

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**Boletim**  
da  
**Faculdade de Direito**

COMISSÃO REDACTORA

TEIXEIRA RIBEIRO—ALMEIDA COSTA  
EHRHARDT SOARES—CASTANHEIRA NEVES



VOL. LIII

1977

## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

### § 1.º

#### O Sistema Punitivo no Direito da Reconquista

Com a Reconquista cristã<sup>1</sup> os povos peninsulares forjaram as suas instituições sociais e jurídicas nas particulares condições do seu desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> É sabido que com a queda do Império visigótico o *Codex Visigothorum*, também chamado *Forum Judicum* ou *Liber Judicum*, viu o seu campo de aplicação restringido aos cristãos que ficaram vivendo sob o domínio sarraceno (PAULO MERRA, *Lições de História do Direito Português*, 1923, pág. 21). E sobre as vicissitudes do Código Visigótico v. BRAGA DA CRUZ «O direito subsidiário na história do direito português», nota 1, págs. 179 e 180.

Embora este código fosse ainda a lei comum dos cristãos ao tempo da separação de Portugal e a sua vigência se tivesse protraído até ao séc. XIII, o certo é que a sua aplicação nos Estados da Reconquista foi desde cedo restringida pelo grande desenvolvimento que assumiram o direito consuetudinário, o direito local e os privilégios (PAULO MERRA, *ob. cit.*, pág. 30). Cf., ainda, BRAGA DA CRUZ, *ob. e loc. cit.*, onde se acentua que a *Lex Gothorum* aparecia como vaga reminiscência mas sem que lhe correspondesse uma verdadeira *vis legislativa*.

Segundo COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação de Portugal*, pág. 25, as leis criminais, que compunham uma parte notável daquele *Liber Judicum*, «foram ditadas não com as vistas da emenda do delinquente e da utilidade pública; mas por um sistema de terror, ou antes de vingança arbitrária, unicamente modificada pela consideração da pessoa do delinquente ou do ofendido, ser servo ou ingénuo, nobre ou peão. A pena de talião, as infamantes e atrozes, fustigação, decalvação, mão cortada, castração, arrancamento de olhos, são as ordinárias e aplicadas quase à toa. Porém em grande parte comutam-se por meio de composição pecuniária ou da entrega

Nas tradições dos homens que assim se organizavam caldeava-se uma longa influência do próprio direito romano, das instituições germânicas e outras<sup>1</sup>, que nos dão um quadro complexo do sistema punitivo da época.

Por outro lado, debilitado então o poder central, necessariamente deviam ressurgir as instituições de auto-defesa das sociedades em formação. Por isso, como em todas as sociedades fracamente organizadas e sobretudo com fortes tradições germânicas<sup>2</sup>, sobressai antes de tudo a perda da paz, na forma

do delinquente ao ofendido ou aos parentes, que podem vendê-lo e, em alguns casos, matá-lo. Os malefícios ou sortilégios eram também castigados como crimes.

Caracterizando este direito acentua por sua vez ORLANDIS, *Las Consecuencias del delito en el derecho de la alta Edad Media*, separata do «Anuário de Historia del Derecho Español», vol. XVIII, pág. 7, seguindo DARN, *Westgothische Studien*, que o Código Visigótico, dado o carácter fortemente acentuado do poder público, proibira a *auto-tutela* formulando, para a substituir, o sistema da composição pecuniária, *compositio, pretium, satisfactio*, que não deve confundir-se com a multa que, pelo delito, era devida a autoridade. A seu lado, são frequentes as penas pecuniárias: confiscação de parte ou totalidade dos bens em favor do lesado, pagamento do dobro ou triplo dos danos causados, etc.. Aparecem também penas corporais, como a flagelação, a mutilação e as penas infamantes, tendo estas como consequência a perda do direito de ocupar cargos públicos, ser testemunha judicial, etc.. Uma pena infamante típica do sistema visigótico era a decalvação. Como penas privativas da liberdade previam-se o desterro, a redução ao estado servil, a *traditio in potestate* e a pena de prisão ou cárcere que, todavia, alcançou pequena importância. A redução à servidão e a *traditio in potestate*, por sua vez, distinguam-se: aquela era uma consequência da vingança privada, esta aparecia como consequência do não pagamento da composição ou de uma dívida contratual, ou como pena principal, ou como substituto da pena de morte. Esta, a *traditio*, tinha muito mais graves e duras consequências do que a servidão. O talão e a pena de morte eram igualmente previstas. Cfr. também sobre o Código Visigótico, HENRIQUES SBCO, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano IX, pág. 225.

<sup>1</sup> Sobre a influência dos elementos celtibérico, cristão-canônico, muçulmano, hebraico, franco, cfr. PAULO MERÇA, *ob. cit.*, págs. 22 e segs. Da influência do direito canônico nesta época, cfr., BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, pág. 188, nota 16.

<sup>2</sup> Cfr. sobre o direito germânico E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1947, págs. 3 e segs. e HENTIG, *Die Strafe*, vol. I, 1954, págs. 4 e segs.

absoluta e relativa<sup>1</sup>. Mas surge como sanção já organizada, na medida em que se fixavam as condições que a determinavam e a amplitude que poderia ter.

I — *Perda de paz absoluta*: — Começemos por analisar a perda de paz absoluta ou «Friedlosigkeit»<sup>2</sup>.

1) — *Casos de perda de paz absoluta*: — A perda de paz absoluta com os efeitos que em geral lhe são atribuídos<sup>3</sup> verificar-se-ia no caso de «traição».

Segundo ORLANDIS<sup>4</sup>, os casos mais frequentes de qualificação do delito como «traição» ligavam-se ao homicídio que tinha lugar violando-se tréguas, fianças de salvo, uma paz especial, e à morte do inimigo depois da reconciliação. A «traição» poderia também derivar da ofensa de um especial dever de fidelidade, *v. g.*, do inferior relativamente a um superior ou entre parentes. Finalmente, a «traição» teria ainda lugar quando o homicídio fosse particularmente grave, com premeditação (matar «por conselho», «conselheiramente», «sobre conselho feito», de *consilio*, «sem porquê») <sup>5</sup>. ORLANDIS considera ainda poder verificar-se «traição» no caso de homicídio do não desafiado<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sobre as particulares razões da renovação, no século X e imediato, de uma instituição (se instituição se lhe pode chamar) que parecia anulada legalmente três ou quatro séculos antes na Península, cfr. ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal*, IV edição, págs. 392 e segs.

<sup>2</sup> Sobre as características da perda de paz no direito germânico, cfr. BRUNNER, *Gesammelte Aufsätze*, págs. 44 e segs. e nossas Lições, págs. 90 e 91.

<sup>3</sup> Cfr. BRUNNER, *ob. cit.*, Lições cit. e E. SCHMIDT, *ob. cit.*, págs. 13-15.

<sup>4</sup> Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta Edad Media, in «Anuário de Historia del Derecho Español», tomo XVI, págs. 19 e segs.

<sup>5</sup> Cfr. PAULO MERÇA, *Temas Histórico-Jurídicos*, IV, 1947. Este Professor exprime, todavia, dúvidas sobre se a premeditação se pode considerar um caso de traição.

Note-se, porém, que já HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 399, diz que se o assassinio era premeditado o réu era expulso do concelho como traidor.

<sup>6</sup> Cfr. PAULO MERÇA, *loc. cit.*, pág. 13, que põe em dúvida o asserto.

2) — *Efeitos da perda de paz absoluta*: — A perda de paz tem para o traidor, na época da Reconquista, os aspectos conhecidos de ficar fora da lei, isto é, desprovido da protecção legal, excluído da comunidade («ex lege», «hors la loi», «outlaw», situação semelhante à do *sacer* das XII Tábuas)<sup>1</sup>, perdendo todos os direitos e podendo (ou devendo) qualquer pessoa matá-lo, etc. Uma outra sua importante consequência era a destruição da casa e de outros bens, *v. g.*, vinhas, o que nesse período tinha a mais alta importância<sup>2</sup>.

3) — *Formas de perda de paz absoluta*: — Ao lado da perda de paz do concelho, cidade ou vila, fala ainda ORLANDIS na perda de paz do reino, embora muito mais rara (*v. g.*, aquele que constituía bando era considerado aleivoso do rei e do concelho<sup>3</sup>).

II), 1) — *Perda de paz relativa* — «*Inimicitia*»: — Uma das características do direito da época da Reconquista é o desenvolvimento do sistema de auto-reacção e, portanto, da vindicta privada.

Simplemente, ele aparece então, não como simples fenómeno sociológico, mas como uma instituição jurídica regulada nas suas condições e efeitos.

<sup>1</sup> PAULO MERÇA, *ob. cit.*, pág. 54.

<sup>2</sup> PAULO MERÇA, *ob. cit.*, pág. 55. ORLANDIS, *Las Consecuencias*, *cit.*, págs. 71 e segs. *Leges et Consuetudines*, pág. 166.

<sup>3</sup> *Leges et Consuetudines*, pág. 77. Cfr. Forais e Costumes de Castelo Melhor — «aleivoso del Rey o del concelho».

Nas fichas de Gama Barros destinadas à elaboração da parte relativa ao direito criminal da sua *História da Administração Pública em Portugal* (existentes no Arquivo Gama Barros da Faculdade de Letras de Coimbra), aquele notável investigador anota, por sua vez, que em Castelo Rodrigo e em Castelo Melhor, quem pertencesse a um bando ou o fomentasse seria expulso do concelho como aleivoso, ser-lhe-ia derrubada a casa e perderia tudo quanto tinha.

Assim, pressuposto da auto-tutela privada era uma prévia declaração de «*inimicitia*» que supunha um desafio, «*deffidamentum*»<sup>1</sup>.

Apenas parece que faziam excepção a este princípio as reacções que tinham lugar *in fraganti*: mas estas tinham de ser imediatas e, se o criminoso se refugiava em sua casa, a perseguição devia findar e ter lugar o desafio<sup>2</sup>.

Na perseguição *in fraganti* podiam tomar parte activa os vizinhos<sup>3</sup>.

Ordinariamente, porém, a «*inimicitia*» supunha o desafio perante o concelho que exigia uma série de formalidades e limitava a primitiva «*faida*»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> No caso de alguém suspeitar que outrém, não sendo seu inimigo provado, o pretendia matar sem desafio prévio, podia, segundo o foro da Guarda, jurar de manquadra as suas suspeitas e nomear oito parentes do acusado, com três dos quais, ou com três vizinhos se parentes não houvesse, o acusado devia jurar a falsidade das suspeitas. E, se o não fizesse, teria de sair da Guarda e do seu termo como traidor, podendo o queixoso ou os seus parentes matá-lo sem ficarem sujeitos a qualquer sanção. *Costumes da Guarda, Inéditos*, 5.º, pág. 415.

