

Maria José Moutinho Santos *

Liberalismo, legislação criminal e codificação. O Código Penal de 1852. Cento e cinquenta anos da sua publicação.

R E S U M O

Evoca-se neste texto os cento e cinquenta anos do primeiro Código Penal Português, epílogo de um longo processo de reforma/codificação da nossa legislação criminal. Não tendo correspondido às expectativas, ele mostrar-se-ia, contudo, instrumento imprescindível para estabelecer a transição entre o antigo e o novo regime.

Se os Codigos têm o defeito de parecerem tratados, de tenderem a tudo systematisar e definir, não é possível dessimular as vantagens d'essa ordem... d'essa simetria: servem para tornar a lei mais compreensível a todas as inteligências... impressionar os espiritos, e vulgarizar nas massas o pensamento do legislador...

BARROT, Odilon (1856)

À luz do racionalismo, por que se pautou a ideologia liberal, era necessário agrupar, organizar e sistematizar as normas que eram os alicerces da vida social e que, segundo os novos princípios, se tornavam, simultaneamente, motores de progresso e instrumentos de disciplina. De acordo com a fundamentação surgida com o iluminismo, entendia-se que grande parte dos males da sociedade tinha origem na pluralidade das fontes do direito: – lei, costume, estilo, direito romano, direito canónico –, e da abundância de normas extravagantes. Havia que considerar como única fonte a lei e conservar em vigência poucas e claras leis. Além de que o Estado reservaria para si o poder exclusivo de criar o direito. Daqui provém a promulgação dos Códigos – diplomas legislativos que reúnem as normas aplicáveis a um conjunto de relações jurídicas afins, sistematizadas de acordo com princípios e segundo uma técnica uniforme.

AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO CRIMINAL: DE D. MARIA AO CÓDIGO DE 1852

O reinado de D. Maria iniciou-se com vastos planos de reforma no campo jurídico, incluindo-se a da legislação penal entre as reformas projectadas. Assim, por decreto de 31 de Março de 1778, foi nomeada uma Junta de jurisconsultos encarregada de organizar um “novo código” de onde deveriam ser eliminadas as leis “que se achavam antiquadas, e, pela mudança das cousas, inúteis, para o presente e para o futuro”, “considerando que esta (a felicidade dos povos) se não poderá conseguir sem huma clara certeza e indubitavel intelligencia das Leis, a qual hoje se tem feito mais difficil,

* Universidade do Porto, Faculdade de Letras, Departamento de História. Professora Auxiliar.

¹ SILVA, 1985: 294.

tanto pela multiplicidade de humas, como pela antiguidade de outras que a mudança dos tempos tem feito impracticáveis”. Pascoal de Melo Freire, que incorporou esta Junta a partir de 1783, ficou encarregue da revisão dos Livros II e V das Ordenações, resultando do seu trabalho dois projectos de Códigos, um de Direito Público e outro de Direito Criminal. Concluídos em 1789, não chegaram a ser revisitos, malogrando-se esta primeira tentativa de sistematização e de reforma das leis na voragem das inquietações políticas, da guerra e das invasões que varreram o país nos finais do séc XVIII e nos inícios do séc XIX². Por todos estes motivos “a nossa legislação criminal continuou estacionaria, absoluta, arbitraria e obsoleta”^{3/4}. Contudo, dessa codificação mariana: “A despeito dos limites impostos pela soberana e do carácter provisório das propostas dos reformadores, ressalta um cunho de modernidade que pouco já tem a ver com o espírito da codificação filipina”⁵.

Com a revolução vintista viriam colocar-se de novo, na ordem do dia, as reformas e a necessidade da codificação, mas já num espírito totalmente diverso do que presidira às compilações anteriores. No início dos trabalhos das Cortes Constituintes todas as críticas recaíram sobre o Livro V das Ordenações. Foram então remetidas à Comissão de Legislação directrizes para a organização de uma Comissão para propôr um projecto de Código Penal e outro de Processo Penal. A promessa de reforma vinha exarada no próprio texto constitucional, que constitui a primeira pedra no movimento da codificação⁶.

