

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ILUMINISMO JURÍDICO-CRIMINAL PORTUGUÊS: RUPTURAS E PERMANÊNCIAS NO CONTEXTO DE UM "ESTADO" JURISDICIONAL

*BRIEF NOTES ON PORTUGUESE CRIMINAL-
ENLIGHTENMENT: RUPTURES AND PERSISTENCES IN A
JURISDICTIONAL "STATE" CONTEXTO*

Vanessa Caroline Massuchetto¹
UFP_r

Resumo

O presente artigo realiza um repasse nas questões jurídicas do iluminismo português mantendo maior enfoque na seara criminal a partir do estudo às Ordenações Filipinas, à legislação extravagante e aos Estatutos da Universidade de Coimbra (1772). O objetivo é identificar quais elementos iluministas, circulantes na Europa da segunda metade do século XVIII, impactaram na ordem jurídica criminal do Antigo Regime português a ponto de causar rupturas e quais práticas permaneceram em reprodução. O panorama considerado é a configuração do que António Manuel Hespanha denomina de "Estado" jurisdicional, isto é, uma estruturação político-jurídica de administração do Império embasada muito mais na faceta judiciária – o que concedia um amplíssimo espaço de arbitrariedade de aplicação legislativa por parte dos magistrados – do que em métodos de coerção advindos diretamente do rei. Assim, foram privilegiadas as especificidades e as diferentes dimensões presentes na ordem jurídica lusitana, permitindo concluir pela dificuldade na reprodução práticas de certas teorias e ideais iluministas específicos da seara criminal.

Palavras-chave

Antigo Regime Português. Iluminismo. Direito Criminal. Processo Criminal.

Abstract

This article reviews legal issues of the Portuguese Enlightenment with a special focus on criminal law from the study of the Philippine Ordinances, the extravagant legislation and the University

¹ Doutoranda em História do Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de pesquisa em História, Direito e Subjetividade.

of Coimbra Statutes (1772). The goal is to identify which Enlightenment elements, spread in Europe in the second half of the eighteenth century, had an impact on the criminal order of the Portuguese Ancien Régime and succeeded reaching a disruption. Also, are sought which practices remained in reproduction. The considered overview is the jurisdictional “State”, according to António Manuel Hespanha. This political-legal and administrative configuration of the Empire were more based on the judicial aspect – which gave a wide scope for arbitrary application of legislation by the judges – than in coercion methods coming directly from the king. Thus, the specificities and the different dimensions present in the Lusitanian legal order were privileged, allowing to conclude by the difficulty in reproducing practices of certain Enlightenment theories and ideals specific to the criminal area.

Keywords

Portuguese Ancien Régime. Enlightenment. Criminal Law. Criminal Procedure.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende realizar um estudo sobre o direito e o processo criminais – no interior da ordem jurídica criminal – ao longo da segunda metade do século XVIII, momento em que as ideias iluministas começaram a ser introduzidas na realidade prática dos governos administrativos. O enfoque privilegiado é dado às medidas de modernização da seara criminal intentadas no contexto do Antigo Regime português, sobretudo sob a regência de Dom José I e seu secretário de Estado, o Marquês de Pombal, e as medidas de codificação havidas no reinado de Dona Maria I. Nestes termos, portanto, a análise é feita no interior de um “Estado”² Jurisdicional.

A configuração do “Estado” Jurisdicional, conforme delineado por António Manuel Hespanha, explica-se por ser dada no interior da perspectiva sobre cosmos tomada na ordem jurídica medieval, expressa por São Tomás de Aquino, de que a ordenação natural das coisas era uma dádiva de Deus, e a manifestação divina dentro dessa ordem era dada pelas simpatias naturais, que atraíam as coisas para junto uma das outras. A

² As aspas são mantidas para marcar a historicidade da categoria de Estado.

ordenação natural das coisas, segundo a teoria tomista, ocorria em razão de sentimentos naturais e plurais que permeavam os corpos sociais.

Dentro deste espectro, os juristas medievais eram uma espécie de protetores deste mundo multiordenado. Não tinham como atribuições, nem mesmo qualquer objetivo neste sentido, de criação, reordenação ou ressignificação dessa ordem. A atuação destes personagens seria muito mais no sentido de manutenção dessa organização natural, que por si só já era detentora do equilíbrio desejado/pensável pela sociedade medieval, a partir dos recursos retirados das sensibilidades (como o amor, a amizade, a gratidão). As atribuições dos juristas, então, eram reproduzir a ordem jurídica como espontaneamente surgia, observando, refletindo, sentido, acreditando, meditando, lembrado e interpretando toda a pluralidade de ordens existentes e encontrando formas de aplicar a hermenêutica divina (HESPANHA, 2010).

Ao se estudar a modernização jurídica, a introdução do espírito europeu humanista, a sua conseqüente reflexão crítica sobre o direito enquanto ciência e o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista em Portugal nos séculos XVII e XVIII deve-se sempre manter atenção à configuração de um Estado jurisdicional, no qual o equilíbrio entre os poderes dos corpos sociais era algo de fundamental para a sociedade do Antigo Regime.

1. O ILUMINISMO JURÍDICO NO IMPÉRIO PORTUGUÊS

Foi no contexto supracitado de compreensão do jurídico que se desenvolveu o iluminismo português, com agenda pautada em reformas calcadas na ideia de racionalização dos meios e das estruturas do aparato jurídico-político-administrativo. O iluminismo em Portugal foi um período em que as estruturas de pensamento, mentalidades e imaginários eram tomadas pela

convivência, em vários momentos harmônica, de compreensões cosmológicas e metafísicas, elementos de permanências de práticas medievais, e construções de sentido antropológico e experimentalista. Estes modos de pensar foram introduzidos de forma gradual pelas novas teorias que traziam o homem ao centro das explicações mundanas, tomando espaço nas dimensões científico-naturais, éticas, sociais, econômicas, políticas e jurídicas (COSTA, 1996, pp. 360-362).

A presença do catolicismo como um traço estrutural português contribuiu para que as leituras dos pensadores iluministas realizadas na metrópole, com todo seu reformismo e pedagogismo, não tivessem caráter revolucionário, anti-histórico e irreligioso. Da mesma maneira, pode-se apontar como fonte dessas características o fato de que muitas doutrinas e releituras eram buscadas em nações de igual traço religioso, como a Itália. O iluminismo italiano circulou bastante na região ibérica, tendo sua difusão em Portugal auxiliada principalmente por Luis Antonio Verney³.

Juntamente a Verney, vários intelectuais membros da elite que foram realizar seus estudos fora de Portugal – os denominados "estrangeirados" – intentavam disseminar os ideais das "luzes" bem como incentivar o estudo dos pensadores e realizar reformas nos sistemas administrativos, políticos e educacionais quando retornavam. A maioria dessas tentativas de mudanças, sobretudo aquelas exaradas por Verney, somente alcançaram a realidade prática no contexto das reformas pombalinas.

A administração realizada pelo Marquês de Pombal foi levada a cabo em três setores principais, quais sejam, nas alterações

³ Luís António Verney (1713-1792) foi filósofo, teólogo, padre e escritor. Difundiu alguns pensamentos em reformas pedagógicas tentadas por D. João V e, embora não tenha provocado mudanças à ordem política e institucional da sua contemporaneidade, os Estatutos Novos da Universidade de Coimbra ampararam-se em várias de suas ideias (CARVALHO, 2005, pp. 39-41).

legislativas pontuais, na atividade científico-prática dos juristas e no ensino do direito. Das operações realizadas pela via legislativa, algumas de fato eram a revogação de processos ou institutos e outras foram a introdução de modificações rápidas e completas enquanto outras providências representavam um reformismo abstrato, desligadas da tradição e da realidade histórico-jurídicas portuguesas, em que pese estivessem relacionadas com o espírito racionalista do século. Alguns desses procedimentos foram incorporados e reverberaram importantes processos modernizadores e outros findaram no fracasso imediato ou obtiveram reprodução tão somente ao longo do governo de Dom José I. a exemplo deste último, pode-se citar o disciplinamento em moldes novos das matérias da sucessão testamentária, legítima e legitimaria.