Outro instituto previsto nos costumes de algumas terras, *v. g.*, Castelo Melhor, Castelo Bom, Alfaiates e Castelo Rodrigo, era a *salva-fé*. Certas pessoas, *aqueles que lá salva fé levarem*, respondiam por uma quantia equivalente à coima ou calúnia a pagar pelo ofensor. Mas se este quebrava a *salva fé*, fazendo qualquer mal, podiam os fiadores prendê-lo e entregá-lo ao queixoso com todos os seus bens, pagando eles a calúnia. Os costumes de Castelo Melhor impunham o pagamento de uma quantia, a dividir entre o queixoso e os alcaides, a quem ameaçasse ou fizesse contusões a algum vizinho depois de lhe ter dado a *salva fé*. E o ofensor tinha que abandonar o concelho como aleivoso.

Por outro lado, o exercício do direito de vindicta excluía, pelo menos nalguns concelhos, a possibilidade do recurso à justiça e dava ao adversário o direito a exigir reparação.

Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*

<sup>2</sup> Cfr. *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, vol. I: Numão, Freixo, Mós, Troncoso, *apud* ORLANDIS, *Consecuencias*, *cit.*, pág. 23.

<sup>3</sup> Cfr. ORLANDIS, *Consecuencias*, *cit.*, pág. 24.

<sup>4</sup> Guerras particulares de vingança — Cfr. ALEXANDRE HERCULANO, *História de Portugal*, vol. IV, pág. 393 e nota sobre a etimologia da palavra. — Sobre o papel do desafio, *vide* ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 25 e segs.

Uma vez desafiado, o autor do delito gozava duma trégua de nove dias que precedia a declaração solene de inimizade<sup>1</sup>. Por sua vez, depois da declaração de inimizade, era possível ainda uma trégua de oito dias para o criminoso abandonar a cidade<sup>2</sup>, desde que solvesse as obrigações económicas da «inimicitia».

Os efeitos da «inimicitia» eram fundamentalmente três: «pected homicidium», «sit inimicus»<sup>3</sup> e «exeat de villa».

Antes de tudo, pois, as fórmulas impunham uma sanção pecuniária: calúnia, coima, «homicídio», peita<sup>4</sup>, a distribuir em regra pela autoridade pública<sup>5</sup> e pela parte ofendida<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 31, e *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, vol. I, pág. 489: Marmelar.

<sup>2</sup> ORLANDIS, vol. I, pág. 31.

<sup>3</sup> *Sit inimicus suorum parentum, sit homicida, sit homizicior, quer dizer*, era o réu considerado *matador* ou a ele equiparado. Cfr. ALEXANDRE HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 393, nota 1, e 400, nota 2.

<sup>4</sup> Cfr. ALEXANDRE HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 403 nota 1, que refere ter a expressão *peita* também o sentido de exprimir o pagamento da *composição*.

<sup>5</sup> ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 32, observa que esta parte da calúnia atribuída à autoridade pública constituía grande fonte de rendimento. Cfr. também ALEXANDRE HERCULANO, *ob. cit.*, págs. 402 e segs.

Por outro lado podia haver detenções com efeito coercitivo por duas ou três semanas, no cárcere público (ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 45). No caso de assim mesmo não pagar a calúnia, o autor do crime seria entregue aos parentes da vítima que poderiam deixá-lo morrer à fome. A esta hipótese é de ligar ainda a servidão, corte de mão, pena de morte, etc. (ORLANDIS, *ob. cit.*, págs. 46 e 47).

Se o criminoso fugia da terra, a justiça fazia execução na sua casa e nos seus bens de raiz para o pagamento da multa e aos parentes do morto ficava o direito de castigar o assassino (Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*).

<sup>6</sup> Sobre a sua divisão pelos parentes cfr. ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 37, e PAULO MERRA, *ob. cit.*, pág. 54. GAMA BARROS, nas suas fichas, refere que segundo os Costumes de Castelo-Melhor, Castelo-Bom, Alfaiates e Castelo-Rodrigo, metade da calúnia revertia para os pais, na sua falta para os irmãos ou irmãs e, não as havendo também, para os primos; e metade para todos os parentes até ao 4.º grau que deixavam de partilhar da outra metade.

Esta parte paga ao ofendido não exclui, todavia, a vingança privada que só poderia ser evitada pela composição propriamente dita — o *Wehrgeld*<sup>1</sup>.

O criminoso declarado inimigo era além disso obrigatoriamente desterrado («*exeat de villa*») mas só depois de satisfazer as suas obrigações económicas.

Durante o desterro e enquanto durasse a inimizade não poderia voltar à vila, prevendo-se sanções para quem aí o abrigasse<sup>2</sup>.

O desterro tinha assim, na opinião de ORLANDIS<sup>3</sup>, a natureza de pena e evitava que a vila fosse teatro de vingança privada.

A terceira consequência da «inimicitia» era a vingança privada familiar, a «*faida*».

O autor do delito, declarado inimigo do ofendido<sup>4</sup>, ficava sujeito à sua perseguição e à dos seus parentes até ao 4.º grau. A morte dele era assim uma consequência do direito de perseguição e portanto legítima. Os estranhos não se deviam imiscuir nela<sup>5</sup>.

Um caminho que se oferecia ao inimigo<sup>6</sup> era o de se refugiar noutra cidade ou concelho, onde, dada a autonomia jurídica dos

<sup>1</sup> Cfr. largamente, sobre isto e sua explicação, ALEXANDRE HERCULANO, *ob. cit.*, págs. 383 e especialmente 387 e 393.

<sup>2</sup> ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 49.

Segundo os Costumes de Castelo Bom (Leg. et Cons., pág. 751), Castelo Melhor (*idem*, pág. 907), Castelo Rodrigo (*idem*, pág. 861) e Guarda, quem acolhesse em sua casa, desse alimentos ou de qualquer modo defendesse o inimigo de outrém, era condenado ao pagamento de uma multa. Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*

<sup>3</sup> ORLANDIS, *ob. cit.*, págs. 50 a 53.

<sup>4</sup> Diferente era o regime se não havia prévia declaração de inimizade. Cfr., quanto à hipótese de alguém suspeitar que outrém, não sendo seu inimigo, o pretendia matar, a nota 1 da pág. 9.

<sup>5</sup> ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 57.

<sup>6</sup> ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 59.

respectivos círculos, não se projectava a declaração de inimizade. Teria sido esta uma faceta ou um meio de repovoação.

As igrejas e os conventos eram também considerados lugares de asilo do inimigo, muito embora de natureza provisória<sup>1</sup>.

2) — *Fim da perda de paz relativa*: — A inimizade terminava pela execução da vingança ou pela reconciliação<sup>2</sup>.

A reconciliação realizava-se pelo pagamento duma composição pecuniária, celebrando-se, em regra, com um aperto de mão e o «osculum pacis».

Segundo as fórmulas de Santarém, o inimigo de joelhos punha o cutelo na mão do ofendido. Este levantava-o do solo e dava-lhe o beijo da paz, renunciando à inimizade<sup>3</sup>.

Ao lado da «inimicitia» genérica havia ainda a «inimicitia» atenuada, pela qual, por exemplo, o criminoso era expulso da vila por um ano, findo o qual a autoridade impunha a reconciliação.

3) — *Delitos que importavam a perda de paz relativa*: — Segundo ORLANDIS<sup>4</sup>, os chamados delitos de sangue (homicídio) e os delitos contra a honra que não podiam qualificar-se de «traição», envolviam a perda de paz relativa.

O homicídio era, na verdade, o delito típico que tinha como efeito a inimizade. Por isso se chamava também ao *inimicus* homicida, como *homicidium* designava ainda, por vezes, a pena pecuniária (calúnia).

<sup>1</sup> *Ibidem*. Cfr. sobre isto GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal*, última edição, vol. II, pág. 239.

<sup>2</sup> ORLANDIS, pág. 62, *ob. cit.*

A inimizade poderia também ser suspensa pelas tréguas. GAMA BARROS refere poderem ser elas impostas pelos alcaides e as sanções em que incorria quem as violasse. Cfr. fichas citadas.

<sup>3</sup> *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, vol. II, pág. 29. Cfr. ALEXANDRE HERCULANO, *ob. cit.*, págs. 396 e 397.

<sup>4</sup> *Sobre el concepto del delicto*, *cit.*, pág. 30.

Ao lado do homicídio colocavam-se os delitos contra a honra e em especial os delitos contra a honra da mulher (rapto e violação)<sup>1</sup>, só estes conduzindo, em geral, à «inimicitia»<sup>2</sup>.

III — *Pena de morte*<sup>3</sup>: — A pena de morte, que teve uma larga aplicação no direito visigótico, viu o seu âmbito reduzido nos primeiros séculos da Reconquista por efeito de enfraquecimento do poder central. Em vez dela aplicava-se a perda de paz, absoluta e relativa. Mas a própria perda de paz fazia conduzir à aplicação da pena de morte, *v. g.*, no caso de não pagamento da indemnização.

Por outro lado, sempre ou cedo se desenvolveu também no múltiplo quadro das fontes de direito da época a cominação de tal pena como consequência de certos delitos. A ela estavam sujeitos: o ladrão reincidente (foral de Urros); o assassino (Costumes de Castelo Rodrigo, Beja, Guarda, Santarém, Alfaiates); o ladrão (Costumes de Beja e Santarém); o que causasse aleijão de olho, nariz, mão, pé (Costumes de Castelo Melhor); o que forçasse mulher casada ou honesta — *qui mulier velata forcicare*<sup>4</sup>; o que metesse ou mandasse meter a outrém merda na boca; o incendiário, fosse qual fosse o valor da coisa queimada

<sup>1</sup> *Idem*, pág. 31, *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.* — Évora, Freixo, Abrantes, etc., e GAMA BARROS, fichas *cit.*

<sup>2</sup> Cfr. ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 31.

No entanto GAMA BARROS refere ter encontrado, na fórmula de uma acção de furto, a referência à necessidade de uma declaração do acusador de que não era sua intenção recorrer à vingança de sangue.

ORLANDIS cita também outros delitos (casamento contra a vontade da família, ferimentos, insultos) que geravam a «inimicitia». Mas interpreta-os como casos particulares de certos foros ou de certas famílias.

<sup>3</sup> Sobre o problema da pena de morte e da sua origem romano-justiniana, no que toca à lei transcrita no livro V, Tít 70, das Ordenações Afonsinas que é atribuída a Afonso II, cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 187, nota 15.

<sup>4</sup> Foral das terras de Cima Coa citado por HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 385. Vide também *Leg. et Cons.*

(Costumes de Castelo Bom); o autor de ferimentos de que resultasse a morte (Costumes de Castelo Bom); o salteador reincidente (Costumes do tipo de Évora)<sup>1</sup>; na Guarda, o que matasse outrém sem prévio desafio judicial e, de um modo geral, o *matador* deviam padecer pena de morte. Se a família ofendida não reagia, a ela se substituiria o magistrado municipal para castigar o matador<sup>2</sup>; a igual pena estava sujeito quem matasse outrém atraçoadamente segundo os forais de Santa Cruz, Freixo e Urros<sup>3</sup>. Por outro lado, também se applicava no caso de não pagamento da calúnia. Estabelecia o foral de Azambuja (1272) que o matador pagasse mil soldos, e aquele que os não pudesse haver fosse enforcado<sup>4</sup>.

