch. 4, n.º 12, pg. 88). A doutrina mais moderna (ZASIVS, COVARRUVIAS, FARINACCIUS, ANTONIO GÓMEZ) tendia a valorizar, por meandros dogmáticos mais ou menos especiosos, estas consequências físicas permanentes dos ferimentos.

das pelas seguintes que, todavia, estabelecem sanções «criminais» para as feridas «atrozes».

Os critérios de classificação das feridas são, também, interessantes, sobretudo se confrontados com os do projecto de Pascoal de Melo. Com efeito, para a determinação da atrocidade das feridas são relevantes: a intenção do agente (*v.g.*, ferir a soldo, *Ord. fil.*, V, 35, 3), o local da ferida (*v.g.*, a face, *ib.*, V, 35, 7), o lugar do delito (*v.g.*, o palácio real, *ib.*, V, 39, 2), a arma utilizada (*v.g.*, as armas de arremesso, *ib.*, V, 35, 4), a qualidade do ofendido (*v.g.*, o pai, o oficial, o companheiro de prisão, *ib.*, V, 41, 1; 6, 25; 35, 6). Em contrapartida, a gravidade física ou fisiológica das feridas não interessa para a fixação da pena civil¹²⁸. O que confirma o que já se disse sobre a imagem implícita do corpo na antropologia cultural medieval e moderna. Os critérios da valorização das ofensas —e, portanto, dos valores corporais atingidos— não se relacionam com uma concepção fisiológico-funcional do corpo, mas, antes, com várias hierarquias simbólicas sobrepostas, umas provindas dos usos culturais do corpo, outras de antigas tradições textuais (como, *v.g.*, a da especial punição das ofensas feitas com arma de arremesso, que provém das Decretais, V, 15, *De sagitariis*).

No *Código* (t. 34), as feridas tornam-se num objecto criminal autónomo, ainda que vizinho do seu «campo» de origem, as injúrias (t. 35). A pena já não consiste numa multa a favor do ofendido, mas numa sanção «criminal» —galés, trabalhos públicos, prisão—, à qual se juntava a indemnização civil. Afinal, o mesmo movimento de «publicização» com que nos havíamos deparado nas injúrias.

Para além disso, o corpo torna-se objecto de uma nova valorização, desta vez dominada por critérios fisiológicos e funcionais (§§ 1-7). As feridas são graduadas pela sua gravidade: mortais, perigosas, que provoquem deformação ou perda de membro ou, fi-

¹²⁸ Na doutrina do direito comum, encontram-se referências à *vulneris magnitudo*, como critério de agravamento da injúria, na esteira de D., 47, 10, 8 —«*Vulneris magnitudo atrocitatem facit, & nonnunquam locus vulneris, veluti oculo percusso*», mas recebem muito mais atenção os elementos simbólicos, enumerados logo no texto seguinte do *Digesto* (D., 47, 10, 9), tanto mais que o já citado D., 9, 3, 7 expressamente excluía a avaliação da gravidade da ferida.

nalmente, feridas simples. Os valores propriamente corporais ganham uma dimensão jurídico-penal autónoma. O corpo, como organismo e como instrumento (de trabalho, nomeadamente), adquire uma dignidade própria, não se limitando mais a ser um suporte de valores simbólicos¹²⁹. Em todo o caso, as bofetadas (§ 18) continuam a ser mais punidas do que o espancamento (§ 17).

7. CRIMES CONTRA A VERDADE

Os crimes de falso tipificavam, desde a época romana, os atentados à verdade das coisas — *falsitas est delictum publicum, quod committitur quando quis sciente et dolose mutat substantiam veritatis in praeiudicium alterius*¹³⁰. Não se trata, evidentemente, de uma protecção global a uma qualquer verdade. Em cada época, no entanto, o poder deve garantir, no mínimo, que *certas coisas são o que parecem ser*.

No direito romano, esta protecção dos limites mínimos do verdadeiro era garantida pela punição do crime de falso. A principal fonte era o título 48, 10, de *lege Cornelia de falsis et de senato consulto Liboniano* do Digesto¹³¹, fonte da maior parte da doutrina e legislação medieval e moderna sobre o tema. Assim, as *Partidas* (VII, 7) seguem de perto a casuística e tipificação do testamento que domina o título do Digesto, apesar de bastante mais libertas da temática da falsificação do testamento que domina o título do Digesto e mais atraídas por uma outra perspectiva sobre o mínimo de verdade que deve ser garantida pelo poder.