Mas a revolução portuguesa suscitava a atenção da Europa. Assim, ainda em 1821, Jeremias Bentham ofereceu às Cortes um projecto de Código Penal, outro do Código Civil e ainda outro do Código Constitucional, “acomodados às nossas circunstâncias”, oferta que, no entanto, não foi aceite, tendo as Cortes, por lei de 14 de Fevereiro de 1823, convidado qualquer sábio português a oferecer um projecto de Código Penal, conforme com as luzes do século e os princípios da Constituição de 1822, projecto que deveria ser entregue até Fevereiro do ano seguinte.

Uma vez dissolvidas as Cortes, só em 1826 foi outorgada a Carta Constitucional, que prometeu igualmente a publicação de um Código Penal “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art 145º§17), compromisso difícil de levar a termo nos meandros da guerra civil que se desencadeara. Contudo, D. Pedro não esquecera a premissa do tema e, uma vez no Porto libertado, manda, pelo Decreto de 18 de Agosto de 1832, criar uma Comissão com o fim de redigir o Código Penal. Desta iniciativa, mais uma vez, nada resultou. Posteriormente, pela Carta de Lei de 25 de Abril de 1835 - em que era oferecido um prémio de oito contos de reis ao autor de um projecto - procurou-se de novo promover a feitura de um Código.

Por decreto de 4 de Janeiro de 1837, já durante a ditadura de Passos Manuel, foi aprovado o projecto de Manuel da Veiga, oferecido ao governo em 1833, entretanto

² A estas causas Levy Maria Jordão acrescenta: “a sua promulgação foi fortemente combatida por António Ribeiro Santos, cujas censuras (não sei se inocentes) privaram o paiz de um Código, para o seu tempo de grande merecimento e do qual ainda hoje há muito que aproveitar” JORDÃO, 1853: p. XVII.

³ FERRÃO, 1856: 52.

⁴ O trabalho de Melo Freire relativo ao direito criminal foi publicado em 1823 em duas edições distintas: “Ensaio do Codigo Criminal...” e “Codigo criminal intentado por D. Maria I”. Cf. SILVA, 1904: 55.

⁵ MARQUES, 1987: 100.

⁶ MARQUES, 1987: 124.

esquecido, e que o Setembrismo pretendia adoptar⁷ com a declaração que vigoraria enquanto as Cortes não promulgassem outro mais harmonioso com os princípios da época. Contudo, a Carta de Lei de 27 de Abril de 1837, que sancionou as medidas ditatoriais, não incluiu o Código Penal. A este propósito Silva Ferrão escreveu: “Esse Código era sem duvida muito preferível ao arbitrio desregrado, erigido em principio e prática de julgar em materia de crimes e penas, e teria dado occasião a que, como thema de discussão, como ensaio e como experiencia de suas disposições, se procedesse com mais criterio e acerto a uma nova codificação criminal...”⁸. Eduardo Correia comentaria, também, sobre as penas que nele se previam: “representa este projecto em relação ao de Melo Freire um indiscutível avanço. (...) A própria pena de morte era só mantida por razões pragmáticas^{9/10}. Enuncia-se claramente o valor da pena de prisão no sistema repressivo e na luta contra a criminalidade e nota-se, por outro lado, uma grande atenuação do rigor punitivo anterior”¹¹.

O CÓDIGO PENAL DE 1852

Em 1842, uma vez restaurada a Carta Constitucional de 1826, voltou à boca de cena a reforma da legislação penal e a necessidade da sua codificação¹². Por decreto de 10 de Dezembro de 1845 foi encarregada uma Comissão de redigir um novo projecto de Código Penal “em que se consignassem os mais sólidos princípios do direito criminal, conforma as luzes do século, e segundo o systema constitucional da Monarchia...”

Decorridos sete anos, viviam-se os inícios da Regeneração, em 30 de Setembro de 1852 a Comissão, constituída por Manuel Duarte Leão, José Máximo Leite e Vasconcelos e José Maria Silveira da Mota, apresentou o seu trabalho. O decreto de 10 de Dezembro mandou pôr logo em execução o Código Penal, que foi ratificado pelas Cortes, por lei de 1 de Julho de 1853¹³, sem ter havido discussão prévia à sua aprovação.