Contudo, se a pena de morte se não podia aplicar, a perda de paz ou *inimicitia* funcionava como subsidiária<sup>5</sup>.

Os forais não indicavam, as mais das vezes, as formas por que a pena de morte se executava. Usava-se em regra uma fórmula vaga: *morra por ello*<sup>6</sup>. Parece, porém, que foi a forma a forma mais frequente de execução<sup>7</sup>.

Outra forma de execução, usada principalmente nas terras povoadas por colonos estrangeiros, era a de enterrar vivo o assassino debaixo do corpo da vítima (Marmelar e Lourinhã)<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 384 nota 3.

<sup>2</sup> Cfr. HERCULANO, *ob. cit.*, págs. 385 e 399.

<sup>3</sup> Cfr. HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 398.

<sup>4</sup> Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*

<sup>5</sup> Cfr. *Port. Mon. Hist., Leg. et. Cons.*, I, pág. 859, e Costumes e foros de Castelo Rodrigo, *apud* ORLANDIS, *Las Consecuencias*, pág. 85.

<sup>6</sup> Segundo GAMA BARROS, *fichas cit.*, a expressão dos forais *remaneat in potestate domini terre*, costuma ser traduzida nas versões antigas que nos restam pelas palavras *moira por ende*. Foral de Penacova (1192).

<sup>7</sup> Costumes e foros de Castelo Rodrigo, Castelo Bom, Castelo Melhor, Alfaiates, etc., *apud* ORLANDIS, *ob. cit.*, pág. 87. Nos Costumes de Beja e Santarém estabelecia-se esta forma de execução também para as mulheres. Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*

<sup>8</sup> Cfr. HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 386.

Também em certos forais se assinalava a execução por lapidação<sup>1</sup>, fogueira<sup>2</sup>, crucificação<sup>3</sup> e afogamento<sup>4</sup>.

IV — *Penas pecuniárias* — As penas pecuniárias (multas, calúnias, coimas, peitas) aparecem como formas subsidiárias ou efeitos da perda de paz, ou ainda como penas autónomas, substitutivas ou paralelas<sup>5</sup>. Entre os delitos que as envolviam

<sup>1</sup> O apedrejamento era castigo que se applicava em algumas partes aos mouros ou mouros escravos. Previam-no, por exemplo, os forais de Tomar (1174), Pombal (1176), Ourém (1180), Torres Novas (1190), Arega (1201), Figueiró (1204). Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*, e FRANCISCO FREIRE DE MELO, *Discurso sobre delitos e penas*, pág. 19, quanto ao foral de Ourém.

<sup>2</sup> A morte na fogueira correspondia aos crimes de lenocínio em relação a filha alheia ou mulher casada, se o crime era cometido por mulher (Costumes de Castelo Bom, Alfaiates, Castelo Rodrigo, Castelo Melhor. Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*) e de adultério com fuga (Costumes de Alfaiates). A ela estavam sujeitas também as ladras em Alfaiates, Castelo Rodrigo e Castelo Melhor, e os mouros e mouros escravos, segundo os forais de Tomar (1174), Pombal (1176), Ourém (1180), Torres Novas (1190), Arega (1201), Figueiró (1204) — cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*

<sup>3</sup> Os Costumes de Alfaiates estabeleciam que aquele que desse testemunho ou declaração falsa, ou faltasse à fidelidade prometida, seria posto numa cruz, ser-lhe-iam tirados os dentes, perderia todos os bens e seria apregoado como falsário no dia do mercado. Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*

<sup>4</sup> Sobre as formas de execução da pena de morte cfr. HENTIG, *ob. cit.*, vol. I, págs. 206 e 355, e E. SCHMIDT, *ob. cit.*, pág. 48, e ORLANDIS, *Las consecuencias, cit.*, pág. 153, em execuções para inscrição e para despenamento.

No que toca aos bens do executado, estabelece-se nas Posturas de D. Afonso II, de 1211 (*Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, pag. 165), que os bens revertiam a favor dos herdeiros, salvo caso de traição ao rei ou ao senhor. A mulher recebia, no entanto, sempre metade.

<sup>5</sup> É sabido que a referência destas sanções, ou só a estas, em certas fontes, como os forais, de nenhuma forma esgota as consequências penais, *v. g.*, penas corporais ligadas por outras fontes (nomeadamente o costume) a certos delitos. Cfr. sobre isto HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 383 e segs., que anotando a multiplicidade das fontes do direito criminal da época, põe em guarda contra o perigo de se concluir da referência, por vezes exclusiva das cartas constitutivas à reparação pecuniária — justificável pela natureza tributária ou fiscal dela — que esta substitua ou podia substituir para todos os crimes outra pena. GAMA BARROS cita, nas suas fichas, uma série de exemplos em que as penas corporais — morte, cegueira, enforcamento — se poderiam substituir por uma certa importância. Na maioria dos casos trata-se, porém, da remissão

sobrelevam os delitos contra a propriedade, os ferimentos<sup>1</sup> e as lesões<sup>2</sup>. O seu produto era dividido entre o ofendido e o poder público.

Uma pena pecuniária frequente era a do anoveado («noveas») do furto, ou seja, nove vezes o valor do objecto deste<sup>3</sup>. Esta pena conjugava-se, por vezes, com a marca de ferro na testa, *v. g.*, na Lourinhã<sup>4</sup>. Outras vezes, e assim sucedia em Beja, os almotacés mandavam pôr no pelourinho o réu de certos crimes — *v. g.*, pesos falsos — e aí pagar cinco soldos para o concelho<sup>5</sup>.

V — *Penas corporais* — As penas corporais aparecem frequentemente como subsidiárias das penas pecuniárias para a hipótese de estas não serem pagas, ou como penas paralelas ou autónomas ligadas a certos delitos ou formas de delito. Assim, *v. g.*, para o caso de não pagamento da calúnia, previa-se o corte da

das penas corporais que substituem a calúnia, quando não paga ou não inteiramente paga; o que é coisa diferente da substituição da pena corporal prevista ao lado da calúnia. É porém seguro que, se não todas, pelo menos estas penas corporais eram substituíveis pela reparação pecuniária.

<sup>1</sup> Mandava o foral de Azambuja (1272) e Vila Verde dos Francos (dado por particular em ano desconhecido e confirmado em 1218) que se medisse a ferida em comprimento ou em largura, conforme a vontade do ferido, e por cada polegada pagaria 6 soldos o ofensor. Enquanto o ofendido se conservasse de cama em tratamento receberia um soldo por dia e depois de levantado sem poder trabalhar, 6 dinheiros diários, devendo além disso o agressor pagar as despesas da cura. Cfr. GAMA BARROS, *fichas cit.*

<sup>2</sup> Cfr. ORLANDIS, *Las Consecuencias, cit.*, pág. 102, e *El Concepto, cit.*, pág. 33, e *Port. Mon. Hist.*, Dipl. et Ch., Vol. I, pág. 324.

<sup>3</sup> Cfr. *Port. Mon. Hist.*, Leg. et Cons., forais de Freixo (1152), Urros (1182), Santa Cruz (1225), bem como os forais do tipo de Ávila, de Santarém... Cfr. GAMA BARROS, *ob. cit.*, vol. VII, págs. 33 e segs., de uma maneira geral sobre a punição de crimes contra a propriedade.

<sup>4</sup> *Leg. et Cons., cit.*, pág. 448.

É também sabido que o furto, em certos casos, podia revestir a forma de traição sendo, como a reincidência, punível com a pena de morte.

<sup>5</sup> GAMA BARROS, *fichas cit.*

mão direita<sup>1</sup>, o tirar os olhos<sup>2</sup>, os açoites<sup>3</sup>. No foral de Tomar<sup>4</sup> falava-se em pregar a mão do ladrão à porta do prédio onde furtara, se não tivesse pago a pena pecuniária<sup>5</sup>. Mas, além destas, a mutilação<sup>6</sup>, o corte de mão<sup>7</sup>, o desorelhamento<sup>8</sup>, o corte de pé aos escravos mouros<sup>9</sup>, os açoites como penas paralelas, por vezes insubstituíveis, eram também muito difundidas<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Foral de Castelo Rodrigo, in *Port. Mon. Hist.*, Leg. et Cons., vol. I, pág. 861; cfr. ainda págs. 752 e 796.

<sup>2</sup> Nas fichas citadas, GAMA BARROS refere o documento n.º 473, ano de 1608, nos Dipl. et Chart., 1.º, pág. 295, no qual se contém uma escritura de cessão de certa propriedade, para não serem tirados os olhos a um réu condenado por ferimentos, latrocínio e rapto.

<sup>3</sup> *Port. Mon. Hist.*, Leg. et Cons., vol. II, págs. 76 e 77.

<sup>4</sup> *Idem* vol. I, pág. 400.

<sup>5</sup> Por vezes, porém, esta pena de pregar a mão do criminoso aparece cumulativa com uma sanção pecuniária. Assim era nos Costumes de Santarém (*Legs. et Cons.*, II, pág. 30, cost. 2). Em Beja estipulava o Costume para quem fizesse dano em fruto alheio: «pregenno na porta e este hai ata que venha algum chameiceiro com lenha do mato que o desprege». (GAMA BARROS, *fichas cit.*)

<sup>6</sup> Cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 187, nota 15.

<sup>7</sup> Era aplicado nos ferimentos de que não resultasse a morte. Cfr. A. HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 386.

<sup>8</sup> A importância do desorelhamento era tal que GAMA BARROS (*fichas cit.*) refere um documento no qual o pai de um filho que nascera sem orelhas pede às autoridades que o certifiquem, para evitar de futuro a confusão com a sanção judicial.

HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 385, refere também o foral de St.º Cruz que mandava cortar as orelhas pela primeira vez ao saltador, e FRANCISCO FREIRE DE MELO, *ob. cit.*, fala na pena de desorelhamento aplicável ao que bate no juiz.

<sup>9</sup> *Costumes da Guarda*, referidos por GAMA BARROS nas fichas citadas.

<sup>10</sup> Os açoites e varadas eram aplicáveis também aos cavaleiros. Mas, sendo o ofendido e o ofensor de classes diferentes, tinha este último a faculdade de dar pessoa por si (da condição do ferido) que quisesse submeter-se à pena. Cfr. A. HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 317.

Os açoites correspondiam em muitos concelhos ao delito de ferimentos graves e injúrias pessoais. Cfr. HERCULANO, *ob. cit.*, págs. 317 e 388, e *Costumes de Torres Novas*, inéditos, 4.º, pág. 614, quanto aos ferimentos.

As posturas de Évora de 1302 previam a aplicação de pauladas ao homem e varadas à mulher; daí a expressão *corrigir por paus e por varas*. Cfr. VITERBO,

Um caso particular seria, na opinião de PAULO MERÊA<sup>1</sup>, a composição corporal pela qual o próprio ofendido flagelava o infractor que devia *intrare in fustem, entrar às varas*<sup>2</sup>.

A pena de talião, de origem mosaica—*sicut dicit lex moysi*<sup>3</sup>—, e as penas-espelhos também se afirmam largamente. Assim, v. g., receber o ofensor tanto dano como o ofendido: «Interet in manu sua et faciat alis tales»<sup>4</sup>.