As *Ordenações* portuguesas¹³² recolhem a casuística romana,

¹²⁹ Para o homicídio, v. tít. 30-32.

¹³⁰ A GÓMEZ, 1555, ad l. 83 *finale*, pg 337

¹³¹ A casuística do título é dominada pela falsificação do testamento; mas encontram-se nele outros tipos de falsificação: julgamento contra o direito (D., 48, 10, 3), falsificação de documentos (*ibid.*, 4), entrega abusiva de documentos (*ibid.*, 6), falsificação de moeda (*ibid.*, 10), uso de nome falso (*ibid.*, 13), venda de justiça (*ibid.*, 21), venda dupla da mesma coisa (*ibid.*, 21), parto suposto (*ibid.*, 19, 1), redação de documento não correspondente à vontade das partes (*ibid.*, 14-15), etc.

¹³² *Ord. af.*, V, 37, 38, 39, 40, 82, 38, 39, 55, 89, 60, 31, IV, 32, 1, 2, *Ord. man.*, V, 7, 8, 9, 86, 64, 65, 95, 56, 59, 62, *Ord. fil.*, V, 52/59, 64/67, 76, 71/74

desenvolvendo-a num sentido já perceptível nas *Partidas*. Em primeiro lugar, a verdade dos aparelhos «proto-burocráticos» do poder ganha um relevo e uma dimensão desconhecidos até aqui: uma parte muito importante de campo gira em redor das «falsificações» —com o sentido alargado que o termo aqui recebe— cometidas por oficiais. O poder garante a verdade dos actos, dos escritos, dos testemunhos, dos selos, do saber dos oficiais. Pois todos estes elementos —mas, antes de tudo, os escritos dotados de fé pública— são, por sua vez, a garantia dos actos de comunicação com o poder (ou perante o poder) ¹³³. Em contrapartida, a verdade dos escritos particulares (a comunicação entre particulares) não é quase nunca protegida; a única excepção é constituída pela punição (com pena arbitrária) da violação de cartas particulares (*Ord. fil.*, V, 8, ult.).

A seguir, neste domínio da «verdade garantida», aparece a verdade da identidade pessoal; não somente da identidade familiar, mas também da identidade «estatutária». A punição dos partos supostos (*Ord. fil.*, V, 55, pr.) e da apropriação de nomes e de títulos ou brasões (*ib.*, V, 92) garante a primeira, enquanto que a proibição de usar (ou não usar) trajos «estatutários» (de clérigo, hábitos de ordens militares) (*ib.*, V, 93-94) protege a segunda. Note-se que, em rigor, a verdade da identidade «pessoal» não era garantida, pois não se encontra nenhuma pena para aquele que forge uma identidade ¹³⁴.

Um outro domínio da verdade garantida é o da verdade das coisas, ou melhor, de certas coisas estratégicas no seio das relações sociais medievais e modernas: a moeda (*Ord. fil.*, V, 12), os metais e pedras preciosas (*ib.*, 56), os géneros alimentícios (*ib.*, 57; 59), as medidas (*ib.*, 58), a terra (*ib.*, 67). Certas limitações ao uso das coisas que aparecem neste «campo» dos crimes de falso —como a proibição de comprar cereais (ou pão) para revender

¹³³ Note-se que a verdade dos escritos apenas é protegida no caso de escritos garantidos pelo poder —cartas do rei, de conselheiros, de cidade ou concelho, documentos notariais ou de escrivães públicos

¹³⁴ Com efeito o tit 32 visa a protecção de interesses honoríficos e linhagistas, como se pode ver do seu intróito. Com base em textos doutrinários, o direito do séc XVIII começa a garantir também a verdadeira identidade (v MELO, 1789b, V, 8)

—relacionam-se com esta salvaguarda da verdade das coisas. Uma verdade que não se refere apenas ao seu valor de troca, mas também ao seu valor de uso, segundo a ética económica do tempo: o pão (revestido na imagética popular de uma dignidade quase sagrada) serve para consumir, não para especular.

Protegida, também, a verdade de certos negócios; de onde decorre a punição da dupla venda da mesma coisa (*Ord. fil.*, V, 65) ou da falência fraudulenta (*ib.*, 66).