As providências adotadas quanto à ciência do direito, tanto no que tange à interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas quanto no tocante ao ensino do direito – e consequente formação dos juristas –, representaram uma grande parcela das reformas ao longo da administração pombalina. Neste diapasão, estão os dois instrumentos pelos quais o reinado de Dom José I, e consequentemente a figura do Marquês de Pombal, mais são recordados nos momentos históricos posteriores: a Lei da Boa Razão e os Estatutos Reformadores da Universidade de Coimbra.

A primeira, datada de 18 de agosto de 1769, foi uma das leis mais ambiciosas publicadas ao longo dessa administração, considerando que tinha como objetivo realizar uma reforma judiciária com base na revisão da hierarquia das fontes do direito. Além disso, intentava balizar os modos de interpretação que se deveriam dar a essas fontes, fixando o direito pátrio como hierarquicamente acima de todos os demais na leitura do direito vigente (COSTA, M., 1996, pp. 363-366). Excluía a aplicação dos comentários de Bártolo ao *corpus iuris civilis*, reservando o uso do direito romano tão somente em casos de omissão do direito pátrio e se conforme a boa razão. Quanto ao direito canônico, limitava a sua utilização aos tribunais

seculares, sendo aplicáveis somente nos tribunais eclesiásticos. Estabelecia que os costumes somente poderiam ser utilizados se com mais de 100 anos de existência, caso estivesse nos termos das leis régias e conforme a boa razão. Uma outra providência desta lei foi a inclusão da legislação das "Nações Cristãs, iluminadas e polidas" como instrumento fonte do direito. Pode-se afirmar que a lei esboçou uma espécie de guia, com preceitos novos, para interpretação do próprio direito, com a finalidade de reduzir a complexidade própria do Antigo Regime através da mitigação da pluralidade de fontes (ANTUNES, 2011, pp. 32-33).

A expressão "boa razão" não era, neste momento da publicação da lei de 18 de agosto de 1769, nova. Antes disso, era utilizada em vários mandos régios e, inclusive, nas Ordenações Filipinas no sentido corrente de "razão natural" e de "justa razão". Entretanto, quando utilizada como condicional em vários aspectos da referida lei – a ponto de fazer com que os juristas do século XIX lhe dessem o nome de "Lei da Boa Razão" pelo maciço aparecimento da expressão –, passava a reter um significado novo. Em um primeiro momento este novo sentido foi expresso na própria lei, e deveria ser

Ou aquela boa razão, que consiste nos primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, e inalteráveis, que a *Ética* dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os *Direitos Divino*, e *Natural*, formalizaram para servirem de *Regras Morais*, e *Civis* entre o *Cristianismo*: Ou aquela boa razão, que se funda nas outras *Regras*, que de universal consentimento estabeleceu o *Direito das Gentes* para a direção, e governo de todas as *Nações civilizadas*; (...) (PORTUGAL, Lei de 18 de Agosto de 1769, 9º item).

Em 1772, os Estatutos Novos da Universidade de Coimbra trouxeram à tona uma definição mais específica. Estes instrumentos foram produtos da Junta de Providência Literária formada em 1770⁴, cuja competência era analisar as causas da decadência do ensino universitário e propor medidas adequadas de reformas, e alcançaram extensa aplicabilidade prática, influenciando a produção doutrinal dos juristas do fim do século XVIII e ao longo do XIX.

O que os Estatutos carregavam de mais inovador ao momento histórico em que foram publicados e passaram a reformular os estudos realizados na Universidade de Coimbra foram o método e a orientação de ensino (COSTA, M., 1996, pp. 372-376). Influenciado pelas universidades alemãs, o método proposto foi o "sintético-demonstrativo-compendiário", em oposição ao silogismo, bastante comum no período. Neste ponto, a obra de Verney influenciou bastante para a passagem do estilo de ensino através da retórica para um enfoque no modo de falar mais conciso e sintético, vez que era através deste formato que seria possível sair do âmbito das especulações infundadas e adentrar ao território da razão experimental. Isto é, o enfoque principal era um método que a boa razão indicasse ser útil para atingir a "verdade" (CARVALHO, 2005, pp. 39-41).

O segundo livro dos Estatutos era o que estabelecia o currículo das Faculdades de Leis e de Cânones juntamente com regras que intentavam guiar o modo como o ensino do direito deveria ser realizado. Sobre o direito natural, às leis pátrias e às leis das Nações Civilizadas, foi exposto a referência ao "uso moderno": "Indagarão

⁴ Desta, ainda, houve a publicação do Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra, em 1771, no qual houve a reafirmação de várias medidas contidas na obra de Luis Antonio Verney. Este Compêndio apontou como um dos graves defeitos do ensino jurídico a preferência absoluta que se realizava à aplicação do direito romano – neste incluía-se a interpretação extensa aos comentários de Bártolo e ao método bartolista – em detrimento dos direitos pátrio e natural. (COSTA, M., 1996, p. 372).

o *Uso Moderno* das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hora habitam a Europa. E descobrindo, que Elas as observam, e guardam ainda no tempo presente;" (PORTUGAL, Estatutos da Universidade de Coimbra, 1772, L. II, tít. V, cap. III, § 7, p. 272). Ainda, no parágrafo seguinte esclarecia-se o que seria esse uso:

Para se instruírem no dito *Uso Moderno*, se aproveitarão os Professores do útil, e apreciável trabalho, que para o mesmo fim se acha já feito por grande número de Jurisconsultos em diferentes Livros; dos quais uns são escritos pela ordem, e serie dos Livros, e Títulos, e das Leis do *Direito Civil Romano*; e outros são formados por Metodos arbitrários: (...) De todos os sobreditos Livros extrairão os referidos Professores a Doutrina do dito *Uso Moderno*. (*Ibidem*, tít. V, cap. III, §§ 8-10, p. 273-274).

Com base neste trecho, Mario Costa (1996, p. 370) conclui que a boa razão inaugurada pela lei de 18 de agosto de 1769 tinha ligação direta com as doutrinas dos grandes pensadores da escola alemã do *usus modernus pandectarum*. De acordo com os pensadores desta, a recepção do direito romano deveria ser realizada a partir de uma recepção prática, ou seja, os textos romanos teriam validade à tradição jurídica local na medida em que fosse útil para resolver questões práticas. Em outros termos, seria filtrado pela realidade através do instrumental disponível na experiência jurídica local (HESPANHA, 2005, pp. 259-261).

2. O ILUMINISMO JURÍDICO CRIMINAL PORTUGUÊS

Adentrando mais especificamente no âmbito criminal, muitos historiadores defendem que o período pombalino tentou instrumentalizar politicamente as leis criminais, objetivando um maior controle e disciplinamento populacional. Estas ideias, sem dúvida, encontram respaldo na centralização feita pelo governo de Dom José I e na própria compreensão a respeito dos instrumentos legislativos que passou a ser disseminada a partir dessa segunda metade do XVIII (PORTUGAL, Estatutos da Universidade de Coimbra, 1772, L. II, tít. V, cap. III, § 2, p. 270). Segurança e aplicabilidade exata passaram a fazer parte da agenda concernente ao jurídico na sua seara legislativa. Contudo, as leis direcionadas ao criminal, algumas publicadas já ao início do reinado, aumentaram penas de determinados crimes, tendo como finalidade a intimidação no cometimento destes delitos através da ameaça. Como exemplo, cabe citar o decreto, publicado logo após o terremoto de 1755, que altera a penalização e a forma de processamento dos crimes de furto em razão do crescimento desta prática:

Decreto, em que se estabelece a forma dos Processos do crime de furto

1755

Sendo-me presente, que na Cidade de Lisboa e suas vizinhanças se tem cometido, depois da manhã do dia primeiro do corrente, execrandos e sacrílegos roubos; profanando-se os Templos, assaltando-se as casas, e violentando-se nas ruas as pessoas, que por elas procuravam salvar-se das ruínas dos edifícios, com geral escândalo não

só da piedade Cristã, mas até da humanidade: E considerando, que semelhantes delitos pela sua torpeza, fazendo-se indignos do favor dos meios ordinários, requerem antes indispensavelmente um pronto e severo castigo, que faça cessar logo tão horroroso escândalo: Sou servido, que todas as pessoas, que houverem sido e foram compreendidas nos sobreditos crimes, sendo autuadas em Processos simplesmente verbais, pelos quais conste de mero fato, que com efeito são réus dos referidos delitos, sejam logo sucessivamente remetidos com os ditos Processos verbais à Ordem do Duque Regedor da Casa da Suplicação. O qual nomeará também logo e sucessivamente os Juízes, que se costumam nomear em semelhantes casos, para sentenciarem também sem interrupção de tempo, todos os referidos Processos verbais; e as sentenças, por eles proferidas, serão executadas irremissivelmente dentro do mesmo dia, em que se proferirem. E tudo sem embargo de quaisquer Leis, Decretos, Assentos e Ordens em contrário, quaisquer que elas sejam, porque todas sou servido derogar para este efeito somente, ficando alias sempre em seu vigor. O mesmo Duque Regedor o tenha assim entendido, e faça executar. Belém a 4 de novembro de 1755.