VI — *Penas restritivas da liberdade*: — A redução à servidão e a «traditio in potestate» eram em regra resultantes do não pagamento das penas pecuniárias ou dívidas civis<sup>5</sup>.

A prisão tinha uma função eminentemente coercitiva, v. g., obrigar o criminoso a pagar uma pena pecuniária. Era pois, por assim dizer, administrativa. Outras vezes a prisão explicava-se pela necessidade de fixar a importância do delito. Era então preventiva e outras vezes ainda funcionava como subsidiária. Em certos documentos diz-se que o preso «iacia in tronco et in katenas»<sup>6</sup>

*Elucidário*. Também se chamavam àquelas *bordoada* e a estas *varancadas*. Uns e outros eram ainda designados por *tagantes* e *fusta* (da expressão *intrare in fustem*). Cfr. VITERBO, *Elucidário*.

Os ferimentos, em certos casos, eram punidos pelo foral de Cintra (1154) com dez varadas (*varancadas*), acrescentando o foral que o delinquente poria a mão direita no chão e depois faria reparação ao ferido segundo o foro deste. Cfr. GAMA BARROS, *fichas citadas*.

<sup>1</sup> *Composição corporal, separata do «Anuário de História del Derecho Español», vol. XV, págs. 6 e segs.*

<sup>2</sup> Cfr. ALEXANDRE HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 838.

<sup>3</sup> *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, pág. 582; Vilarinho.

Também no foral de Penacova (1192) a pena de talião se acha claramente expressa nas seguintes palavras: *Et qui vulneravit* (mordomo, juiz ou serviçal), *similiter faciant eis*. Uma tradução do séc. XIV interpreta assim essa passagem do foral: «E se chagar semelhavilmente a ffaçam o ele». GAMA BARROS, *fichas, cit.*

<sup>4</sup> *In, Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, vol. I, pág. 367.

<sup>5</sup> Cfr. MANUEL HELENO, *Os Escravos em Portugal*, vol. I, págs. 137 e segs.

<sup>6</sup> *Port. Mon. Hist., Dipl. et Chart.*, vol. I, pág. 266.

e no Foral da Guarda diz-se que quem não paga calúnia seja metido no tronco<sup>1</sup>.

VII — *Penas infamantes*: — Ao lado destas penas previam-se ainda as penas infamantes, com ou sem tormentos<sup>2</sup>, como a flagelação pública do réu<sup>3</sup>, a exposição no pelourinho ou picota<sup>4</sup>, por vezes em gaiolas<sup>5</sup>.

As marcas de ferro quente<sup>6</sup>; a decalvação ou *tonsum*<sup>7</sup>; a procissão do réu, a pé e com uma corda ao pes-

<sup>1</sup> Em Fonte-Arcada o mesquinho (*miser*) que não podia pagar a calúnia de qualquer delito era reduzido à servidão em poder do senhor da vila: HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 386. GAMA BARROS refere também que no foral de Medinaceli o forçador de casa alheia que não pagava o dano ficava em *poder do ofendido* «e enquanto não pagar não coma nem beba até que morra» (GAMA BARROS, *fichas cit.*). E, segundo os costumes da Guarda, o homem que dizia injúrias caluniosas a alguém era metido nove dias no tronco sem comer, se não pagava cinco morabitos (HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 385).

<sup>2</sup> Em Tomar, pelo seu segundo foral, em Torres Novas e em outras povoações da alta Estremadura, o vozeiro que vendia a justiça do seu cliente era atormentado, se não tinha por onde pagar o dano que causara (HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 384).

Outra coisa são os tormentos como meio de obter a confissão do réu. GAMA BARROS, *fichas cit.*, refere não haver vestígios da sua aplicação nos Costumes da Guarda, Santarém, Évora e Torres Novas.

<sup>3</sup> Foral de Ourém, *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, pág. 421.

<sup>4</sup> Foral de Sintra.

VITERBO — *Elucidário* —, define picote como pelourinho com suas cadeias e argolas onde os criminosos eram expostos à vergonha. As posturas municipais de Coimbra de 1145, *Leges*, I, pág. 744, referindo-se ao dano feito em vinha alheia, dizem:... «et suspendetur in illo tormento quod vulgo dicitur *picota*».

Daí também a expressão *empicotar*. Cfr. *Elucidário*.

<sup>5</sup> Cfr. LUIS CHAVES, *Os Pelourinhos em Portugal*, pág. 49.

<sup>6</sup> v. g., para o ladrão, na Lourinha, cfr. *supra*.

<sup>7</sup> Arganil, *Leg. et Cons.*, pág. 403. Referindo-se ao ladrão reincidente, diz-se aí: «Et si invemerit in tertia vice flagellatum et *tonsum* et positum trans flumine aluvia». Esta pena da decalvação era evidente reminiscência de uma pena assás frequente no Código Visigótico (HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 330, nota 1).

A quem jurava ou firmava falsidade rapava-se-lhe o cabelo em *metade da cabeça*, segundo os *Costumes de Castelo Rodrigo* (*Leges e Cons.*, pág. 865, Cost. 53) referidos por GAMA BARROS, *fichas cit.* Cfr. ainda A. HERCULANO, *ibidem*.

coço<sup>1</sup>; a suspensão na cruz<sup>2</sup>; e o corte de barba<sup>3</sup> são outras tantas penas que, sem as esgotar, na época se previam.

O quadro traçado das penas, no período da alta Idade Média, é, como se vê, muito complexo.

*Agravação e atenuação:* — Curioso é, porém, ter-se ou admitir-se já então um certo sentido de agravação ou atenuação das penas, considerando-se não só os elementos objectivos, *v. g.* lugar da prática do delito, como subjectivos. Assim, *v. g.*, a influência da premeditação, conselho, aleivosia, má vontade<sup>4</sup>.

Por sua vez, a reincidência aparece como agravante e assim sucede que o ladrão reincidente podia ser condenado à pena capital.

No que toca a ferimentos e lesões, também a sua maior ou menor gravidade implicava uma maior ou menor gravidade da pena. As lesões eram apreciadas segundo a sua gravidade<sup>5</sup>.

A maneira como o crime se executava, *v. g.*, «cum pugno clauso ou manu aperta», etc., influiu, do mesmo modo, sobre a graduação da pena<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ORLANDIS, pág. 109, e literatura aí citada.

<sup>2</sup> Cfr. sobre esta pena e hipóteses para que era prevista, *supra*, pág. 15, nota 3.

<sup>3</sup> Os *Costumes de Alfaiates* (Leg. et Cons., pág. 811) previam o corte de barba para aquele que em fossado, azaria ou apelido, antes de voltar da refrega, roubasse ou sonegasse alguma coisa que devia entrar na partilha entre os companheiros, ou, de uma maneira geral, ao que em serviço militar praticasse qualquer roubo. No mesmo sentido, quanto à última hipótese, *Costumes de Castelo Melhor*, *ibidem*, pág. 937. Em Castelo Bom e em Castelo Rodrigo (respectivamente, págs. 782 e 865), ao peão que deixasse de acorrer ao apelido cortar-se-lhe-ia a barba e, sendo cavaleiro, a cauda do cavalo.

<sup>4</sup> Cfr. *supra* e PAULO MERRÊA, *Temas Histórico-Jurídicos*, cit.

<sup>5</sup> Um processo de avaliar a gravidade do ferimento era o da sua medição, como estabeleciam os *Costumes de Azambuja e Vila Verde dos Francos*. Cfr. *Supra*, pág. 16, nota 1.

Segundo os *Costumes de Castelo Melhor* (Leg. et Cons., pág. 906), o ofensor pagava tantos vinte morabitanos quantas orelhas, dedos ou dentes havia tirado ao ofendido (GAMA BARROS, *fichas cit.*).

<sup>6</sup> *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, vol. I, pág. 352.

O lugar onde se disferia a pancada era igualmente elemento para fixar a pena<sup>1</sup>.

Por sua vez, a legítima defesa e a provocação funcionavam, às vezes, como derimentes<sup>2</sup>.

Um caso de não exigibilidade ou de provocação grave era o da morte da mulher em flagrante delito de adultério, que as Ordenações consideravam costume antigo do nosso direito<sup>3</sup>.

A categoria do ofensor e ofendido fazia, por seu lado, variar a sanção<sup>4</sup>.

## § 2.º

### A política criminal dos primeiros tempos da Monarquia Portuguesa

A marcada tendência dos primeiros reis portugueses foi a de se oporem e reduzirem a vingança privada, chamando a si a realização do poder punitivo.

Neste aspecto são da maior importância as Posturas de D. Afonso II de 1211<sup>5</sup>.

Escreve, a seu propósito, ORLANDIS<sup>6</sup>: «Afonso II<sup>7</sup> de Portugal é quem dedica uma atenção mais diligente e minuciosa

<sup>1</sup> ORLANDIS, págs. 35-36.

<sup>2</sup> Cfr. MERRÊA, *Estudos cit.*, págs. 11 e segs.

<sup>3</sup> Cfr. *Ordenações Afonsinas*, Livro V, Tít. 53.º, *in fine* e Tít. 18.º.

<sup>4</sup> Assim, *v. g.*, nos *Costumes de Beja* (Inéditos, 5.º, 502) se um cavaleiro feria um peão, a sanção era de trinta varadas, podendo o ofensor dar por si um peão que as recebesse; se era um peão que feria o cavaleiro, a sanção era de sessenta varadas, podendo também o ofensor dar por si um cavaleiro que as recebesse. GAMA BARROS, *fichas cit.*

O mesmo dispunham os *Costumes de Santarém*, A. HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 317.

<sup>5</sup> *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, págs. 163 e segs.

<sup>6</sup> *Las Consecuencias del delito*, cit., págs. 17 e segs.

<sup>7</sup> Como se sabe Afonso II tem uma escassa produção legislativa o que não implica que não tenha dedicado uma especial atenção aos problemas de direito criminal. Cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 189 nota 17.

à limitação da auto-tutela em matéria penal, com uma série de disposições detalhadas que formam uma importante parte das suas *Posturas*. Proíbe-se nelas, da mesma forma que em muitos outros textos, a realização da vingança dentro da casa do inimigo, enquanto este se acha protegido pela sua paz; excluem-se também, como nos decretos de Afonso XI, a destruição dos bens imóveis do inimigo, o deitar abaixo a sua casa, o corte das suas árvores e vinhas. Uma terceira limitação traduz-se na proibição de fazer recair a vingança sobre os homens do inimigo, a não ser que tivessem tomado parte pessoal na perpetração do delito.