A lógica subjacente aos títulos do *Código* sobre o crime de falso manifesta algumas modificações interessantes.

O traço mais importante é o facto de que o lado económico do crime de falso se torna mais evidente, ou mesmo decisivo. Não se trataria apenas (ou sobretudo) de uma ofensa à verdade, mas ainda de um desejo de realizar um lucro ilegítimo, causando prejuízos a outrem. Esta mutação de perspectiva traz consigo algumas consequências. Por um lado, uma nova consciência da proximidade entre falso e furto; proximidade que se manifesta, quer pela transferência para o «campo» do furto de certos tipos até aí tidos como de falso (como a falsificação de medidas, *Cod.*, «Provas», 125), quer pelo facto de o falso ser, em geral, punido como furto (*Cod.*, XXXVIII, 1 ss.). Por outro lado, esta ligação mais estreita entre falso e prejuízo leva a que não sejam punidas as falsificações que não originem prejuízos (*v.g.*, o uso de nomes falsos, se daí não resultar prejuízo de terceiro, *Inst. iur. cr.*, V, 8).

Um outro traço característico do novo tratamento do falso não representa senão o desenvolvimento de uma tendência já encontrada na análise de outro campo. Refiro-me à importância crescente atribuída aos crimes dos magistrados e, em geral, dos oficiais (*cf. Cod.*, XLIII e XLIV; *v.*, já, *Ord. fil.*, V, 71, pr.). Se aqui se reflete o papel político cada vez mais decisivo do aparelho burocrático (ou «proto-burocrático»), não se reflete menos uma política da coroa visando a redução do poder autónomo desta nova camada que, apoiada nos seus privilégios e, sobretudo, no seu domínio dos circuitos da comunicação política (e, portanto, dos instrumentos de governo), desviavam a seu favor as prerrogativas —e, também, os rendimentos— do soberano ¹³⁵.

¹³⁵ A inclusão dos crimes dos oficiais no campo dos crimes de falso aparece-nos, hoje, como totalmente arbitrária; ela explica-se, no entanto, por uma tra-

8. CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO

O sistema moderno nos crimes contra o património é fortemente estruturado pela tradição textual romana.

No direito romano, as ofensas ao património davam lugar a acções privadas dirigidas à indemnização do ofendido (*actio furti*, *actio iniuriarum*, *actio legis Aquiliæ*, a que correspondiam os três grandes «campos» dos crimes de incidência patrimonial: furto, dano e inúrias). O carácter fundamentalmente «privatista» destas acções e dos interesses que elas protegem exprime-se ainda na oposição entre *delicta* —que davam lugar a *actiones poenales*— e *crimina* —que originavam um *publicum iudicium*, sob a forma de uma *quæstio*. Em certos casos, o aspecto público do delito (v.g., pelo carácter violento da conduta que produzia o dano) levava a uma agravação da pena (pena quádrupla) ¹³⁶.

As sanções «criminais» que se encontram no sistema moderno de punição dos delitos contra o património documentam uma progressiva «publicização» do campo, já detectável em textos jurídicos pós-clássicos, justinianeus e alto-medievais ¹³⁷.

Por este motivo, enquanto que o direito romano clássico tendia a considerar o furto sobretudo como um delito privado, tratando-o com medidas «civilistas» (*poena* privada, ainda que de

dição textual proveniente, como se viu, do direito romano. responsável por esta arrumação era também a atracção exercida pelo tipo criminal mais antigo e mais típico desta administração que, progressivamente, se apoiava sobre a escrita —a falsificação de documentos.

¹³⁶ Era o que se passava nos casos de roubo (furto violento, D , 4, 2, 14, 12), do furto cometido durante naufrágio ou incêndio (D., 47, 9), dos danos causados por bandos de salteadores ou das extorsões praticadas pelos colectores de impostos (D , 39, 4, 1, 4).