Com Rubrica de Sua Magestade. (PORTUGAL, Collecção Chronologica..., 1810, pp. 47-48).

Alterações foram tentadas também em relação aos crimes de lesa-majestade, não sem resistências. Em 1757, a revolta que ficou conhecida como "revolta dos borrachos", oriunda do descontentamento dos cidadãos do Porto com a criação da Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro⁵, deu ensejo ao castigo severo. O motim foi enquadrado no crime de lesa-majestade de primeira cabeça⁶, mesmo que não atentassem exatamente contra a pessoa do rei. Isto porque, nos termos de uma carta do Marquês de Pombal endereçada ao juiz da alçada, a interpretação deveria ser no sentido de que a resistência no cumprimento das leis régias fosse, de igual maneira, uma afronta ao rei. Contudo, alguns dos ministros recusaram tal enquadramento, o que resultou na Carta Régia:

João Pacheco Pereira de Vasconcellos, Desembargador do Paço, e do Meu Conselho, Amigo. EU EL REI vos envio muito Saudar. Sendo-Me presente que na Relação, e Casa do Porto houve alguns Ministros, que compreensível leveza se atreveram a proférir, que não era Crime de *Lesa Majestade da primeira cabeça* a Sedição nessa Cidade maquinada desde o mês de Outubro do ano próximo passado, nela sucessivamente prosseguida pela confederação dos que a maquinaram nos muitos e repentinos conventiculos, que para esse fim tiveram, até

⁵ Companhia criada para deter o monopólio do comércio do vinho na cidade do Porto e arredores, além da exportação ao Brasil (às capitâncias de São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia e Pernambuco), que aumentou os preços das mercadorias, criou restrições aos vinhateiros e encerrou várias tabernas na Vila do Porto. (MARCOS, 2006, pp. 98-99).

⁶ Conforme expõem as Ordenações Filipinas, o crime de lesa-majestade apenas poderia ser imputado à ofensa à pessoa do rei ou de sua família e não aos atentados contra uma ideia de "república", reino (PORTUGAL. Ordenações Filipinas, L. V, 1870, título VI).

ultimamente ser declarada em vinte e três de Fevereiro deste presente ano com os atrozes insultos de se atreverem os Réus da mesma Sedição não só a rebelar-se formalmente contra uma Lei Minha, qual era o Alvará de 10 de Setembro de mil setecentos e cinquenta e seus, concitando a esse fim o Povo, de passarem com ele às outras temerárias ousadias de violentarem o Presidente da Relação da mesma Cidade com repetidas, e inexoráveis ameaças até o constrangerem a revogar a dita Lei a toque de Tambores, e de irem assaltar a Casa da *Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro*, onde estavam os exemplares da referida Lei, até o excesso de chegarem a pôr Cartéis públicos, para se sustentarem na Rebelião, com que por tantos modos atentaram diretamente contra a Minha Real Autoridade, se opuseram ao Meu Real, e Supremo Poder, intentando invadi-lo, e prevalecer contra ele, premeditadamente como o corpo, que se tinham formado: E sendo os referidos fatos diametralmente opostos aos primeiros princípios da Sociedade Civil, e do sossego público dos Estados, que são essencialmente dependentes do inviolável respeito da Majestade; da inalterável sujeição ao seu Alto, e Supremo Poder; e da veneração das Leis sempre Sagradas para o respeitoso culto dos Vassallos: Sou Servido Ordenar-vos que passando à Casa, onde se faz a Relação, e ocupando nela com assistência de todos os Ministros o primeiro lugar, em que o Chanceler costuma presidir, estrangeis se-

veramente no Meu Real Nome aos Ministros, que tiveram aquela opinião (sem contudo individuares os seus nomes), haverem-se atrevido a proferir um absurdo tão grande, de tão perniciosas consequências, e tão opostos até a letra da mesma Ordenação do liv. 5° tit. 6 § 5., que deviam observar, como expressa; e à disposição de todos os outros parágrafos do mesmo título, que provam o mesmo com a força de maior razão no caso referido. E porque não torne aquela opinião a vir em dúvida, ficando sujeitos a semelhantes pareceres os fundamentos mais sólidos, e mais indispensáveis da Monarquia, e do sossegado público : Sou Servido outrossim Declarar por errônea, absurda, temerária, e nula a dita opinião, para não ser alegada, e menos seguida em Juízo, e Fora dele: Declarando a mesmo tempo que todas as vezes que houver confederação, ajuntamento, vozes sediciosas, e Tumulto para se oporem os assim amotinas às Minhas Leis, e Ordens, como tais conhecidas, e ao Meu Alto e Supremo Poder; ou pretendendo, que se não cumpram as ditas Leis, e Ordens, ou resistindo com vozes de Motim aos Ministros, e Oficiais, executores delas: se julguem estes crimes, e qualquer deles, indubitavelmente, e sem haver disputa, senão sobre as provas, por crime de *Lesá Majestade da primeira cabeça*; e como tais sejam sentenciados; não obstantes quaisquer opiniões de Doutores, que sejam, ou pareçam estar pelo contrário. E no mesmo ato da Relação, em que exeutares o que vos deixo ordena-

do, fareis registrar esta no Livro dos Decretos; para que possa constar a todo o tempo esta Minha Real Resolução. Escrita em Belém a 21 de Outubro de 1757 = Com a Assinatura de ElRei. = Para João Pacheco Pereira de Vasconcellos. (PORTUGAL, Collecção da Legislação..., 1830, pp. 555-556).

Percebe-se que a finalidade desta imposição não era somete a intimidação dos motins, mas sim a repressão independentemente do grau de crueldade necessário. Este fator sugere que as leis criminais passaram a ser orientadas em um sentido de proteção de uma ordem, neste caso, econômica que favorecia a arrecadação por parte da coroa portuguesa. Neste mesmo sentido pode-se citar a punição do crime de contrabando, vez que esta atividade causava grandes danos à máquina econômica num âmbito mais geral (MARCOS, 2006, pp. 101-104).

Estes elementos trazem à tona a configuração portuguesa de uma administração político-jurídica orientada nos termos do "Estado de polícia". Isto é, correspondiam a, em suma, estratégias de administração que imprimem nos aparatos de governo um viés mais ativo, focadas no estímulo à atividade econômica, controle da vida social no interior da lógica de preservação ou restauração sociais, ocasionando impulsos de instrumentalização dos governados pelos governantes, interferência em aspectos cotidianos da vida cidadina⁷, controle dos territórios que estavam sob administração da Coroa, sobretudo aqueles localizados no ultramar, crescimento dos exércitos para a defesa de fronteiras, entre outros. Para tanto, foram aplicadas estratégias estatísticas de apreensão dos domínios imperiais por meio de contagens populacionais, delimitação dos territórios,

⁷ A título de exemplo, controle de pesos e medidas dos comércios, limpeza urbana, prevenção de incêndios, construção e conservação de ruas, controle do abastecimento de água e mantimentos (SEELAENDER, 2000, p. 77).

medição das distâncias, identificação de rios e de acidentes geográficos, que mantinham como finalidade a apreciação das potencialidades econômicas das terras.⁸

Com encargo de gerir estes ramos, discutir e estudar institucionalmente essas atribuições próprias de uma administração mais ativa foi criada a Intendência Geral de Polícia, em 1760, além de terem sido inseridos nos cursos da Universidade de Coimbra estudos específicos neste sentido por meio dos Estatutos novos (SEELANDER, 2000, pp. 76-77).