Contudo, Afonso II não pretende só mitigar, mas, sobretudo, suprimir o sistema da vingança privada. A luta entre as partes inimigas tornava-se endémica, e a cada acto de vingança dum das seguia-se a represália da contrária com as consequentes alterações e transtornos: «porque muitas vezes as maldades se as homem non tolhesse creçem. E duum omezio en no começo nom seer fiindo seguesse gram danno do rreyno e das gentes». Em face destes males dispõem as *Posturas* que se em virtude de um estado de «inimicitia» tivesse sido morto um homem de cada uma das partes adversas, a luta devia terminar e não se admitiam vinganças ulteriores. Como por vezes uma inimizade recente não tinha ainda originado morte em nenhum dos bandos, proibia-se para esse caso praticar o homicídio, ordenando-se que a discórdia fosse posta perante os juízes do rei para ser solucionada de harmonia com o direito. Finalmente, se as partes inimigas estivessem em condição desigual, porque só uma delas havia sofrido morte de algum dos seus homens, concede-se à outra o prazo de um ano, passado o qual deve designar como «inimicus» o individuo da parte contrária que considera autor do homicídio e renunciar a toda a actuação contra qualquer outro dos seus membros.

Desta forma, a política penal de Afonso II tinha em vista conseguir em breve prazo, a liquidação do sistema da vingança privada, permitindo só no último dos casos, mas limitadamente e como medida transitória; a sanção dos delitos passava a ser, assim, da competência exclusiva do Estado<sup>1</sup>.

A evolução desta política legislativa culminou, por sua vez, com Afonso IV que, nas suas leis referidas no Tít. 53 do Livro V das Ordenações Afonsinas<sup>2</sup>, acabou por proibir a «todo o fidalgo ou vilão que acoime, tome vindicta ou se despique por si», mas antes recorra à justiça<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A este aspecto já se referia GAMA BARROS numa das suas fichas ao notar: mais de uma disposição de Afonso II restringia o direito de revindicta pela forma seguinte, vendo-se dessas leis que este direito tanto podia ser exercido pelos nobres como pelos vilões. Aquele que fazia o mal, ou que diziam que o tinha feito, devia dar bons fiadores ou outra garantia de responder em juízo; o ofendido cometia delito demolindo-lhe as casas, cortando-lhe vinhas, destruindo-lhe árvores ou outros quaisquer bens, devendo sempre intimar primeiro o agressor diante de dois homens bons para lhe reparar o dano que houvesse causado e assegurar a reparação e no caso da recusa do ofensor, testemunhado o facto perante homens bons, seguir-se-ia o processo judicial.

Na mesma ficha refere-se também GAMA BARROS à inviolabilidade do domicílio do inimigo e à dos seus familiares que não tivessem participado na agressão, e à limitação da revindicta à hipótese de ter havido morte numa somente das partes adversas.

<sup>2</sup> Sobre a data destas leis cfr., além dos log. cit., JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Aditamentos e Retoques à Sinopse Cronológica*, que refere serem elas datadas de 1325 e 1326, 1336 e 1347, respectivamente nas págs. 49, 53 e 60.

<sup>3</sup> Excluíam-se, todavia, os chamados «feitos de retos» (sobre a expressão vide VITERBO, *Elucidário*), o caso de fuga do reino ou do ofensor se furtar ao exercício da justiça, bem como a morte da mulher em adultério.

Escreve a propósito destas leis GAMA BARROS numa das suas fichas: o direito de revindicta foi abolido por Afonso IV, talvez no segundo ano do seu reinado. A abolição compreendeu primeiro a classe dos plebeus mas depois estendeu-se a todas as classes.

Uma alteração tão radical num costume da nobreza, embora talvez menos arreigado do que dantes, pelo estado mais culto da sociedade, não era possível que deixasse de encontrar sérias resistências. Da oposição que lhe fizeram os fidalgos resta-nos a prova indubitável; mas no meio de tantos erros de datas com que chegaram até nós muitos documentos legislativos desse tempo é impossível precisar com respeito a esse facto quanto tempo

Ao mesmo tempo e como medidas reforçadoras destas leis, proibia o asilo por prelados ou fidalgos nos seus «coutos, bairros ou honras», de criminosos e malfeitores (Lei referida nos Tít. 50.º e 100.º das Ordenações Afonsinas); o porte e uso de certas armas (Lei referida no Tít. 75.º); punia «volta ou tençon»<sup>1</sup>. Por outro lado publicizava, à luz de um processo inquisitório, a perseguição de certos crimes (Lei referida no Tít. 59.º) e ordenava «inquirições devassas» sobre mortes, furtos e roubos (Lei referida no Tít. 34.º).

Tudo isto é completado, por sua vez, na medida em que se estimulava a apresentação do delinvente em juízo mandando-se dar cartas de segurança (Leis ref. nos Tít. 53.º, 16 e 102.º); prevenindo abusos da justiça — quer, *v. g.*, castigando-os (Leis ref. nos Tít. 59.º, 10, 62.º e 75.º), quer regulando a prisão preventiva (Tít. 58.º, 5) — e abusos dos particulares, *v. g.*, exigindo a fiança para a acusação da injúria (Lei referida no Tít. 52.º); punindo a querela maliciosa (Tít. 29.º e 30.º); reduzindo as formalidades processuais para tornar a justiça célere em casos de força e que podiam engendrar *revindicta* (Tít. 36.º); prevendo a assistência judiciária para os pobres através da renda do concelho (Tít. 30.º, 6), etc.

---

ele levou a manifestar-se. O que é certo é que a nobreza apresentou ao monarca as suas razões. Alegavam os fidalgos que, tendo sido sempre costume em Portugal poderem eles vingar os agravos feitos a seus parentes, a lei não só era contrária a esse costume mas continha uma só pena e gravíssima (a morte) para todos os casos; e quando não fosse revogada, ao menos a modificasse e declarasse el-rei por forma que ficasse sabendo cada um a responsabilidade a que ela os obrigava. Afonso IV recusou-se formalmente a derogar a lei. Esse costume que os fidalgos invocavam não podia merecer — dizia — tal nome, porque não só era contrário ao direito de Deus, como ao direito natural.

Acrescenta GAMA BARROS que, como excepção à proibição da vingança privada, esta se admitia no caso do ofensor se ausentar ou se esconder e não vir a juízo, mas ainda assim só depois de passado um certo prazo.

<sup>1</sup> Equivalente a briga. Cfr. VITERBO, *Elucidário*.

Este chamar a si o exercício do *ius puniendi* envolvia igualmente um fixar legal dos pressupostos da punição, o que leva a excluí-la, *v. g.*, no caso de legítima defesa (Lei referida no Tít. 74.º: «que não levem pena nem coima, do que tirar arma pera defendimento do seu corpo»); como a alargar o número das descrições legais de delitos como o de adultério (Lei ref. no Tít. 7.º); sedução (Lei ref. no Tít. 8.º); lenocínio (Lei ref. no Tít. 15.º); rapto<sup>1</sup>; a estabelecer as condições de punição dos mesmos (Lei ref. no Tít. 6.º), ou dos ferimentos de noite (Lei ref. no Tít. 110.º), da injúria (Lei ref. no Tít. 59.º, 3), do furto (Lei ref. nos Tít. 59.º e 65.º). Por outro lado modificou a punição relativa a delitos já previstos por reis anteriores, especialmente D. Diniz, *v. g.*, o falso testemunho. Bem como criava outros delitos por força de condições da época, como o jogo (Lei ref. no Tít. 41.º) e o envio de ouro, prata ou dinheiro para o estrangeiro.

A publicização do *ius puniendi* corresponde ao esforço, aliás já começado anteriormente, de elaboração legal, embora casuística, de todo o direito substantivo e adjectivo penal.

Houve todavia, para além do mais, considerando as leis gerais posteriores a 1211, uma exagerada e cruel compreensão das reacções criminais que prevêm, porventura explicadas pela especial sensibilidade e dureza dos costumes da época<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a descrição destes crimes escreve GAMA BARROS nas fichas citadas: as providências adoptadas por Afonso IV, declarando crimes públicos o adultério, os casamentos clandestinos, as relações desonestas de homens com freiras, a indústria de alcovitar mulher recatada e outros factos semelhantes, não indica na verdade que a desmoralização fosse agora maior, mas sim uma civilização mais adiantada, que impunha à sociedade o dever de chamar a si a punição de factos que até aí deixava entregues à perseguição particular. GAMA BARROS, fichas citadas.

<sup>2</sup> Cfr. A. HERCULANO, *ob. cit.*, pág. 387 e ainda COSTA LOBO, *História da Sociedade Portuguesa no séc. XV*, págs. 236 e segs., para épocas posteriores. *Port Mon. Hist., Leg. et Cons.*, pág. 176.

Assim, *v. g.*, uma lei de D. Afonso II<sup>1</sup> estabelece que os «ovençais» infieis se punam: «atagantenos com correas cruas que chamam açoutes e assinennos com ferro e leyxennos hir por malditos, salvo se for filho dalgo», caso em que só indemnizaria. Uma lei de D. Afonso III (1248-1279)<sup>2</sup> mandava aplicar a pena de morte «aquele que a outrem meter ou mandar meter *merda em boca*»<sup>3</sup>. D. Diniz renova esta lei (referida no Tít. 32.º das Ordenações Afonsinas), e por outro lado manda tirar a língua pelo pescoço a todos aqueles que blasfemassem e antes de serem queimados<sup>4</sup>. O mesmo D. Diniz ordenara que os juízes e mais oficiais da justiça, sendo leigos, que tivessem relações sexuais com mulheres que traziam demanda junto deles, pudessem ser castrados (Lei ref. no Tít. 15.º)<sup>5</sup> e que o crime de falso testemunho fosse punido com o corte dos pés e das mãos do criminoso, arrancando-se-lhe também os olhos (Lei ref. no Tít. 37.º, 1)<sup>6</sup>. Igualmente ordenara que se cortasse a mão ou o polegar àquele que arrancasse arma no paço, conforme só ferisse outrém, ou nem isso (Lei ref. no Tít. 33.º, 1). Também D. Afonso IV mandou «talhar os pés e as mãos ao que fabricou moeda falsa» (Lei ref. no Tít. 5, 1), embora não deixasse de moderar relativamente o rigor de certas punições<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Também nesse lugar se determinava que quando o serviçal emprestasse pão do rei fosse açoutado *nu* por toda a vila. Cfr. ainda a lei referida no Tít. 2.º das Ordenações Afonsinas sobre «crima de lesa majestade».

<sup>2</sup> *Port. Mon. Hist., Leg. et Cons.*, pág. 256, Lei 37.

<sup>3</sup> Cfr. *supra*.

<sup>4</sup> Cfr. referência nas Ordenações Afonsinas, Tít. 99.º, 1. D. Afonso IV, todavia, converteu esta pena em sanção pecuniária sendo o seu autor fidalgo, e sendo peão «deem-lhe vinte açoutes no Pelourinho e enquanto o assy açoutarem metam-lhe pela lingoa huma agulha d'albardeiro, a qual tenha assy na lingoa, ataa que os açoutes sejam acabados» (Tít. 99.º, n.º 4).

<sup>5</sup> Cfr. também referência a essa lei, de 1311, na *ob. cit.* de JOÃO PEDRO RIBEIRO, pág. 37.

<sup>6</sup> Note-se, porém, que as Ordenações Afonsinas (Tít. cit., 3) concordam em que tal lei nunca fora executada.

<sup>7</sup> Cfr. a nota 4.

Ao lado desta violência e crueldade nota-se ainda uma franca desigualdade entre as penas, consoante a categoria do réu e do ofendido. É o caso, *v. g.*, da já citada lei de D. Afonso II sobre a punição dos «ovençais infieis». O arbítrio era também frequente, mandando-se a cada passo que o réu recebesse a pena que o rei entendia merecer.