¹³⁷ V D 47, 2, 92, Ulpianus «nunc furti plerumque criminaliter agi quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam », mas, sobretudo, a Nov 134, em que o roubo violento aparece equiparado às violações da paz imperial, e a constituição fredericiana *De pace tenenda* (*Lib , feud , II, 27*), em que são enumeradas e punidas (com a morte pela força) todas as violações da paz, entre as quais o furto de coisa de valor superior a 5 soldos. Também o direito canónico previa punições «criminais» para o furto (de coisas sagradas) E os direitos costumeiros medievais continham disposições semelhantes que realçavam o carácter «criminal» do furto e a natureza pública da sua sanção

duplum ou de *quadruplum*), o direito comum medieval encara-o, predominantemente, como uma ofensa à paz, cumulando a pena civil com uma sanção criminal (pena de morte, corte de membro, flagelação). Como dizem as *Partidas* (VII, 14, 17): «tornar... la cosa furtada... pechar quatro tanto como aquello que valia... Otrosi deuen los judgadores... escarmentar los furtadores publicamente cõ feridas de açotes».

O crime de furto aparece, assim, fortemente atraído pelo de violência, este último claramente tingido por conotações publicistas. Tanto como à defesa do património, a punição do furto liga-se à manutenção da paz pública. E, assim, as circunstâncias que agravam a pena não se relacionam, em geral, com o valor da coisa roubada, mas com a gravidade da ofensa da paz ¹³⁸.

Em Portugal, existia uma tradição antiga de punição criminal do furto ¹³⁹. Nas *Ord. man.* (V, 37) estabelece-se o regime que se vai manter durante os séculos seguintes (*Ord. fil.*, V, 60): o furto é sempre objecto de uma punição criminal, agravada no caso em que se verifiquem circunstâncias especiais, já previstas pelo direito comum clássico (reincidência, coisa ou lugar sagrado, valor da coisa) ¹⁴⁰. Com esta consideração autónoma do valor da coisa (decerto importada da citada const. *de pace tenenda*), o furto ganha, do ponto de vista dos valores protegidos, uma completa autonomia relativamente à violência. O património e a sua defesa são, agora claramente, objectos autónomos de protecção cri-

¹³⁸ A classificação do *furtum magnum* como furto qualificado é problematizada pela doutrina. A. GÓMEZ, v.g., reaga contra esta equiparação (que tinha, de resto, uma base textual muito frágil) do furto de coisa valiosa ao furto continuado pois «impõe-se a pena de morte em função da frequência do delito e não em função da sua grandeza» (GÓMEZ, 1552, III, ch 5, n.º 8, pg. 89); esta era, ainda, a opinião de grande parte dos juristas modernos (L. MOLINA, *De iustitia et de iure*, III, d. 695, n.º 90; FARINACCIUS, 1606, qu. 267, n.º 47) Em todo o caso, a *opinio communis* dos juristas da baixa idade média era favorável à consideração do valor da coisa roubada

¹³⁹ Cf *Ord. af.*, V, 65

¹⁴⁰ Um caso especial de agravamento, não estabelecido expressamente na nossa lei, mas previsto na tradição textual do direito romano, era o do furto *improbissimus* ou *plus quam improbissimus*, praticado nas estradas por bandoleiros («ladrões famosos», *grassatores, latrones famosi*); e, ainda, o furto de gado (D , 47, 14, 1; *Partidas*, VII, 14, 19), ambos punidos com a morte.

minal, embora apareçam, neste campo, critérios de tipificação que remetem ou para a protecção de outros bens —nomeadamente, valores religiosos (*Ord. fil.*, V, 60, 4) ou a paz (*ib.*, V, 60, 1; V, 61)— ou para antigas tradições textuais —v.g., a da especial punição da treincidência, por atracção da punição criminal, no direito romano, dos *latrones famosi*.

O *Código*... representa a consumação desta tendência para a autonomização e progressiva hegemonia da protecção dos valores patrimoniais sobre todos os outros. Autonomização e hegemonia, cujas manifestações são as seguintes. Em primeiro lugar, a importância determinante do valor da coisa como critério de tipificação (*Cod.*, XXXVI, 2-5). Depois, a força polarizadora do tipo penal «furto» sobre outros tipos que, ainda que incluíssem também ofensas a valores patrimoniais, eram antes encarados sobretudo do ponto de vista de outros valores (v.g., a usura, o roubo de coisas sagradas, o cerceamento de moeda). Agora, eles são considerados, sem mais, como espécies de furto, com isto se manifestando a supremacia que os valores patrimoniais (digamos, a defesa da propriedade privada) vão adquirindo na valoração penal.