Hespanha, ao tratar das punições percebe que foram pouco alteradas entre estes anos de 1750 a 1777, não sendo possível, portanto, afirmar que existiram reformas de cunho iluminista e humanista no âmbito criminal. O que se observa é uma atribuição de função (ou, arrisca-se, utilidade) de determinadas penas em benefício dos aparatos administrativos portugueses. A título de exemplo, houve ao longo desse período uma maior cominação da pena de morte com práticas cruéis que se encontravam em determinados casos – como no crime de lesa majestade –, deixando entrever a funcionalização da aplicação desta pena a objetivos políticos conjecturais da coroa. De todo modo, a compensação da ausência de punição do aparelho político-jurídico administrativo na esfera criminal através da execução de penas cruéis e exemplares não era algo utilizado de modo desmensurado. O aumento do rigor das penas acabava por esvaziar o significado e o vínculo que esta mantinha com o crime, retirando, assim, a dimensão legítima da aplicação da pena e fazendo com que o condenado passasse à posição de injustiçado. No entanto, de outra parte, a ineficácia dos mecanismos criminais muitas vezes não garantia o controle das populações vez que perdia o rigor (HESPANHA, 1993, p. 322).

⁸ Estas políticas correspondiam à teoria da aritmética política, de William Petty, adotada pelo Marquês de Pombal (SANTOS, 2009, p. 143-152).

Esta última característica, inclusive, sugere ser a razão pela qual o período pombalino esteve focado em reformas na administração da justiça partindo de elementos, leis, doutrinas, assentos, decretos, mandos, entre outros instrumentos normativos, existentes da realidade social. Pode-se afirmar que a crença dos membros do aparelho administrativo era orientada no sentido de que a lacuna não se encontrava na estrutura do corpo burocrático e institucional da administração da justiça no Império, mas acabava restando irresoluta a sua aplicabilidade prática. É neste sentido, aliás, que foi de modo mais expresso a Lei da Boa Razão, os Estatutos Novos da Universidade de Coimbra e a criação da Intendência Geral da Polícia, e pode-se afirmar que tal compreensão dos temas jurídicos permaneceu no reinado de D. Maria I, demonstrada através da tentativa de sistematização do direito existente nos Projetos de Novos Códigos. A propósito dessas medidas, Hespanha resume as políticas tentadas em uma expressão, qual seja, "promoção do legalismo e limitação do arbítrio doutrinário e judiciário" (HESPANHA, 1993, p. 322). No plano criminal isso se deu a partir de cinco linhas orientadoras específicas que tentavam fazer frente à (tradicional) insuficiência dos instrumentos penais quando transferidos à realidade prática de modo a incorporar, de modo gradual, um controle mais efetivo das populações (*Ibidem*, pp. 322-323).

A primeira é a redefinição dos níveis e objetivos de controle social a cargo da coroa, a partir da nova conceitualização do delito como ofensa à ordem externa da sociedade (que significaria as utilidades pública e dos particulares). Neste sentido, a punição não alcançaria mais aqueles atos que não detinham externalização – separando crime e pecado –, ou aqueles que mesmo manifestos não colocaria em risco aquela dimensão de utilidade (mesmo que contrariassem determinados padrões de condutas desejáveis). Com a exclusão da competência da justiça secular à punição dos pecados intentou-se, para além, cessar a dispersão dos aparatos institucionais régios com elementos puramente religiosos, irrelevantes para a instauração da ordem social. É também neste sentido que se desenvolve a segunda linha de orientação, embasada no alargamento do espaço punitivo

do rei com a consequente restrição dos espaços punitivos periféricos.

Nestes novos espaços de atuação, porém, a justiça régia deveria manter efetividade máxima. Para além, neste ponto encontram-se, ainda, as medidas para limitação interpretativa judicial bem como contra a dilação processual, auxiliadas pela redefinição do lugar do direito e da lei no contexto das tecnologias de disciplina social. Investimento em instrumentos de efetivação da ordem criminal bem como técnicas de controle eram conscientemente promovidos. Modos de prevenir crimes mais presentes que tão somente a ameaça de punição, técnicas de condicionamento de comportamentos, reforma na educação, cultivo das ciências e das artes, o estabelecimento de polícia da sociedade, entre outros. Todos estes elementos encontravam-se descritos no corpo normativo que também integra novas compreensões. Para além de todas estas medidas práticas e teóricas, não se pode olvidar da dimensão simbólica e imaginária, que detinha um grande espaço crucial na efetivação dessa ordem jurídica criminal, agregando-se a noção de utilidade (HESPANHA, 1993, pp. 322-323).

Embora os pensamentos humanitaristas no âmbito criminal e punitivo tenham adentrado em Portugal exatamente neste período pombalino, não se pode afirmar que tenha refletido de modo imediato na realidade da ordem jurídica criminal do período – diferentemente com o que ocorre, a exemplo, com as teorias iluministas calcadas na educação e inseridas nos Estatutos da Universidade de Coimbra. Isso porque a estruturação de uma nova ordem criminal dependia de uma visceral reestruturação de seus principais elementos, visto que "Modificações na estrutura profunda do discurso penal não decorrem, porém, de modificações no plano das intenções políticas da coroa" (*Ibidem*, p. 326). Contudo, o legado deixado à realidade pensada – que será levado à cabo na prática anos mais à frente – é inegável. Nesta esteira, é salutar trazer à tona o principal jurista que tentou utilizar o instrumental fornecido pelos pensa-

mentos iluministas para uma reforma das leis criminais: Pascoal José de Mello Freire.

Dentre os juristas que contribuíram às doutrinas do período de finais do século XVIII e início do XIX pode-se citar Ricardo Raimundo Nogueira⁹, Francisco Coelho de Sousa e Sampaio¹⁰, António Ribeiro dos Santos¹¹ e Pascoal José de Mello Freire. Todos estes faziam parte da comunidade acadêmica da Universidade de Coimbra entre os reinados de D. José I e o de D. Maria I tendo, portanto, contato com a reforma levada pelos Estatutos Novos pombalinos.

No reinado de D. Maria I, na intenção que "se administre pronta, e inteira justiça, de que muito depende a felicidade dos Povos" (PORTUGAL, Decreto de 31 de Março de 1778,

⁹ Ricardo Raimundo Nogueira (1746-1827) foi lente da Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra de janeiro de 1790 a 1802. Lecionou as cadeiras de Instituta e, posteriormente, de Direito Pátrio. Além de docente, teve uma vida ativa no interior dos aparatos da administração portuguesa, tendo sido Deputado da Junta da Fazenda da Universidade, Cónego Doutoral da Sé de Elvas (1788), e da Sé de Faro (1791), Deputado da Inquisição de Coimbra (1789), Censor Régio do Desembargo do Paço, Conselheiro de Estado, membro do Governo do Reino (1810) e membro da Regência do Reino (1810-1820). Foi ainda sócio da Academia Real das Ciências e do Instituto de Coimbra e cavaleiro da Ordem de S. Tiago da Espada (1772) (Sítio eletrônico da Universidade de Coimbra, 2019).

¹⁰ Francisco Coelho de Sousa e Sampaio (?-1823) foi lente da Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra, lecionando as cadeiras de História do Direito Romano e Pátrio. Foi, após a docência, Desembargador da Relação do Porto e Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda. É autor das *Preleções de Direito Pátrio, público e particular, oferecidas ao sereníssimo senhor D. João Príncipe do Brasil*, publicadas em 1793.