E é este o espírito que, aqui e além atenuado, dominou o Livro V<sup>1</sup> das Ordenações Afonsinas que, como se sabe, constitui em grande parte compilação das leis anteriores<sup>2</sup>.

Procuremos, pois, rapidamente, esquematizar as penas que nelas se previam.

<sup>1</sup> Este Livro contém a matéria criminal. Há, porém, penas dispersas em outros Livros, *v. g.*, o II, Tít. 40.º.

<sup>2</sup> Vários títulos das Ordenações Afonsinas contêm ainda referências a leis dadas por D. Diniz.

Na *Crónica* de RUI PINA escrevia-se, a propósito deste Rei: «Na justiça foi o seu primeiro intento, e cuidado, e punições, da qual quis logo reparar alguns insultos, e desmandos, que dos tempos do seu padre, e avô ainda havia no Reino, e punir, e castigar ladrões, e malfeitores, que com mercês, que dava, e diligências, que fazia, aos que eram tomados punia com mortes, e grandes escarmentos, e a outros com seu temor, espantou, e desterrou da terra, especialmente aos que em quadrilhas em alguns ermos onde saíteavam tomava, assim como na montanha que se diz de Açor, e na serra da Mendigua, e em Alpedris, que por suas culpas, e malefícios receberam em suas pessoas cruas penas, de que davam testemunho as muitas forcas do Reino que deles estavam cheias».

Além do que foi referido, as Ordenações Afonsinas contêm, *v. g.*, de D. Afonso II, a Lei relativa ao levantamento por vinte dias da execução da pena de morte (Lei ref. no Tít. 70.º). Curiosa é também uma lei sobre o castigo de vadios (J. PEDRO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 4). De D. Afonso III, a Lei sobre barregã na Corte (ref. no Tít. 8.º); sobre assuadas (ref. no Tít. 45.º); proibindo levar farinha e pão para fora do Reino (ref. no Tít. 48.º). J. PEDRO RIBEIRO (*ob. cit.*, pág. 6), refere ainda uma Lei de 1251 que declara a pena de vários crimes. De D. Diniz, a Lei sobre o incesto (ref. no Tít. 11.º); sobre o adultério (ref. no Tít. 12.º); a bigamia (ref. no Tít. 14.º); a querela maliciosa (ref. no Tít. 29.º); a morte — «se matar ou chagar outrem e nem lhe dizendo ou fazendo por quê, sem razão, não havendo com ele tencão, ou estando seguro» — (Lei ref. no Tít. 32.º); o jogo com dados falsos (ref. no Tít. 40.º); o furto de aves (ref. no Tít. 54.º); a injúria de «tornadiço» (ref. no Tít. 81.º); a Lei sobre burlões e inlizadores (ref. no Tít. 89.º); encobrimento de malfeitores

## § 3.º

Ordenações Afonsinas<sup>1</sup>

Uma das características das Ordenações de D. Afonso V é a reafirmação do espírito de combate a toda a espécie de auto-tutela, fruto da evolução legislativa que apontámos.

O Tít. 53.º<sup>2</sup>, a que já nos referimos, bem como as leis posteriores a 1211 que desenvolvem o seu pensamento, dão claro apoio a tal asserção.

Previam-se, por outro lado, uma série de disposições preventivas contra a vingança privada, (*v. g.*, Tít. 59.º, 2, relativo ao aceleramento da administração da justiça para evitar «mortes, e ódios, e grandes danos»; Tít. 102.º, 2, relativo à concessão de garantias de segurança — espécie de salvo conduto de alguém contra a ameaça de outrém; Tít. 73.º que estabelecia a isenção da pena contra os que se defendiam de actos de vingança privada). Outras contra os obstáculos à realização da justiça pelo direito de asilo nos coutos privados (Tít. 50.º) ou da igreja (*v. g.* Tít. 118.º) e outras ainda que, para evitar o

(ref. no Tít. 100.º); falsificação de valores (ref. no Tít. 32.º, 3); apropriação de coisa encontrada (ref. no Tít. 54.º); boa administração da justiça (ref. no Tít. 56.º); a Lei permitindo a prisão de malfeitores nos coutos e honras (Lei de 1324, referida por J. P. RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 44), etc.. De D. Pedro, *v. g.*, a Lei sobre violação (ref. no Tít. 6.º). De D. João, a Lei sobre moeda falsa (ref. no Tít. 5.º, 2); sobre estupro (ref. no Tít. 10.º); barregã do clérigo (ref. no Tít. 19.º) ou de homens casados (ref. no Tít. 20.º); feitiçaria (ref. no Tít. 42.º); ofensa da lei sumptuária (ref. no Tít. 43.º); exportação de ouro ou prata (ref. no Tít. 47.º). De D. Duarte, *v. g.*, a Lei regulando o recurso para o Rei; a Lei sobre cartas difamatórias, etc., etc..

<sup>1</sup> Sobre a história, conteúdo e índole das nossas primeiras Ordenações cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, nota 47, da pág. 213, e literatura aí citada.

<sup>2</sup> Os Títulos que a seguir se referem dizem respeito, salvo indicação expressa, ao Livro V das Ordenações.

arbítrio de certas inquirições devassas que levavam os acusados a homiziar-se, fugindo à acção da justiça, previam a concessão de cartas de segurança (Tít. 57.º), espécie de *habeas corpus*, que impediam a prisão e estimulavam o «estar a direito»<sup>1</sup>.

*Pena de morte* — À publicização do *ius puniendi* correspondeu, como vimos, um paralelo desenvolvimento na descrição de novos crimes e de penas públicas.

A pena de morte era das mais frequentes. Assim *v. g.*, previa-se para os crimes de lesa majestade, (Tít. 2.º); roussos ou violações (Tít. 6.º); adultério (Tít. 7.º); incesto (Tít. 11.º); adultério com fuga (Tít. 12.º); injúria grave — «meter ou mandar meter merda em boca» — e homicídio na côrte «sem razão», «sem necessidade» ou «sem porquê» (Tít. 32.º, e 33.º, 7); feitiçaria (Tít. 42.º, 3); furtos de valor superior a 20 libras (Tít. 65.º); quebra de degredo (Tít. 67.º, 2); tirada de presos (Tít. 90.º); etc., etc.

Embora se não diga qual o processo de execução da pena de morte, parece ter sido o da forca o mais generalizado<sup>2</sup>. Curioso é o exemplo do ladrão que devia pagar o anoveado a que era condenado junto da forca, sendo enforcado se o não fizesse (Tít. 65.º). Os fidalgos, todavia, seriam degolados<sup>3</sup>.

Previam-se também a morte pelo fogo, *v. g.*, no caso de falsificação de moeda (Tít. 5.º, 4) e o réu do crime de sodomia era queimado e reduzido a pó (Tít. 17.º).

Noutros crimes, especialmente o de lesa majestade, chamado de primeira cabeça, ou de traição contra El-Rei (Tít. 2.º, 12),

<sup>1</sup> Sobre a carta de segurança cfr. CARLOS DE ARAUJO LIMMA, *Carta de Segurança, passim*.

<sup>2</sup> Os condenados vestiam uma camisa branca, a «alva».

<sup>3</sup> Utilizava-se o garrote ou o cutelo num cadafalso, vestindo o condenado um capuz preto.

<sup>4</sup> Cfr. *Crónica de D. João II*, de GARCIA DE RESENDE, ed. de 1902, pág. 110: Execução do Duque de Visu.

previa-se a pena de «morrer naturalmente de morte cruel», cuja forma de execução era deixada ao arbítrio do julgador e que supunha suplícios e execução por maneira muito bárbara, *v. g.*, por esquartejamento.

No caso de blasfêmia cominava-se a morte pelo fogo, precedida do arrancamento da língua pelo pescoço (Tít. 99.º).

A pena de morte só se executava passados vinte dias porque «a sanha soe a embargar o coração emtanto que não pode homem ver diretamente as coisas» (Tít. 70.º)<sup>1</sup>.

O condenado à morte não podia fazer testamento (Tít. 55.º).

#### *Penas corporais:*

a) — *Penas de mutilação:* — As Ordenações Afonsinas confirmam ou prosseguem a reacção contra a pena de mutilação. Assim, enquanto, como se disse, D. Diniz mandava que o testemunho falso fosse punido «decependo os pés e as mãos e tirando os olhos ao réu» (Tít. 37.º), as Ordenações Afonsinas substituem essa pena pelo corte da língua na Praça, junto ao Pelourinho, além de açoites<sup>2</sup>.

Igualmente a pena de morte com prévio arrancamento da língua pelo pescoço, prevista para o blasfemo, era substituída por vinte açoites no Pelourinho, tendo o condenado uma agulha albardeira atravessada na língua (Tít. 99.º).

Da mesma sorte a pena de corte do polegar, prevista por D. Diniz para quem levantasse armas onde o rei estivesse, foi

<sup>1</sup> Este seria um exemplo da influência do direito romano na legislação de Afonso II, conforme pôs em relevo JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Memórias sobre qual foi a época certa da introdução do direito subsidiário em Portugal*, vol. I, Lisboa, 1972, págs. 274-5. Cfr., por todos, BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 187, nota 15.

<sup>2</sup> Esta pena é tipicamente uma pena espelho do direito germânico. Cfr. VON HIPPEL, *Strafrecht*, vol. I.

abolida e substituída por penas pecuniárias «a pagar da cadêa» (Tít. 33.º). O corte de pés e mãos cominado por D. Afonso IV para o moedeiro falso foi também revogado, embora transformando-se em morte pelo fogo (Tít. 5.º). Também se não previa o costume bárbaro, tão frequente nos Costumes e Forais da época anterior, do corte de mão. Mantinha-se, todavia, a castração, contra quem fizesse favor de ofício a troco de relações sexuais (Tít. 15.º).

b) — *Açoites:* — Os açoites são uma pena muito comum nas Ordenações. Assim, previam-se açoites «por toda a vila» para o vilão que casasse secretamente com mulher em poder do pai (Tít. 13.º); os açoites «por toda a vila com pregão» para as alcoviteiras e autores do lenocínio (Tít. 16.º); açoites públicos para o vilão que matasse a mulher em adultério (Tít. 18.º); açoites públicos para os barregueiros casados (Tít. 20.º), bem como para os rufiões e prostitutas; trinta açoites para os que queressem maliciosamente e não tivessem bens por onde pagar a pena pecuniária (Tít. 30.º); açoites não públicos para o que passasse moeda falsa e públicos para os que jogassem com dados falsos e para os jogadores em geral (Tít. 40.º e 41.º); açoites públicos para os que arrancassem marcos (Tít. 60.º), para os que tirassem presos (Tít. 90.º), fizessem cárcere privado (Tít. 92.º); «vinte açoites no Pelourinho para o piam que renegue Deus ou Santa Maria além de agulha albardeira na língua» (Tít. 99.º).