Esta nova valorização dos interesses patrimoniais tem também consequências sobre o regime penal do dano. Enquanto que, para o direito romano e para o direito comum ¹⁴¹ a produção de danos não tinha senão consequências «civis» (indenização), o *Cod.* (XXXII e XXXVII) estabelece sanções «criminais» para toda a conduta dolosa que provoque prejuízos a outrem.

9. CONCLUSÃO

Neste ensaio de identificação de alguns dos traços mais relevantes dos códigos ideológicos que presidiram à tipificação jurí-

¹⁴¹ O dano ilícito (*damnum iniuria datum*) —doloso ou culposo— era, no direito romano, um delito, dando lugar a uma *actio poenalis* (cf D'ORS, 1973, 382 ss.). Algumas hipóteses particularmente graves de dano doloso eram, no entanto, configuradas como *crimina*. assim, o dano causado com violência, o causado durante calamidade pública, ou o causado por publicanos. Semelhante é a orientação do direito comum e, logo, das *Partidas* (VII, 13-15). As *Ordenações* são, em geral, omissas quanto ao dano, remetendo, por isso, para o direito comum. V., em todo o caso, *Ord. fil.*, IV, 57, V, 79, 86, 87

dico-penal e à organização dos vários «tipos» penais em «campos» estruturados, procurámos situar a análise *no plano do discurso* (e não *no plano das ideias* dos seus autores). O que nos permite atingir um nível «anterior» àquele a que, normalmente, se dirige a «história das ideias» penais. Na verdade, esta ocupa-se das formulações manifestas e conscientes de cada autor; ao passo que uma descodificação ideológica de textos identifica o impensado valorativo que o próprio texto carrega no seu bojo e que exprime (e, ao mesmo tempo, estabelece) como que o horizonte axiológico possível dos seus autores —do seu grande Autor colectivo, como outros preferem dizer.

As matrizes de classificação e de valoração atingidas são, portanto, entidades trans-individuais que modelam, ao nível do impensado, cada manifestação discursiva. Se não se tratasse de discursos produzidos no seio de uma prática discursiva socialmente situada —decorrente, isto é, de formas limitadas e sectoriais de aculturação—, poder-se-ia dizer que, por esta forma, se atingiam as categorias antropológicas da sociedade medieval e moderna. De qualquer modo —e ainda que a estrutura particular do campo de produção do discurso jurídico aí provoque algumas distorções—, existem certamente laços muito fortes entre estes códigos axiológicos dos juristas, provenientes do seu *habitus* intelectual e revelados pela análise do seu discurso, e os contextos ideológicos da sociedade, no seu conjunto. Por isso, esta empresa analítica pode, a meu ver, ser integrada numa linha de orientação da mais recente história do direito, que coloca a análise da dogmática jurídica (de epistemologia impensada dos juristas) ao serviço de um estudo antropológico da sociedade moderna¹⁴². E, assim, tanto as matrizes de tipificação de cada crime —a qualidade dos autores ou das vítimas, as características da conduta, o lugar e o tempo, a natureza ou qualidades do objecto ofendido— como os valores com que tais crimes são relacionados —a religião (*verdadeira* ou *estabelecida*), o poder, a moralidade, a honra, o património, a verdade, a paz, permitiriam um olhar sobre as categorias mentais europeias e a sua evolução, durante esse período-charneira que é a época moderna.