Note-se que o Relatório do Governo, que acompanhou o projecto de Código, procurava justificar essa “precipitada adopção”, fazendo sentir a urgência “de prompto

⁷ Em 1836 foi devolvido ao seu autor para que este lhe fizesse as mudanças que, entretanto, achara necessárias.

⁸ FERRÃO, 1856:

⁹ Recorde-se que o art.11º da Constituição de 1822 afirmava dever toda a pena ser proporcionada ao delicto, nenhuma passando da pessoa do delinquente. Abolia a tortura, a confiscação dos bens, a infâmia, os açoites, o barão e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis ou infamantes; A Carta Constitucional de 1826 no art. 145 § 18 abolia igualmente os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as outras penas cruéis, e no § 19 dispunha que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente, determinando que a infâmia do réu nunca se transmitiria aos seus parentes. A Constituição de 1838 voltou a repetir (art 20º,21º,22º) que ficavam proibidos os açoites, a tortura, a marca de ferro e todas as mais penas e tratos cruéis. Nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente, não haveria, em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia dos réus se transmitiria a seus parentes.

¹⁰ A propósito da pena de morte, referia o Relatório prévio: “Bem contra os meus desejose e da illustrada Comissam, foi introduzida a pena de morte na escala penitenciaria, posto que fosse economisada e circumscripita a mui poucas e transcendentis especies (...) Permitta o Ceo que a moral publica um dia cobre a sua pureza, a fim de que possa desaparecer dos nossos Tribunaes uma pena contra a qual se ergue a voz da sã filosofia”.

¹¹ CORREIA,1977: 115.

¹² Nesse ano, por Decreto de 18 de Fevereiro foi promulgado o Código Administrativo.

¹³ O Relatório que precede o Código justifica a demora na sua redacção por uma série de motivos, entre os quais os acontecimentos políticos entre 1845 e 1851 e a magnitude e dificuldade da matéria.

substituir a antiga Legislação criminal dispersa e cruenta; acabar de vez com o illimitado arbitrio..., abrir uma nova epoca de moralidade e justiça...”, e ressaltando a circunstância de no Código estarem consignadas “as regras que a justiça universal tem prescripto para a qualificação dos crimes e para a graduação das penas, as doutrinas mais aplicáveis à indole, tendência e hábitos da nação, mais adequadas ao systema constitucional da Monarchia, e mais seguidas nos differentes Codigos Penaes, até agora publicados”.

O legislador dividiu a lei penal em duas partes – num total de 489 artigos: a primeira contendo as disposições gerais, onde se encontram as regras sobre os crimes e os criminosos, sobre as penas e os seus efeitos, sobre a sua aplicação e execução, bem como sobre responsabilidade civil e da extinção dos crimes e das penas; a segunda parte compreendendo a especialidade dos crimes – contra a religião, a segurança do estado, a ordem e a tranquilidade pública, contra as pessoas e contra a propriedade, bem como a provocação pública ao crime e as contravenções de polícia e dos crimes dos empregados publicos.

As penas previstas pelo Código compreendiam as maiores – morte, trabalhos públicos, prisão maior com trabalho, ou simples, degredo, expulsão do reino e perda de direitos políticos; as correccionais, que englobavam a prisão correccional, o desterro, a suspensão temporária dos direitos políticos, a multa e a repreensão; havendo, ainda, as penas especiais para os empregados públicos.

Manuel Cavaleiro de Ferreira diria a propósito: “O Código foi bastante claro na definição do crime e é esse um dos seus méritos, e soube conciliar melhor que outros códigos a determinação das incriminações e das penas com a sua gradualidade mediante uma desenvolvida teoria das circunstâncias do crime”¹⁴. Eduardo Correia iria salientar a importância da prisão no sistema punitivo imposto pelo Código, considerando que a larga cominação da pena de prisão e a sua possível longa duração haviam constituído a característica mais saliente do sistema e, também, um dos seus méritos”¹⁵. Contudo, este Código não iria indicar qual o sistema penitenciário a ser adoptado em Portugal, havendo aqui um certo retrocesso em relação a outros diplomas anteriores. Falava-se apenas, de forma vaga, sobre os diversos tipos de prisão, bem como na separação dos presos, assunto que ficava remetido para posteriores regulamentos (art.97º e 98º)¹⁶. Porém, desde há muito que em Portugal se vinha reflectindo sobre a questão da execução das penas de prisão, sobre a reforma das cadeias e o modelo penitenciário a adoptar¹⁷.