¹¹ António Ribeiro dos Santos (1745-1818) estudou Humanidades no Rio de Janeiro entre 1756 e 1763 e tornou-se docente da Faculdade de Cânones da Universidade de Coimbra de 1779 a 1785. Para além, foi membro da Academia de Ciências de Lisboa e bibliotecário da Livraria do Estudo, promovendo a reorganização da Livraria da Universidade no período da reforma pombalina. (Sítio eletrônico da Universidade de Coimbra, 2019; CUNHA, 2004, pp. 471-472).

Collecção..., 1828, p. 162), houve a tentativa de estabelecimento de um Código de Direito Público com a finalidade de atualização às Ordenações Filipinas.¹² Segundo Hespanha, a lógica de redução e sistematização do direito a um corpo era a opinião dominante dos doutrinadores do período, além de ser um fator que alinharia o Império Português com outros reinos que mantinham preocupações semelhantes e nos quais projetos desta ordem já estavam sendo ventilados (HESPANHA, 2004, p. 35).

Cabe salientar que o referido decreto deixa expresso que o desejo não era abolir a ordem jurídica existente na integralidade em razão da boa aceitação que possuía entre os juristas, considerando, ainda, que a coroa não desejava "obrigar aqueles Ministros acostumados a julgar, e a fazer o seu estudo pelos antigos Códigos deste Reino a um novo método, ainda que melhor na opinião de alguns, certamente para aqueles mais dificultoso (...)." (PORTUGAL, Decreto de 31 de Março de 1778, Collecção..., 1828, p. 163). Neste sentido, então, seria

¹² Inclusive, cabe citar que alusões a esta atualização eram manifestas, vários juristas mencionavam há anos e apoiavam este projeto. Assim, através do Decreto de 31 de Março de 1778 a rainha criou a Junta do Novo Código, denominada pelo decreto de Junta de Ministros, com dez colaboradores, membros de vários domínios jurídicos do reino, que deveriam realizar reuniões semanais a fim de atualizar o direito pátrio. Para tanto, deveriam ser analisadas não somente as normas contidas nas Ordenações e na legislação extravagante que seriam antiquadas, mas também aquelas que gerassem dúvidas ou interpretações contrárias na prática forense, cujo teor a experiência aconselharia a modificação. Os colaboradores eram: "À dita Junta presidirá sempre o Visconde de Villa Nova da Cerveira, Meu Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Reino; e serão Conselheiros nela o Doutor José Ricalde Pereira de Castro, do Meu Conselho, e Desembargador do Paço; o Doutor Manoel Gomes Ferreira Desembargador dos Agravos da Casa da Suplicação; o Doutor Bartholomeu José Nunes Cardozo Giraldes de Andrade, do Meu Conselho, Desembargador do Paço, e Procurador da Minha Real Fazenda; o Doutor Gonçalo José da Silveira Preto, do Meu Conselho e Procurador da Fazenda do Ultramar; e o Doutor João Pereira Ramos de Azeredo Coutinho, Procurador da Coroa (...)" (PORTUGAL, Decreto de 31 de Março de 1778, Collecção..., 1828, p. 163).

realizar uma nova legislação sem retirar a vigência e a aplicação dos instrumentos existentes. Inclusive, o formato estabelecido para o novo código era idêntico ao das Ordenações, "distribuindo tudo pela fundamental divisão dos cinco Livros das atuais Ordenações do Reino (...)" (*Idem*), mandando-se conservar os termos e estilos nelas expressos e indicando-se o que deveria ser analisado e revisto em cada livro tendo por base este instrumento do direito régio.¹³

Isto exposto, é possível afirmar que o essencial buscado no estabelecimento da Junta do Novo Código era realizar uma atualização do direito régio vigente naquele momento histórico, tendo, pois, uma pretensão bastante díspare dos instrumentos legislativos que surgiram na era das codificações do século XIX sob a influência profundamente reformadora do pensamento iluminista. Não se nega que esta medida foi uma tentativa de descontinuidade no que tange à complexidade do pluralismo jurídico existente no Antigo Regime – ou ao menos à sua organização sistemática no direito escrito (HESPANHA, 2004, p. 34). Mesmo porque um dos motivos para a tentativa do estabelecimento de um novo código é "(...) que esta [justiça] se não poderá conseguir sem uma clara, certa e indubitável inteligência das Leis, a qual hoje se tem feito mais difícil, tanto pela multiplicidade de umas, como pela antiguidade de outras, que a mudança dos tempos tem feito impraticáveis: (...)" (PORTUGAL, Decreto de 31 de Março de 1778, Collecção..., 1828, p. 162).

No andamento dos trabalhos da Junta, em 1783 Pascoal José de Mello Freire foi encarregado de revisar e atualizar o Livro II das Ordenações – que tratava do direito "público" político-

¹³ Encontra-se assim definido: "(...) *primo*, quais leis se achem antiquadas, e pela mudança das coisas inúteis para o presente e futuro; *secundo*, quais estão rrevogadas em todo, ou em parte; *tertio*, quais são as que na pratica forense tem sofrido diversidade de opiniões na sua inteligência, causando variedade no estilo de julgar; *quarto*, as que pela experiência pedem reforma, e inovação em beneficio público; (...)" (*Idem*).

administrativo – e, posteriormente, o Livro V – que regulava o direito régio criminal (HESPANHA, 2004, pp. 40-45). Destas determinações, surgiram os projetos de Código de Direito Público e de Código Criminal, cuja análise foi realizada pela Junta de Censura e Revisão, instituída pelo Decreto de 3 de Fevereiro de 1789, integrada pelo jurista António Ribeiro dos Santos. O primeiro esboço a ser analisado foi o de direito público, que ensejou um grande debate entre este jurista e Mello Freire acerca das Leis Fundamentais do Reino. A polémica foi alimentada pelas ideias absolutistas expressas por Mello Freire enquanto que Ribeiro dos Santos demonstrou-se partidário de ideias liberais. Em que pese o Código não tenha sido levado às finais consequências, visto que não houve sua publicação, este intenso debate acerca do direito público muito contribuiu para o estudo e questionamentos acerca do pensamento jurídico português deste final de século (COSTA, M., 1996, p. 385).

O Projeto de Código Criminal não chegou a ser discutido, embora tenha sido à Junta apresentado em 26 de novembro de 1786 (HESPANHA, 1993, p. 289). Com a sua publicação (realizada somente após a morte de Mello Freire, em 1823), contudo, foi reconhecido como representativo da modernização do direito criminal para aquele período. Tal característica advém em razão da influência que Mello Freire teve dos pensamentos iluministas e humanistas, sendo que em suas *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani* as expõe de modo mais claro e direto.¹⁴ O seu estudo, neste sentido,

¹⁴ Mello Freire foi o jurista que mais seguiu as orientações do iluminismo jurídico dissipadas ao longo do governo pombalino, auxiliando, inclusive a implantação e consolidação da reforma. Nesta oportunidade, a coroa incentivou vários juristas lentes à escrita de novos compêndios para servirem de guia às aulas naquela academia e apenas os manuais de Mello Freire foram oficialmente aprovados para tal finalidade, além de terem permanecido por largo tempo como um dos alicerces do ensino, da literatura jurídica e da vida prática. Os compêndios, que representam o núcleo do pensamento do jurista, foram publicados entre 1788 e 1794, são de número de três e fazem frente à história do direito português, às instituições do direito civil pátrio (tanto públicas quanto privadas) e às instituições de direito criminal. Foi nas suas teorizações acerca do direito criminal

demonstra-se importante para o confronto da tradição jurídica luso-brasileira com relação à europeia, além do fato de que foi modelo (algumas vezes de forma implícita outras de forma expressa) de futuras tentativas de codificação do direito criminal em Portugal além de ter influenciado em grande medida as discussões penais que ocorrem no período pós independência no Brasil. Análise de um projeto de código, em que pese não possa dizer a respeito de aplicações pontuais do direito no período mencionado, representa um filtro e uma reconstrução da realidade jurídico-social, "que reclassifica e revaloriza os factos sociais, que silencia outros, que cria realidades 'imaginárias' (...) e as trata como reais". Nestes termos, os textos jurídicos não são textos por si só, mas correspondem a realidades próprias da história jurídica e institucional que possuem o dom de relacionar-se com as realidades sociais, tendo em vista que é delas que detém seu ponto de origem para as reconstruções (HESPANHA, 1993, pp. 289-290).