Como se vê, os açoites podiam ser ou não públicos, sendo por vezes fixos, mas, as mais das vezes, deixados ao arbítrio do juiz. Em certos casos, (*v. g.*, Tít. 98.º, 4) falava-se expressamente em açoites no Pelourinho, também chamado Picota<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, pág. 23.

Os *açoitados* eram, em regra, só aplicáveis a homens ou mulheres de baixa ou pequena condição: peões, vilões, pessoas vis, pessoas que possam ser açoitadas (Tít. 40.º). Os fidalgos, em princípio, não podiam ser açoitados (Tít. 87.º, 3).

Por vezes os açoitados eram subsidiários e tinham lugar no caso do não pagamento da pena pecuniária.

c) — *Tormentos*: — Os tormentos funcionavam raramente como pena repressiva. Era, todavia, esse o caso de quem dizia mal do rei «por malquerença» (Tít. 3.º). Em geral funcionavam como meio de conseguir a confissão do réu, quando havia indícios (Tít. 2.º, 26).

No Tít. 87.º estabeleciam-se as condições verificadas as quais alguém podia ser metido a tormento, negando-se essa possibilidade para os Fidalgos de solar, Cavaleiros de espada, Doutores em Leis, em Degredos ou em Física, e Vereadores da cidade<sup>1</sup>.

Havia, todavia, crimes, como os de lesa majestade, cárcere privado e feitiçaria, bem como moeda falsa, em que os referidos privilégios cessavam (Tít. 87.º, 6, 2.º, 26 e 5.º, 8).

Admitia-se o recurso das decisões do juiz que mandava meter o preso a tormentos (Tít. 4.º, 5).

*Penas pecuniárias* — As penas pecuniárias são muito menos numerosas nas Ordenações Afonsinas que no período anterior. Apareciam, todavia, muitas vezes. Assim:

a) — Confiscação de bens para o caso, v. g., de traição (Tít. 2.º); de casamento com mulher em poder do pai (Tít. 13.º); de alcovitagem (Tít. 52.º); de homicídio «sem porquê» (Tít. 32.º); dos que se enforcavam para fugir à acção da justiça (Tít. 79.º, 2).

<sup>1</sup> Fala-se também nos besteiros e peões com armas que tivessem estado com D. João I.

A confiscação de bens dependia, por vezes, de não haver herdeiros «lidemos» (Tít. 32.º), outras vezes era limitada pela meação da mulher (Tít. 2.º), e outras ainda de não quererem os bens outras pessoas, v. g., os pais, no caso do Tít. 13.º.

Podia ter lugar em favor do rei, das almas, ou da fé.

b) — *Multa*<sup>1</sup>: — Esta pena, embora menos que no período anterior, era muito usada. Impunha-se, v. g., o pagamento do casamento dobrado no caso de estupro (rousso), ou do dote à ofendida (Tít. 9.º)<sup>2</sup>; de quinhentas libras, à barregã do clérigo (Tít. 19.º); de cinquenta coroas para a Arca da Piedade, no caso de peita dos corregedores, alcaides e meirinhos (Tít. 19.º, 29); multa consoante a fortuna e a reincidência, aos barregueiros casados (Tít. 20.º); de quinhentos reais, aos rufiões (Tít. 22.º); de três libras cada nove dias, ao excomungado (Tít. 27.º); de seiscentos, mil e duzentos reais, etc., a quem ferisse na Corte (Tít. 33.º); de cinco libras, aos jogadores e tavolageiros (Tít. 41.º, 3); de mil libras ou mais, pela reincidência da lei pragmática (Tít. 43.º); mil libras (*peite* mil libras) a quem fizesse assuada (Tít. 45.º); do dobro do valor das aves apropriadas (Tít. 54.º); de cinco mil libras, pela denúncia caluniosa (Tít. 59.º, 5); do anoveado do furto pela primeira vez; da indemnização em dobro ou tresdobro do valor da coisa pilhada (Tít. 66.º, 8); mil réis brancos para emenda e corregimento ao que chamasse «tornadiço» ao que se tornou cristão (Tít. 81.º); cinquenta escudos de ouro ao fidalgo que cerceasse moeda (Tít. 82.º); segundo «el bem parecer» por injúria ao juiz (Tít. 91.º); de cinco mil libras, ou mais, a quem andasse escudado

<sup>1</sup> Esta designação é puramente classificatória, e não se encontra nas Ordenações.

<sup>2</sup> Estas hipóteses poderiam enquadrar-se melhor no conceito de indemnização obrigatória.

(Tít. 96.º); mil réis para a Arca da Piedade a quem renegasse Deus ou Santa Maria, sendo fidalgo (Tít. 99.º); etc., etc.

Como se vê, a pena pecuniária era umas vezes fixa, outras variava consoante as condições sociais e económicas dos ofendidos ou réus.

Era, por vezes, indemnização fixada — dote — ou segundo o valor do objecto do crime: dobro, tresdobro, anoveado, etc., mas, em muitos casos, arbitraria.

As penas pecuniárias revertiam para o rei, para a Arca da Piedade e, em certos casos, eram repartidas pelos oficiais públicos<sup>1</sup>.

Quando não pagas eram substituídas por açoites, degredo, ou obtidas coercivamente pela prisão (cfr. *infra*).

c) — *Perda de Objectos*: — As Ordenações previam em certos casos a perda de objectos, v. g., das roupas daqueles que jogassem publicamente, (Tít. 41.º, 8, 10), das coisas do uso defeso, como ornamentações de ouro, veludos, etc. (Tít. 43.º, 4).

Previam-se, igualmente, a apreensão de objectos que se não podiam levar para fora do reino (Tít. 47.º, 10); a apreensão, em favor do mordomo, da corda em que se enforcasse mulher (Tít. 79.º, 1); ou, em favor do rei, do barão ou arma com que homem se suicidasse (Tít. 79.º, 2).

#### *Penas que affectam a liberdade:*

a) — *Servidão penal*: — Tão vulgar no período anterior, aparece raramente como pena nas Ordenações. Falava-se nela, v. g., no caso do mouro ou judeu se fazer passar por cristão, hipótese em que o rei o poderia fazer entregar como servo a qualquer pessoa: «fazer mercê dele a quem nos aprouver, assim como de cousa nossa» (Tít. 26).

<sup>1</sup> As Ordenações, como vimos, falam em certos casos, como os Forais e Costumes, em «picitar».

b) — *Prisão*: — A prisão aparece várias vezes prevista nas Ordenações. Em todo o caso a sua função é, em regra, preventiva — evitar a fuga do criminoso até ser sentenciado — ou coercitiva — levar ao pagamento da pena pecuniária — e só raramente tem funções repressivas.

Assim, previa-se a prisão preventiva para os barregueiros reincidentes até que o rei fixasse a pena que lhes era devida (Tít. 20.º, 22); a mesma pena, e nas mesmas condições, se previa no caso de se levarem coisas proibidas para fora do reino (Tít. 47.º, 13).

O Tít. 58.º fixa, em geral, os casos em que ela podia ter lugar e reagia contra abusos. Nesse mesmo Título se previa, também, a prisão até o rei fixar a pena devida e se reagia ainda contra os exageros da prisão, que obrigavam os encarcerados a gastar, por via dela, parte dos seus bens (Tít. 58.º, 3).

A prisão tinha função coercitiva quando era ordenada até ao pagamento da multa aplicada, v. g., aos rufiões (Tít. 22.º, 3), ao que matasse ou ferisse na Corte (Tít. 33.º), ao que auxiliasse a dar fuga a cativos (Tít. 113.º), até ao pagamento das custas (Tít. 30.º, 2 e 3) e até ao pagamento das dívidas aos que fossem condenados (Tít. 94.º, 8).

O pagamento feito da cadeia, além de coercivo, podia ter, também, um carácter repressivo. Por isso se distinguia entre a multa paga na cadeia e fora da cadeia (v. g., Tít. 108.º). Nestas e noutras hipóteses a prisão aparecia com carácter misto de funções coercitivas e repressivas. Assim, o que jogasse dados e não pagasse a multa era levado para a cadeia, por dez dias, findos os quais seria açoitado (Tít. 41.º, 3).

Noutros casos a prisão tem já um carácter nitidamente repressivo, como a detenção por uma noite para os que presenciassem jogos (Tít. 41.º, 8); por quinze dias, para o que jogasse ou fizesse tavolagem; ou por três dias para aquele que violasse, pela segunda vez, as leis sobre as coisas de uso defeso (Tít. 43.º, 4).

Casos ainda havia em que a prisão repressiva não era fixa, mas ficava à mercê do rei. Assim, no Tít. 96.º, para a segunda reincidência na utilização de homens escudados, e no Tít. 116.º para a assuada.

A prisão tinha lugar nos troncos, cadeias ou prisões, a que fazem referência, v. g., o Tít. 90.º e especialmente o Tít. 77.º, que proibia fazer-se prisões ou troncos em lugares inconvenientes. No Tít. 92.º definia-se cárcere público como o «lugar para reter e guardar malfetores e fazer neles execução, segundo foram condenados». No Tít. 20.º, 19, destinava-se parte da multa aí prevista à construção de novas cadeias e no Tít. 94.º, 3, provia-se ao inconveniente de misturar certas pessoas honestas com outras vis e de maus feitos, mandando-se-lhes dar lugar apartado. Previa-se, igualmente, que não fossem presos sem mandado do rei os Fidalgos de solar, Cavaleiros de esporas douradas, Doutores em Leis, Degredos e Física e admitia-se, para os casos em que não cabia ao crime pena de morte, a prisão deles sob menagem (Tít. 94.º, 5).

As Ordenações falavam em prisões sacras nos mosteiros e igrejas (Tít. 21.º, 1) e os Títulos 84.º, 9, e 114.º, 4, referiam-se à prisão em navios, relacionável com a pena das galés.

No Tít. 108.º reagia-se contra a prisão por dívidas, determinado-se que, quando se houvesse bens, só as dívidas não pagas maliciosamente deviam ser solvidas na cadeia<sup>1</sup>.

c) — *Degredo e Desterro*: — O degredo, desterro ou banimento que, como é sabido, BRUNNER considera um caso de «Abspaltung» da perda da paz, aparece largamente utilizado, quer como pena autónoma, quer como pena paralela ou subsidiária.

Não se distinguia como hoje entre desterro e degredo, conforme a pena obrigava ou não o condenado a sair para fora do reino (ilha ou possessão ultramarina).

<sup>1</sup> Cfr. em geral sobre isto, GAMA BARROS, *ob. cit.*, vol. VII, págs. 23 e segs.

O desterro podia traduzir-se na obrigação de viver ou deixar de viver num certo lugar. Assim, umas vezes importava a expulsão para fora da Corte (Tít. 8.º, 2), da correição (Tít. 20.º, 24), da cidade (Tít. 19.º, 5), da vila ou concelho (Tít. 26.º), da aldeia (Tít. 19.º, 5), do bispado ou arcebispado (Tít. 19.º, 5), do reino (Tít. 82.º e 92.º, 3); outras vezes a obrigação de viver noutra parte do Continente (Tít. 18.º, 5: «pera algum lugar do extremo»), ou em Ceuta (Tít. 2.º, 21, 7.º, 7, 39.º, 82.º, 90.º, 1), ou em ilhas recentemente descobertas (Tít. 64.º, 1).