Outro aspecto a referir, no conjunto de penas previstas pelo Código, é a manutenção da pena de morte – embora desde 1846 ela não fosse aplicada para os crimes civis, passando a ser sistematicamente comutada pelo poder moderador -, sendo justificada nos seguintes termos no Relatório apresentado: “A comissão pensa não ser chegado ainda o tempo, em que a pena de morte possa ser de todo eliminada das nossas Leis penaes; entretanto, somente a admite nos muito raros casos em que a sua justiça e indispensavel necessidade não pode ser razoavelmente contestada”. Saliente-se que ficou reduzido ao mínimo o sofrimento que ela importava, determinando que a

¹⁴ FERREIRA, 1988: 72.

¹⁵ CORREIA, 1977: 119.

¹⁶ Recorde-se que os anos quarenta haviam sido marcados por uma muito própria e rigorosa concepção de prisão, amplamente divulgada através das conclusões dos Congressos Penitenciários de 1846 e 1847 em Frankfurt e Bruxelas.

¹⁷ SANTOS, 1999: 46-57.

pena de morte “consiste na simples privação da vida” (art.32^a), proibindo a sua agravação (art.78º §1º), bem como a sua aplicação a menores de 17 anos (art.71º).

Ainda outra pena, já prevista pelo direito anterior, e que o art 29º, nº2, do Código de 1852 mantinha era a de trabalhos públicos, na qual “o condenado será empregado nos trabalhos mais pesados com corrente de ferro ao pé, ou com cadêa presa a outro companheiro... (art.33º). Esta pena, que podia ser perpétua ou temporária, era ainda uma pena corporal que visava aplicar ao criminoso um sofrimento físico, sujeitando-o, simultaneamente, à humilhação pública. As condições em que a pena era aplicada e o facto de não ter por objecto a regeneração social, suscitaram uma forte contestação, que viria a provocar a sua abolição teórica pelos art.os 2º e 5º da Lei de 1 de Julho de 1867^{18/19}.

Porém, o Código, onde predominavam as doutrinas dos tratadistas mais célebres do tempo, Rossi e Chauveau e Hélie, - representantes eminentes da escola clássica -, que havia sofrido influências do Código francês de 1810, do espanhol de 1848, algumas do código do Brasil de 1831, do de Nápoles de 1819 e do da Áustria de 1803, bem como de algumas disposições da antiga legislação portuguesa, e seguindo ideias filosóficas, quer da tradição portuguesa, quer do pensamento de Bentham^{20/21}, desagradou a quase todos. A polémica que se havia instalado na Câmara dos Pares, na Câmara dos Deputados, na Universidade, no fôro, na Gazeta dos Tribunais, na imprensa diária, tornou o Código Penal um tema de enorme actualidade, alimentando uma discussão onde couberam argumentos de mérito muito diverso, mas onde se destacaram os comentários de Silva Ferrão na *Teoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Português* e, sobretudo, de Levy Maria Jordão no *Comentário ao Código Penal Português*, texto assente numa profunda e detalhada fundamentação teórica²². São suas as seguintes palavras: “A nossa lei penal [Código de 1852] por certo que é melhor do que a antiga Ordenação quanto aos principios que a dominam, mas na sua parte geral é sem duvida a mais imperfeita da Europa civilizada.”, “da diversidade das fontes a que se recorreu nasceram a maior parte dos defeitos que lhe foram notados (...) sem unidade de systema e principios é impossivel que um Codigo satisfaça o seu fim...”²³.

Mas o Governo também se mostrou contrário ao Código e, indo ao encontro das reclamações gerais, nomeou, por decreto de 6 de Junho de 1853, (isto é, cinco dias depois da sanção legislativa), uma comissão para proceder, em conjunto com os autores do Código, à sua revisão.