A. M. HESPANHA

¹⁴² V. CLAVERO, 1985.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- RAFFAELE AJELLO, 1976, *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, 1976.
- RAFFAELE AJELLO, 1985, «Continuitá e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematicismo», *Rivista storica italiana*, 97.3 (1985), 884-930.
- MARIA PAZ ALONSO, 1982, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982.
- ANTONIO CARDOSO DO AMARAL, *Summa seu praxis iudicum*, Ulyssipone, 1610 [ed. util. *Liber utilissimus iudicibus et advocatis*, Conimbricæ, 1740].
- MANUEL BARBOSA, 1618, *Remissiones doctorum de officiis publicis jurisdictione, ordine judiciario, contractibus, ultimis voluntatibus, & delictis*, Olyssipone, 1618; ed. cons. Conimbricæ, 1730.
- L. BERLINGUER (ed.), 1986, *La «Leopoldina». Criminalità e giustizia criminale del settecento europeo*, Siena, 1986, 3 vols. (pre-print das actas do congresso).
- PIERRE BOURDIEU, 1976, «Le champ scientifique», *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2-3 (1976), 88-104.
- PIERRE BOURDIEU, 1980, *Le sens pratique*, Paris, 1980.
- PIERRE BOURDIEU, 1984, *Homo academicus*, Paris, 1984.
- JORGE DE CABEDO, 1601, *Practicarum observationum sive decisionum supremi senatus regni Lusitanæ*, Olyssipone, 1602-1604; ed. cons. Antuerpiæ, 1620.
- GREGORIO MARTINS CAMINHA, 1549, *Tratado da forma dos libellos...*, Coimbra, 1549.
- MANUEL MENDES DE CASTRO, 1619, *Practica lusitana*, ed. cons. Conimbricæ, 1696 (1.ª ed., 1619).
- BARTOLOME CLAVERO, 1985, «Historia y antropología. Por una epistemología del derecho moderno», *I seminário de história del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985. *Código criminal* [por PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE] ed. MIGUEL SERTARO, 1823; ed. FRANCISCO FREIRE DE MELO, 1823; (ed. citada) ed. Imprensa da Universidade de Coimbra, 1844. *Collecção chronologica de leis extravagantes* [«Collecção da legislação antiga e moderna...»], ed. cons. Coimbra, 1819 (cit., C L.E.).
- JAIME DE CORELIA, *Practica de confessorario...*, Coimbra, 1744.
- EDUARDO CORREIA, 1977, «Estudo sobre a evolução das penas no direito português», *Bol. Fac. Dir. Coimbra* 53 (1977) 75 s., 88 s., 99 s.
- JOÃO MARTINS DA COSTA, 1622, *Domus Supplicationis curiæ Lusitanæ stylisque Supremi Senatus consulta*, Ulyssipone, 1622; ed. cons. Civitas Virginis, 1745.
- DE LA CROIX, 1778, *Reflexions philosophiques sur l'origine de la civilisation*, 1778.
- GUILHERME BRAGA DA CRUZ, 1976, «O movimento abolicionista e a abo-

- lição da pena de morte (Resenha histórica)», *Bol. min. justiça*, 170-172 (1976).
- ALVARO D'ORS, 1973, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, 1973.
- LUIS MIGUEL DUARTE, 1986, «Justice et criminalité au Portugal au moyen âge et au début de l'époque moderne —les traces, les silences, les problèmes», em L. BERLINGUER (ed.), 1986, 2321-2332.
- DUMONT, 1784, *Plan de législation criminelle*, 1784.
- PROSPERO FARINACCIUS, 1606, *Praxis, et theoricæ criminalis...*, V partes, ed. cons. Lugduni, 1606.
- VITOR FAVEIRO, 1968, «Melo Freire e a formação do direito público nacional», *Bol. Dir. Geral Contribuições e Impostos*, 109 (1968), 7-69 et 110 (1968) 71-97.
- MANUEL LOPES FERREIRA, 1730, *Practical criminal...*, Lisboa, 1730-3.
- SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, 1841, *Memória sobre a administração da justiça criminal*, Lisboa, 1841.
- OTTO FISCHL, 1913, *Der Einfluß der Aufklarungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung...*, Breslau, 1913 (reimpr., 1973).
- MICHEL FOUCAULT, 1969, *L'archéologie du savoir*, Paris, 1969.
- MICHEL FOUCAULT, 1975, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975.
- BAPTISTA FRAGOSO, 1641-1652, *Regimen reipublicæ christianæ*, ed. cons. Coloniae Allobrogum, 1737.
- PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, 1789a, *Institutiones iuris civilis lusitani*, Ulyssipone, 1789; ed. cons. Conimbricæ, 1853.
- PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, 1789b, *Institutiones iuris criminalis lusitani*, Ulyssipone, 1789; ed. cons. Conimbricæ, 1853.
- FELICIANO DA CUNHA FRANÇA, 1765, *Additiones aureæque illustrationes ad... Praticæ lusitanæ Emmanuelis Mendes de Castro*, Lisbonæ, 1765.
- ANTONIO GÓMEZ, 1552, *Variæ resolutiones...*, Salamanticae, 1552; ed. cons., *Opera omnia*, Venetiis, 1747.
- ANTONIO GÓMEZ, 1555, *Comentarii in leges Tauri*, Salamanticae, 1555; ed. cons. *Opera omnia*, Venetiis, 1747.
- JACK GOODY, 1972, «The evolution of the family», em PETER LASLETT (ed.), *Household and family in past time*, Cambridge, 1972.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978a, *A história do direito na história social*, Lisboa, 1978.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1972, «Recomeçar a reforma pombalina», *Rev. Dir. Estudos Sociais*, 19 (1972), 5-34.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978b, «O materialismo histórico na história do direito», em ANTONIO M. HESPANHA, 1978a.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978c, «A prática dogmática dos juristas oitocentistas», em ANTONIO M. HESPANHA, 1978a.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1978d, «Forma e valores nos Estatutos pombalinos da Universidade», em ANTONIO M. HESPANHA, 1978a.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1984, «Représentation dogmatique et projets de

- pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration», em E.-V. HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, Frankfurt/Main, 1984, 1-28.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1986a, «Une nouvelle histoire du droit?», P. GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'incontro di studio*, Milano, 1986.
- ANTONIO M. HESPANHA, 1986b, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal - séc. XVII*, Lisboa, 1986.
- CH HINCKELDEY (ed.), 1980, *Strafjustiz in alter Zeit*, Rothenburg o.d. Tauber, 1980.
- JENS CHR v. JOHANSEN & HENRIK STEVNSBORG, 1986, «Hasard ou myopie. Réflexions autour de deux théories de l'histoire du droit», *Ann. Éc. Soc. Civ.*, 1986.3, 601-624.
- P. L. DE LACRETELLE, 1784, *Discours sur les peines infamantes*, 1784 (contém umas *Réflexions sur la législation pénale*).
- DUARTE NUNES DE LEÃO, 1569, *Leis extravagantes....*, Lisboa, 1569, ed. cons. Coimbra, 1796 (citaçã DNL.LE, seguido do número da página, título e lei).
- MATEUS HOMEM LEITÃO, 1645, *De jure lusitano in tres tractatus. 1. De gravaminibus. 2. De securitatibus. 3. De inquisitionibus*, Conimbrica, 1645.
- Lembrança / de / todos os criminozos / e / estado / Dos Liuramentos dos presos da Cadeia da Corte que / apareceram na primeira uizita / que nella fes O Excm. Sn.or Lourenço / de Mendonça Conde de Val / de REYS / Regedor de Iustica / em 25 de / Agosto de / 1694 / ao dito / Senhor / Oferecido pello Dez.or / Ignacio Lopes de Mou / ra prom.or da Iustica / da Caza de Sup.am, 2 tomos manusc., Arq. Rel. Lisboa.*
- LINGUET, 1783, *Mémoire sur la Bastille et sur la détention de M. de Linguet*, Londres, 1783.
- HANS-JURGEN LUSEBRINCK, 1983, *Kriminalitat und Literatur im Frankreich des 18. Jahrhunderts. Literatiscche Formen, soziale Funktionen und Wissenschaftenkonstituenten von Kriminalitäts darstellung im Zeitalter der Aufklarung*, Munchen, 1983
- BONNET DE MABLY, 1775, *Dissertation sur la composition des lois criminelles*, Leyde, 1775.
- LOUIS PHILIPPON DE LA MADELAINE , 1770, *Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales*, 1770 (edit. no vol. IV da *Bibliothèque...*, de BRISSOT DE WARVILLE).
- MÁRIO REIS MARQUES, 1985, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do direito moderno*, Coimbra [1985], diss. na Fac. Direito de Coimbra.
- FRANCISCO FREIRE DE MELO, 1816, *Discurso sobre os delictos e as penas e qual foi a sua proporção nas diferentes epocas da nossa jurisprudencia*, Londres, 1816.
- PASCOAL DE MELO v. PASCOAL JOSE DE MELO FREIRE.