Segundo o exposto por Mello Freire no *Institutionis Iuris Criminalis Lusitani*, o direito de punir era derivado da ideia de contrato social como a origem da sociedade civil organizada. Afirmou que a pena deve ser imposta por uma entidade superior, visto que seria a aplicação do mal físico ao sujeito que causou um mal moral. Ainda, afasta a dimensão de vingança e de castigo da sanção jurídico-criminal, trazendo à tona que a finalidade da pena seguiria três direcionamentos, quais sejam, "a segurança do lesado, a emenda do lesante, e o exemplo dos outros" (FREIRE, 1794, tít. I, §§ XI, XII e XIII *Apud* COSTA, M., 1996, p. 379).

que tomou importância como criador de determinadas noções, pelo que é atualmente denominado na doutrina portuguesa como o precursor do direito penal moderno. São eles: *Historiae Iuris Civilis Lusitani Liber Singularis*, publicado em Lisboa em 1788, *Institutionis Iuris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, publicado em Lisboa entre os anos de 1789 e 1793 (em razão do seu número de livros) e as *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani*, publicado em Lisboa em 1794 (COSTA, M., 1996, pp. 378-379; 383).

Especificamente quanto ao Projeto de Código Criminal, expôs no texto introdutório as suas influências – autores aos quais, em maioria, faz menções ao longo do texto – sendo o seu principal amparo (e o primeiro a ser citado) o Marquês de Beccaria, "que, desenvolvendo no seu Livro dos Delitos e das Penas os princípios de Locke e Montesquieu, pôs em movimento os espíritos de Linguet, de La Croix, de Phlipon, de Servant, de Brissot, e de outros grandes gênios, que aperfeiçoaram a sua Obra." (FREIRE, 1823, p. I). Fez referência, também, a um conjunto heterogêneo de juristas alemães¹⁵, tanto especialistas em direito criminal quanto em demais áreas, e publicistas, sobretudo os franceses, dos finais do século XVIII e alguns autores italianos de compêndios sistemáticos de direito penal¹⁶. Neste mesmo sentido, procurou mencionar toda a literatura jurídica vigente que deveria ser retirada de circulação, como a obra *Praxis, et theoricæ criminalis amplissimæ* (1606), do jurisconsulto Prospero Farinaccius, publicado no começo do século XVII, que circulava de modo intenso e servia de base para a prática e aplicação do direito criminal deste o período de sua publicação até este fim do XVIII (HESPANHA, 1993, pp. 329-330).

Ao início de seu texto, tentando organizar seu projeto de Código nos termos dessa tradição sistemática, Mello Freire aproximou-se da ordem de exposição encontrada sobretudo na literatura alemã das escolas jusracionalistas e nos autores penalistas do final dos setecentos. Assim, os primeiros capítulos do Código seriam direcionados ao estabelecimento de uma teoria geral do delito e da pena, em que seriam inclusos elementos da política penal, como estratégias de criminalização, finalidade das penas, critérios políticos para

¹⁵ Como Benedictys Carpzow (1595-1666), A. Mathæus (160-1654), Samuel Stryk (1640-1710), J. Brunneman (1627-?), G. A. Struve (1619-1692), S. Puffendorf (1623-1694), J. H. Bohmer, J. G. Heineccius (1681-1741), A. Leyser (1683-1752), Chr Wolf (1679-1754) e Chr Thomasius (1655-1728) (HESPANHA, 1993, p 373, nota 84).

¹⁶ Como Luigi Cremona (*De Iuri criminali*, de 1779) e Filippo Maria Renazzi (1742-1808) (*Elementa iuris criminalis e Synopsis elementorum iuris criminalis in usum auditorum*) (HESPANHA, 1993, p 373, nota 86).

a disposição dos crimes (como os interesses que atingem) e a separação entre públicos e privados, definida a partir do bem jurídico ofendido. Em maior ou menor medida, conforme afirma Hespânica, houve a tentativa de desconectar a íntima relação existente entre doutrina e a nova ordem legal, e com isso "o *lugar* doutrinário das matérias torna-se difícil de encontrar; as proximidades e as distâncias doutrinárias são subvertidas e perdem o contacto com as proximidades e distâncias estabelecidas no pano da lei." (HESPANHA, 1993, pp. 333-334). Ou seja, a ordem jurídica criminal amparada plenamente na circulação do direito comum tende a ser vista como confusa, múltipla, desordenada e distanciada da nova prática.

As principais críticas de Mello Freire ao Livro V das Ordenações Filipinas dizem respeito à indistinção dos delitos¹⁷ e a desproporcionalidade entre estes e as penas¹⁸, e neste particular

¹⁷ "§. III. Primeiramente os delitos não se distinguem, nem se separam entre si pela sua ordem e classes: as doutrinas e regras gerais sobre os delitos, os delinquentes, e as penas, e sobre as provas, indícios e presunções são absolutamente omissos mas isto é o de menos, o mais é que a mesma legislação no seu fundo pela maior parte é inconsequente, injusta, e cruel. Logo no primeiro título vejo eu que a Ordenação manda castigar os herege com as penas determinadas por direito: não declara que direito. E porque não deve haver outro foro, senão o do reino, que as não define, deixa a sua determinação ou à ignorância dos juizes, ou ao direito romano e canônico, que nesta parte não pode servir de regra pela sua incerteza e diferentes princípios, (...). É portanto a sobredita Ordenação muito defeituosa, e o seu silêncio, omissão ou remissão em um ponto tão importante foi, quanto a mim, a principal causa e motivo das atrocidades cometidas esta matéria por tantos séculos" (FREIRE, 1823, p II-III).

¹⁸ "§. VI. As penas não tem proporção com os delitos, e são regularmente cruéis e injustas. Os crimes de lasciva, chamados morais, que tamanha escusa tem na fraca carne humana, são castigados com pena de morte, como se vê dos títulos 13, 14, 15, 19, 25, 31, e outros, o que a Ordenação explica pelas palavras: *morra por ello, morra porém, morra morte natural para sempre*; expressões estas, que sendo adotadas das leis mosaicas (*moriatur pro eo, moriatur in aeternum*) deram ocasião a muitas disputas. (...) O furto simples de valor de marco de prata é crime capital no tit. 60. E quem não vê que esta pena não tem proporção com o delito? No tit. 54 se impõem a mesma pena de morte às testemunhas falsas e aos que induzem. E porque os crimes são diversos, deviam ser diversas as penas. A pena de fogo em vida e de mãos cortadas é cruel, e se declara em muitos crimes: em outros se

é possível perceber as influências do pensamento de Beccaria. A punição, realizada mediante a aplicação de penas, deveria ter como finalidade o desencorajamento do criminoso em delinquir novamente. Neste sentido, a existência de penas de morte a crimes morais e a furtos simples demonstrava, para o jurista português, a desproporcionalidade entre a função que a penalidade deveria ter e aquilo que é estabelecido pelas Ordenações.

É a partir destas críticas ao Livro V que Mello Freire demonstrou as razões pelas quais elaborou o Projeto com o conteúdo e formato determinados.

Neste sentido que o Código Criminal iniciaria com a definição do que seriam os delitos seguida das funções e mensuração das penas. Os delitos ocorreriam quando um sujeito, com sua própria e livre vontade¹⁹, "obrar qualquer ação que a lei proíbe, ou deixar geralmente de fazer o que ela manda" que provocasse uma ofensa à sociedade e fosse cometida mediante dolo, malícia ou culpa. Ainda, a mera cogitação, ou tentativa, do cometimento de algum crime não seria o suficiente para que o sujeito delinquisse, a punição poderia então somente ser aplicada caso houvesse uma ação ou omissão criminosas (excluindo-se, pois, os desejos de delinquir) e, em caso de tentativa, o sujeito apenas seria punido pelos crimes de fato cometidos e não por aquele intentado (FREIRE, 1823, tít. I (dos delitos), p. 1).