Em 1859 foi apresentado ao Governo o projecto da primeira parte do novo projecto de Código Penal, e em 1861 foi entregue o projecto na sua totalidade, que era precedido de um extenso Relatório que, apesar de assinado por toda a comissão havia sido escrito apenas por Levy Maria Jordão. Este projecto ficou sendo conhecido por *Código Penal de D. Pedro V*, tendo sido convertido pelo Governo em proposta de lei e apresentado às Cortes na sessão de 17 de Janeiro de 1862²⁴.

¹⁸ Só pelos art.os 47 e 48º da Reforma de 1884 é que esta pena foi definitivamente abolida.

¹⁹ Cf. CORREIA, 1977: 118.

²⁰ FERREIRA, 1988: 72.

²¹ FERRÃO, 1856: 22.

²² À sua fundamentada análise não será alheio o tema da sua Dissertação Inaugural *Os Fundamentos do direito de punir*.

²³ JORDÃO, 1853: p. XIX e 2.

²⁴ Como as Cortes não se ocuparam da proposta, Levy Maria Jordão refundiu o projecto que publicou, com o respectivo Relatório em 1864. Cf. JORDÃO, 1864.

CONCLUSÕES

O Código de 1852, concebido como um conjunto de textos definindo os crimes, os delitos e as contravenções, bem como as penas que lhe eram aplicadas, foi, assim, o epílogo de um longuíssimo processo, visando a reforma/codificação da nossa legislação criminal, numa altura em que se assistia ao triunfo definitivo do direito positivo, das constituições como sistema de garantias internas do Estado e da codificação. Os Códigos, tal como as Constituições, vão tornar-se marcos fundamentais da afirmação da razão jurídica moderna.

O Código de 1852, contudo, não correspondeu às expectativas e de tão demorada e laboriosa redacção acabaria por “nascer já velho”. A manutenção da pena de morte, das penas perpétuas e da morte civil, dos trabalhos públicos, bem como a indefinição face ao sistema penitenciário foram, talvez, as suas “marcas” mais gravosas. Appropriado, no entanto, para estabelecer a transição entre o antigo e o novo regime, tornar-se-ia o instrumento imprescindível de legitimação de uma nova penalidade à luz dos novos princípios, numa sociedade que, já marcada pela matriz do liberalismo, manteve uma estrutura tradicional sob a capa de modificações jurídicas.

FONTES E BIBLIOGRAFIA

Código Penal da Nação Portuguesa. 1837, Lisboa.

Código Penal, por Decreto de 10 de Dezembro de 1852, 1859, Coimbra.

Código Penal Portuguez. Relatório. 1864, Lisboa.

CAETANO, Marcelo, 1939 – *Lições de Direito Penal*, Lisboa.

CORREIA, Eduardo, 1977 – *A evolução histórica das penas*. “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Coimbra, 8, p.51-150.

FERRÃO, F. A. F. da Silva, 1856 – *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Portuguez*. Lisboa.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, 1988 – *Direito Penal Português*, Lisboa, Editorial Verbo.

FREIRE, Pascoal José de Melo, 1966 – *Instituições do Direito Criminal Português*, Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça, 155-156.

HESPAÑA, António Manuel, 1978 – *A História do Direito na História Social*. Lisboa, Livros Horizonte.

HESPAÑA, António Manuel, 1993 – *Justiça e Litigiosidade. História e Prospectiva*, Lisboa, FCG.

JORDÃO, Levy Maria, 1853 – *Comentário ao Código Penal Português*, Lisboa.

JORDÃO, Levy Maria, 1853 – *Os fundamentos do direito de punir*, Coimbra.

MARQUES, Mário Reis, 1987 – *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal*, Coimbra.

PRODI, Paolo, 2002 – *Uma história da justiça. Do pluralismo dos tribunais ao moderno dualismo entre a consciência e o direito*, Lisboa, Editorial Estampa.

SILVA, Henriques da, 1904 – *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, Coimbra.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da, 1985 – *História do Direito português. Fontes de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

SUBTIL, José, 1994 – *A Comissão de Justiça Criminal e as Cortes Constituintes e Ordinárias (1821-1823)*, Lisboa, UAL.

Periódicos

Gazeta dos Tribunais – tomo 12, 1852-1853

A Nação – Janeiro 1853

A Revolução de Setembro – Dezembro 1852

O Patriota - Dezembro 1852

A Justiça – Janeiro 1853