- LUIS CABRAL DE MONCADA, 1949, «Origens do moderno direito português. Época do individualismo filosófico ou crítico», *Estudos de história do direito*, 2, Coimbra, 1949, 55-178.
- ANTONIO BRAZ DE OLIVEIRA, 1982, «As execuções capitais em Portugal num curioso manuscrito de 1843», em *Revista da Biblioteca Nacional*, I (1982) 109-127.3.
- TULIO PADOVANI, 1986, «Lettura della Leopoldina. Un'analisi strutturale», em L. BERLINGUER (ed.), 1986, I, 259-312.
- DE PASTORET, 1790, *Des lois pénales*, 1790.
- MANUEL ALVAES PEGAS, 1669, *Comentaria ad Ordinationes regni Portugalix...*, ed. cons. Ulyssipone, 1669-1703, 12+2 vols.
- MANUEL ALVARES PEGAS, 1682, *Tractatus de potestate Senatus Aulici, ejusque jurisdictione...*, in *Commentaria ad Ordinationes regni Portugalix...*, cit., vol. VII (1682).
- MELCHIOR PHAEBUS, 1619, *Decisiones Senatus Regni Lusitanix...*, Ulyssipone, 1619.
- DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, 1673, *Tractatus de donationibus regis...*, Ulyssipone, 1673; ed. cons. Lugduni, 1699.
- DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, *Repertorio das Ordenações e leis do Reino de Portugal* [«Collecção de legislação antiga e moderna...»], ed. cons., Coimbra, 1857.
- P. RISI, 1768, *Observations sur les matières de jurisprudence criminelle*, 1768.
- PH ROBERT et R. LÉVY, 1986, «Histoire et question pénale», *Révue d'histoire moderne et contemporaine*, 1985, 481-526.
- PIER LUIGI ROVITO, 1981, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento. I. Le garanzie giuridiche*, Napoli, 1981.
- PIER LUIGI ROVITO, *Repertorio das Ordenações e leis do reino de Portugal* [Collecção da legislação antiga e moderna do reino de Portugal], ed. cons. Coimbra, 1857.
- S. SALMONOWICZ, 1986, «Leopoldina: il codice penale toscano dell'anno 1786», *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 96 (1969) 173 ss.
- M. SBRICCOLI, 1974, *Crimen læsæ maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.
- JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, 1985, «Éléments pour une histoire du droit moderne», *I seminario de historia del derecho y derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra, 1985, 423-524.
- ANTONIO LUIZ DE SOUSA HENRIQUES SECCO, 1880, *Memorias do tempo passado e presente para lição dos vindouros*, Coimbra, 1880.
- V. SCIUTI-RUSSI, 1983, *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società italiana dei secoli XVI e XVII*, Napoli, 1983.
- MICHEL DE SERVANT, 1767, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1767 (publ. no vol. II da *Bibliothèque...*, de BRISSOT DE WARVILLE).
- SERVIN, 1782, *De la législation criminelle*, Basle, 1782.

- ANTONIO DELGADO DA SILVA, *Collecção da legislação portugueza* [1750-1820], Lisboa, 1825-1830, 6 vols. [e 3 suplem.]. Citada: A.D.S.
- JOSÉ JUSTINO DE ANDRADE E SILVA, *Collecção chronologica da legislação portugueza* [1603-1711], 10 vols., Lisboa 1854-1859. Citação: J.J.A.S.
- NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, 1985, *História do direito português*, Lisboa, 1985.
- JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA (J.J.C.P. e S.), 1785, *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, Lisboa, 1785.
- JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUSA, 1803, *Classes dos crimes por ordem systematica*, Lisboa, 1803.
- JOSÉ MANUEL LOPES SUBTIL, 1986, *O vintismo e a criminalidade (1820/1823)*, Lisboa, 1986, diss. de «mestrado» na Fac. de Ciências Sociais e Humanas da Univ. Nova de Lisboa.
- G. F. LE TROSNE, 1777, *Vues sur la justice criminelle*, Paris, 1777.
- F. M. VERMEIL, 1781, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, 1781 (= tomo IX da *Bibliothèque...*, de BRISSOT DE WARVILLE).
- FRANCISCO TOMAZ Y VALIENTE, 1969, *El derecho penal de la monarquia absoluta*, Madrid, 1969.
- P. F. MUYART DE VOUGLANS, 1757, *Institutes au droit criminel*, 1757.
- J. P. BRISSOT DE WARVILLE, 1781, *Théorie des lois criminelles*, Berlin, 1781.
- J. P. BRISSOT DE WARVILLE (ed.), *Bibliothèque philosophique de législation criminelle*, Berlin, 1782 ss. (10 vols.).
- PETER ZYMA (ed.), 1977, *Textsemiotik als Ideologiekritik*, Frankfurt/Main, 1977.
- PETER ZYMA, 1980, *Textsoziologie*, Stuttgart, 1980.