O tratamento dado à descrição dos crimes no Projeto seguiria os sistemas de tipificação, argumentação e punição da modernização do direito criminal.²⁰

manda morrer o delinquente cruelmente, deixando ao juiz o gênero de crueldade! Os tormentos se aprovam, e se mandam dar no tit. 134" (*Idem*).

¹⁹ E neste ponto é importante ressaltar a dimensão voluntária sendo colocada como um dos pontos-chave para que a pessoa pudesse ser enquadrada como delinquente (FREIRE, 1823, tit II [das pessoas capazes de delinquir], p. 2).

²⁰ Ou seja, num primeiro momento seriam estabelecidos os traços relevantes das condutas que ensejariam o enquadramento em um determinado tipo de crime,

Não houve, entretanto, uma tentativa de exclusão da pena de morte e de outras penas corporais que tanto estigmatizam o direito criminal do Antigo Regime. Isso porque Mello Freire as julgou como úteis para a manutenção da ordem social, bem como existente a relação entre determinados crimes e tais penalizações. A proibição seria feita quanto às penas consideradas mais cruéis, que envolvem morte lenta, laceração ou cortamento de membro útil para o sujeito, por não serem humanitários.²¹ Disto resta também as influências de Beccaria, pelo que o tom utilitarista sobressai em que pese o humanismo perpassasse os pensamentos de Mello Freire.²²

Dentre os crimes descritos ao longo do Projeto, aqueles que foram reconhecidos como os mais ofensivos à ordem social são os delitos

seguido de um plano argumentativo que seria fundado na ofensa realizada pelo delincente à ordem social estabelecida. Posteriormente, a análise que deveria ser realizada para a aplicação da pena leva em consideração sua natureza e sua medida (HESPANHA, 1993, p. 336).

²¹ "§. 1. Para estes fins julgamos ainda útil e necessária a pena de morte natural: proibimos porém os castigos e penas cruéis em todos os delitos e crimes, por mais graves que sejam. §. 2. E tais são a pena de fogo em vida, de laceração ou cortamento de membro útil e necessário para a vida natural e social do homem; e geralmente todo o gênero de morte lenta e vagarosa e à força de repetidos golpes e tormentos. §. 3. Será portanto a morte o criminoso feita em todo o caso de um só golpe e em um só momento; e a sua execução e das outras penas corporais se fará na forma da sentença, e com aquele aparato que se declara no Título LXV [da execução da sentença]" (FREIRE, 1823, tit. IIII (das penas), p. 6).

Na exposição de suas razões introdutórias, Mello Freire confessou não ver grandes resistências dos juristas do período quanto à abolição das supracitadas penas cruéis, que seriam especificamente as de "morrer queimado vivo, enterrado, entaipado, despedaçado, e outras que por horror não quero nomear; o mesmo juízo faço da pena de mutilação das mãos, pés, olhos, língua, e outras" (*Ibidem*, p VI).

²² "A crueldade da morte por excogitado vagarosos tormentos ofende a humanidade e a religião, e de nada serve à sociedade; pois para ela ficar salva basta que o criminoso morra. A desmembração de qualquer parte do corpo humano reputo do mesmo modo por uma atrocidade política; porque, se o criminoso é tão mau que não admite emenda, e que vivo em todo tempo se faz temível à sociedade, então tem lugar a pena capital: em outras circunstâncias, e podendo ainda ser útil a si mesmo e à sociedade civil, para que é decepá-lo?" (FREIRE, 1823, p VII).

de alta-traição e de lesa-majestade. Nas Ordenações esse crime era direcionado à proteção específica do poder supremo, embora a gravidade fosse retirada de fatores outros (se foi uma ofensa mais ou menos direta). Os familiares do rei também estariam protegidos contra esta espécie de ofensa, porém conselheiros régios, senhores e oficiais subalternos não, tendo em vista que existiam delitos específicos em sua proteção. Rompendo com esta lógica, Mello Freire havia posto como o bem jurídico protegido a república, assim compreendida como a ordem politicamente organizada (HESPANHA, 1993, p. 346). De certo modo, pode-se afirmar que esta disposição não divergia do posicionamento do Marquês de Pombal a respeito deste mesmo crime.

Em relação aos modos de processar os crimes, Mello Freire demonstrou que a utilização do procedimento acusatório e do procedimento inquisitorial, ambos previstos nas Ordenações, era feita sem a atenção específica ao crime. A resolução do processo judicial e a sorte do réu ficava, assim, na dependência da ignorância dos juízes.²³

²³ "§. VII. Admite-se indistintamente o processo *acusatório* no tit. 117, e o *inquisitório* igualmente no tit. 122. A ordem judiciária criminal, que vem no tit. 124, é quase a mesma e a ordinária do processo civil por libelo, contrariedade, réplica, tréplica, dilação e tempo para prova, artigos de contradictas, e vista no fim aos litigantes para dizerem de seu direito. Não se faz uso de processo *sumario* ou *verbal*: não se dão as regras e princípios sobre as provas em geral e em particular por testemunhas, ou confissão do réu, sobre a inquirição, exame, e formalidade, que o juiz deve praticar perguntando uns e outros. O que tudo é de suma importância e necessidade, principalmente no estado, em que se acha a jurisprudência criminal pelo prejuízo dos escritores e crassa ignorância dos juízes, os quais por boas e más artes, a torto e a direito, procuram e obrigam os réus ou a confessar o que não fizeram, ou o eu não confessariam se não fossem iludidos ou enganados por aqueles modos e capciosas perguntas. O que é contrário ao ofício do julgador, que deve principiar por ser homem bom e probó." (FREIRE, 1823, p V).

Na intenção de suprir a ausência de formalidade dos feitos crime existente nos foros, Mello Freire dedicou 22 títulos a questões basicamente processuais.²⁴

As ações criminais por excelência que possibilitavam o processamento das condutas delinquentes permaneciam as mesmas que aquelas estabelecidas nas Ordenações, quais sejam, as devassas, as querelas e acusações (FREIRE, 1823, títs. LV e LVI). No entanto, aquilo que Mello Freire denominou de processo judicial corresponderia ao andamento dos procedimentos posteriores à pronúncia, assim definida como "um ato judicial, pelo qual o juiz declara o réu culpado, segundo as provas e informações dadas" (*Ibidem*, tit. LVII, p. 124). Nesta perspectiva, estariam inclusos no processo judicial "a citação, proposição do crime ou libelo²⁵ do acusador, a contrariedade ou defesa do réu, a repergunta e confrontação das testemunhas ou do mesmo réu e sócios, a sentença, e sua execução, apelação, e outros semelhantes" (*Ibidem*, 1823, tit. LX, p. 128).

Uma das principais preocupações de Mello Freire quando da elaboração do Projeto foi a definição dos elementos necessários às provas nos processos judiciais – tanto que foi com este tema a abertura dos assuntos especificamente processuais. Defendeu que sem a existência de prova perfeita e legal nenhum sujeito pode ser

²⁴ São elas: provas, indícios ou presunções, confessos, como seriam feitas perguntas ao réu, prova por testemunhas, testemunhas judiciais, confrontação entre réus e com as testemunhas, prova por escritura, delitos ocultos e de difícil prova, denúncias, querelas e acusações, devassas, pronúncia dos réus, cartas de seguro, caução fidejussória, guarda do corpo, homenagem, arrendo de bens, corpo de delito, informação da justiça, processo judicial, como proceder contra mudos e surdos, ausentes, menores, cidades e mortos, juiz competente, sentença final em relação, apelações, execução da sentença e, por fim, dos modos pelos quais se extinguem as obrigações criminais (FREIRE, 1823, títs. XXXXV, XXXXVI, XXXXVII, XXXXVIII, XXXXVIII, I, LI, LII, LIII, LIII, LV, LVI, LVII, LVIII, LVIII, LX, LXI, LXII, LXIII, LXIII, LXV e LXVI).

²⁵ Libelo correspondia à peça inicial em que uma das partes apresenta as suas razões no processo judicial.

castigado. Isso resultaria do fato de que somente deste modo existiria uma certeza moral a respeito do cometimento do delito e uma impossibilidade moral da inocência do delinquente. Assim, ao longo do processo judicial "Deve o juiz ter e tratar o acusado por inocente, enquanto não houver contra ele a certeza bastante para o julgar delinquente (...)" (*Ibidem*, tít. XXXXV, p. 106). Nestas mesmas condições de prova perfeita entravam os testemunhos, instrumentos probatórios mais utilizados no período, principalmente nos julgados em localidades menores e periféricas do Império. Para terem validade na resolução de uma causa, deveriam ser no mínimo em número de três, prestados por pessoas maiores de vinte anos, "inteligentes do negócio", imparciais, desinteressadas na causa e proferirem depoimentos uniformes mediante juramento. Esta cominação segue-se da explicitação de que em nenhuma hipótese poderia ter validade apenas um testemunho, independentemente das condições do depoente (*Ibidem*, tít. XXXXVIII, pp. 114-116).

Este cuidado utilizado na descrição e necessidade das provas pode ser interpretado como precaução contra situações semelhantes à ocorrida com o Decreto de 4 de Novembro de 1755, que permitia os organismos da administração da justiça régia processar e julgar os crimes de roubo e homicídio de modo verbal e sem um número mínimo de testemunhas (MARCOS, 2006, pp. 119-120).

Especificamente quanto aos modos de livrar, a passagem contida no Projeto possui a seguinte redação: "§. 9. Proibimos o uso das cartas de seguro, e pratica dos livramentos sob fiança e fiéis carcereiros nos casos, em que tem lugar a prisão" (FREIRE, 1823, tít. LVII, pp. 124-125). Dentre as formas de fazer com que o acusado permanecesse em liberdade, ou até mesmo de retirar a culpa do acusado mesmo após o processamento do crime, os únicos citados por Mello Freire foram, pois, as cartas de seguro e os livramentos mediante pagamento de fiança. E, ainda, foram expostos no Projeto somente para expressar a sua proibição. Este fator demonstra, e neste ponto reafirmando os argumentos

expostos por Hespanha ao início deste capítulo, a larga utilização destes modos de livramento nos foros no período pós pombalino. De outro modo Mello Freire não os teria mencionado em seu Código Criminal somente para vetar seu uso. Compreendesse o esforço empregado pelo jurista na exclusão deste instrumento, tendo em vista que a proporcionalização entre delitos e penas teria sido solucionada a partir dos primeiros títulos. Nesta construção, então, não haveria mais necessidade de manter formas de pôr o sujeito em soltura já que a sua condenação ocorrera com as provas perfeitas, com o procedimento judicial justo e a pena a ser imposta estaria na exata medida do crime praticado. Ou seja, a utilidade dos mecanismos de livramento teria deixado de manter sentido na nova realidade criminal proposta.

Para além, expôs nova sistemática de organização legislativa, e, como partícipe de uma tradição discursiva, Mello Freire trouxe à tona novas matrizes de classificação e valoração. Estas influenciaram principalmente a tipificação de cada crime – considerando qualidades dos sujeitos (vítimas e ofensores), características da conduta, lugar, tempo, natureza ou qualidades do bem jurídico ofendido – e os valores com os quais o crime encontra-se relacionado – religião, patrimônio, ordem política, poder, honra, moralidade, paz (HESPANHA, 1993, p. 358).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características supra descritas permitem concluir que o iluminismo jurídico português colocou em marcha várias mudanças institucionais e discursivas orientadas a um maior desejo de disciplinamento das sociedades. Gradualmente o direito criminal passou da fundamentação na justiça à na disciplina. Nas palavras de Hespanha, “No seio de um projecto político que intenta reduzir os polos periféricos de poder, construir o Estado e fazer deste o polo único de disciplina social, a função do direito penal real vai ser, agora, verdadeiramente normativa e disciplinar” (HESPANHA, 1993, p. 498).

O direito criminal aproximou-se da noção do direito penal, pelo qual a maior importância é dada ao momento da punição, esvaziando-se a relação íntima, havida anteriormente, do crime com o sujeito. O crime é cometido, a partir destas compreensões racionais, como a ação delincente, sem um vínculo inexorável com a essência do sujeito. Visto que uma ação é reversível, a pena acaba sendo preenchida com maior peso, já que a dimensão religiosa e simbólica de que a culpa do sujeito relaciona-se com a sua natureza – e a redenção desta poderia ser realizada de vários modos que não somente com o castigo – acaba extraída da relação criminal.

A partir deste momento histórico, portanto, passou a aproximar-se da configuração de um direito penal e iniciou o processo de racionalização com a reestruturação da lógica punitiva, que encontra seu advento no XIX e configura o centro de uma questão muito mais ampla, que engloba uma nova forma de poder e governo da sociedade (DIAS, 2015).

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Álvaro de Araújo. “Pelo rei, com razão: comentários sobre as reformas pombalinas no campo jurídico”. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, A. 172, Vol. 452, pp. 15-50, jul.-set. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, 4 ed., São Paulo, Martin Claret, 2011.

CARVALHO, Eduardo Teixeira de. **Verney e a questão do Iluminismo em Portugal**. Dissertação (Mestrado em História), Departamento de História, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**, Coimbra, Almedina, 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. “António Ribeiro dos Santos e o direito nas poesias de Elpino Duriense”. **Estudos em homenagem a Luis Antonio de Oliveira Ramos**, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2004.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na Primeira República: o Brasil em defesa da sociedade**, Tese (Doutorado em Direito), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Università degli Studi di Firenze, 2015.

FREIRE, Pascoal José de Mello. **Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I**, Autor Pascoal José de Mello Feire, Segunda edição castigada dos erros, Corrector o licenciado Francisco Freire de Melo, sobrinho do autor, Lisboa, Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005.

_____. “Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’. Textos, poder e política penal no Antigo Regime”. In: _____. **Justiça e litigiosidades**, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. **Guiando a mão invisível: direitos, Estado e lei no liberalismo**, Coimbra, Livraria Almedina, 2004.

_____. “Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna”. In: _____. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**, Curitiba, Juruá, 2010.

MARCOS, Rui Manoel. **A legislação pombalina. Alguns aspectos fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2006.

PORTUGAL, “Carta Régia de 21 de Outubro de 1757”. In: **Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações, redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva**, Legislação de 1750 a 1762, Lisboa, Typografia Maigrense, 1830.

_____, “Decreto de 31 de Março de 1778”. In: **Collecção da Legislação Portuguesa desde a última compilação das Ordenações, redegida pelo desembargador Antonio Delgado da Silva. Legislação de 1775 a 1790**, Lisboa, Typografia Maigrense, 1828.

_____, “Decreto, em que se estabelece a forma dos Processos do crime de furto”. In: **Collecção Chronologica de Leis Extravagantes, Posteriores à Nova Compilação das Ordenações do Reino, publicadas em 1603**, Tomo II, Que comprende o Reinado do Senhor D. José I até o anno de 1761 inclusivamente, Coimbra, Prensa da Universidade, 1810.

_____, **Estatutos da Universidade de Coimbra do ano de 1772**, Livro II que contém os cursos jurídicos das Faculdades de Cânones e de Leis, Lisboa, Regia Officina Typografica, 1772.

_____, **Lei de 18 de Agosto de 1769**, Disponível em: www.fd.unl.pt; Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. **Ordenações Filipinas. Livro V**, 14ª ed. (Recompilada por Candido Mendes de Almeida segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1821), Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

SANTOS, Antonio César de Almeida. “Aritmética política e a administração do estado português na segunda metade do século XVIII”. In: DORÉ, Andréa; SANTOS, Antonio Cesar de Almeida (orgs.). **Temas Setecentistas: governos e populações no Império Português**, Curitiba, UFPR, 2009.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. “A ‘polícia’ e as funções do Estado: notas sobre a ‘polícia’ do Antigo Regime”. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, N. 49, 2000.