O degredo podia ainda ser perpétuo (Tít. 64.º — para as ilhas, Tít. 39.º — para Ceuta); temporário (Tít. 2.º, 21 — cinco anos, Tít. 7.º — sete anos, Tít. 18.º, 5 — um ano, Tít. 60.º, 1 — dois anos, Tít. 42.º, 4 — três anos)<sup>1</sup>; arbitrário (Tít. 19.º, 5, *in fine*, 40.º, 2, 85.º, 14 — «até nossa mercê»).

O degredo podia ainda funcionar como pena paralela ou subsidiária (Tít. 39.º e 114.º).

As Ordenações falam, por vezes, em deitar fora da terra (Tít. 13.º) como sinónimo de degredo. Por sua vez o Tít. 114.º estabelece uma tabela de equivalência entre o degredo para lugar do reino e para Ceuta, considerando o tempo de degredo para Ceuta como equivalente ao dobro do primeiro. Também nele se refere a comutação da pena de açoites em dois anos de degredo para Ceuta e a de mão cortada em três anos de degredo para o mesmo lugar, servindo aí o condenado como besteiro. Igualmente a prisão por dívidas podia converter-se em degredo para Ceuta, à razão de mil e quinhentos reis por cada ano<sup>2</sup>.

A quebra de degredo implicava o seu aumento e, sendo degredo perpétuo, a morte (Tít. 68.º).

<sup>1</sup> As Ordenações classificam no Tít. 67.º, 1 o degredo: «de lugar certo quer para lugar, quer a tempo certo, quer perpetuamente».

<sup>2</sup> Esta disposição foi todavia suspensa por D. Afonso V (Tít. 114.º, 9), por não se precisar de mais gente em Ceuta.

*Penas que afectam a honra — penas infamantes:*

a) — A aplicação das penas tinha, em geral, efeitos infamantes que, em certos casos, se estendiam aos próprios filhos, impedindo-os, *v. g.*, de ser cavaleiros (assim no crime de lesa majestade (Tít. 2.º, 29 e 13.º)<sup>1</sup>).

b) — Infamantes eram, igualmente, certas penas, como a de barço e pregão, a exposição no Pelourinho, a «de andar d'arredor da igreja com uma silva ao pescoço cinco sextas-feiras, enquanto se rezava a missa», aplicável aos peões blasfemos (Tít. 99.º, 4).

O barço e o pregão eram penas em regra associadas (Tít. 18.º, 5) e que, juntas ou de per si, se aplicavam cumulativamente com outras, como o degredo (Tít. 18.º, 5), os açoites (Tít. 16.º, 1), as penas pecuniárias (Tít. 19.º, 5).

O pregão podia ser dado em audiência (Tít. 8.º, 2, 18.º, 5, 22.º, 1) ou em público e este por toda a vila (Tít. 16.º, 1) ou por todo o bispado (Tít. 19.º, 5).

c) — Os *açoites* no Pelourinho<sup>2</sup> e a exposição ao público em gaiola<sup>3</sup> tinham, igualmente, um carácter de humilhação pública.

d) — As *marcas* de ferro no rosto, penas corporais com carácter infamante, embora referidas em certos costumes, por exemplo os da Lourinhã e em leis gerais como a citada de 1211<sup>4</sup>, parece que não são previstas nas Ordenações Afonsinas.

<sup>1</sup> No Tít. 2.º, 27, fala-se, também, em dano da memória, e no Tít. 15.º em sair infamado de casa de El-Rei. No Tít. 80.º estabelece-se o princípio de que os fidalgos, mesmo quando condenados, não ficavam infamados.

<sup>2</sup> Vide exemplos *supra*.

<sup>3</sup> Cfr. LUIZ CHAVES, *Os Pelourinhos Portugueses*, pág. 17, com base no *Livro das Fortalezas*, de DUARTE DE ARMAS.

<sup>4</sup> Cfr. *supra* pág. 25.

*Penas acessórias:* — As Ordenações fixavam ainda certos efeitos ou penas acessórias, como a perda de interesses reais e honras (Tít. 7.º, 8.º, 1, 31.º, 4) e a perda de mercê, de cargo ou ofício (Tít. 15.º, 2, 19.º, 28, 31.º, 3, 58.º, 11, 64.º, 1, ...).

Uma pena de repreensão era igualmente apontada para os que diziam mal de El-rei (Tít. 3.º).

*Penas arbitrarias:* — Um quadro geral do sistema punitivo das Ordenações Afonsinas só, porém, se alcança, quando ao lado das penas legítimas ordinárias apontadas, se considere que elas previam uma série de «penas arbitrarias», quer no que toca à duração (prisão — Tít. 47.º, 13, 58.º, 11), quer no que toca à espécie (jogador condenado por sentença em pena de degredo ou dinheiro segundo bem parecer), quer no que toca à própria natureza. São numerosos os exemplos desta última espécie. Assim, prevê-se no Tít. 2.º, 21, para certos crimes considerados de lesa majestade, uma «pena corporal em nosso alvedrio»; no Tít. 23.º, 3, uma pena à quem da morte, segundo alvedrio do julgador; nos Tít. 26.º e 29.º uma pena ao arbítrio do julgador segundo o malefício que se houver cometido; no Tít. 30.º, 11, uma «pena alvidrosa» a determinar pelo juiz; no Tít. 31.º, 4, «uma pena como fôr minha mercê»; no Tít. 32.º, 4 uma pena segundo a qualidade do feito; no Tít. 43.º, 4, estabelece-se que fique o ofensor «à mercê do Senhor Rei para lhe dar pena, qual entender»; no Tít. 45.º, 13, prevê-se uma pena ao alvedrio do rei; no Tít. 52.º, 4, uma pena «segundo a culpa ou malícia em que fôr achado»; no Tít. 58.º, 11, uma pena «qual nossa mercê fôr»; no Tít. 60.º, 3, uma pena «segundo o alvedrio do bom juiz»; no Tít. 100.º, 5, «sob pena de nossa mercê»; no Tít. 105.º estabelece-se que os culpados sejam presos e que «façam deles direito».

Os titulares dos poderes arbitrários assim concedidos eram o rei (Tít. 2.º, 21, 31.º, 4, 43.º, 4, 45.º, 13, etc.) ou os julgadores (Tít. 26.º, 29.º, 30.º, 11, 60.º, 3, etc.).

*Legítima defesa:* — As Ordenações previam no Tít. 64.º o instituto da legítima defesa, estabelecendo que não estava sujeito a pena quem tirasse arma, ferisse ou matasse outrém em defesa própria<sup>1</sup>.

*Efeitos das penas:* — Já vimos que as Ordenações previam certos efeitos ligados às penas, como a infância, confiscação perda de objectos, etc..

*Transmissibilidade:* — A transmissibilidade, pelo menos nos efeitos das penas, é clara, *v. g.*, no Tít. 2.º, 29.

*Desigualdade:* — Uma clara característica do sistema penal das Ordenações é a desigualdade das penas consoante a classe do ofensor e ofendido. É «a famosa e escandalosa diferença» de que falava PASCOAL DE MELO E FREIRE na *Introdução ao Projecto do Código Penal*, relativamente aos adultérios em flagrante, regulados no Tít. 18.º.

Igualmente, certas penas — açoites, tormentos, efeitos infamantes, prisão — não podiam ser, em geral, applicados a Fidalgos de solar, Cavaleiros de espóra, a quem, em regra, eram equiparados os Doutores em Leis, Degredos e Física (Tít. 87.º, 94.º e 80.º).

<sup>1</sup> A legítima defesa era já admitida como causa da exclusão do direito de revindicta por uma lei de D. Diniz de 1303. Nela se estabelecia que, quem em defesa própria ferisse ou matasse outrém que o tivesse ido procurar para lhe fazer mal, não ficaria homizieiro do agressor nem dos seus parentes. Quem, fidalgo ou vilão, desobedecesse a este preceito, incorria em pena de morte.

Cfr. GAMA BARROS, fichas citadas, e JOÃO PEDRO RIBEIRO, *ob. cit.*, págs. 32-33.

Esta desigualdade verificava-se, também, além do mais, na forma de pagamento do anoveado. Assim, o fidalgo ou homem honrado e seu filho não tinham que fazê-lo ao pé da forca; o peão, pelo contrário, devia efectuá-lo nesse lugar, com baraço e as mãos presas às costas (Tít. 65.º, 1).

*Graduação das penas:* — Não se encontram nas Ordenações quaisquer normas gerais sobre a graduação das penas. Em certos Títulos, todavia, (*v. g.*, tít. 25.º, 1, 33.º, 7) manda-se graduar a pena segundo a culpa, e no Tít. 52.º, 4, segundo «a malícia ou culpa em que for achado».

Circunstância muito frequente de agravação é a reincidência (Tít. 16.º, 19.º, 5, 20.º, 5, 65.º, 43.º, 4, 96.º, 3, etc.). Para além disto, e à falta de regras, o arbítrio deveria largamente dominar a applicação da pena.

*A extinção do procedimento penal:* — A pena e o procedimento penal podiam extinguir-se, em certos casos, pelo perdão (Tít. 83.º, 14), que era largamente utilizado para efeitos de povoamento, e pela prescrição (*v. g.*, três anos para os crimes sexuais — Tít. 10.º).

Ao contrário do que hoje sucede, o casamento com a vítima do rouso não extinguia o procedimento criminal (Tít. 6.º, 6).

A limitar o procedimento criminal deve ainda apontar-se a possibilidade de refúgio dos homiziados nos coutos, «sem temor das nossas justiças», desde que se não tratasse de crimes de aleivosia ou traição (Tít. 61.º). Este título refere a concessão de coutos às vilas de Marvão, Noudal, Sabugal, Caminha, Miranda e Freixo de Espada à Cinta, concessão esta baseada na necessidade de repovoamento desses lugares<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> No que toca ao direito de asilo na Igreja, cfr. GAMA BARROS, *ob. cit.*, vol. II, pág. 239.

## § 4.º

Ordenações Manuelinas<sup>1</sup>

As Ordenações Manuelinas, se podem significar um certo aperfeiçoamento no que toca à formulação, tipicização e justificação do crime — aliás sempre prejudicado por um exagerado casuísmo —, bem como um avanço no que toca à regulamentação da tramitação processual, não trazem, ao contrário, qualquer melhoria no quadro punitivo que descrevem.

Deve, todavia, notar-se que caracteriza essas Ordenações uma maior publicização do *jus puniendi*: as seguranças reais contra perigos de vingança (Tít. 50.º) e a proibição do desafio ou repto (Tít. 93.º) procuram claramente limitar a vingança privada e a auto-tutela, assim como as cartas de segurança — espécie de *habeas corpus* — previstas no Tít. 49.º, visam a purificar a acção da justiça.

*Pena de morte*: — Esta pena aparece agora com a maior difusão. Raro é o título em que ela se não previa.

O título 44.º, 7, refere, em geral, o degolamento e enforcamento como formas de execução da pena de morte. Mas noutros lugares previam-se outras, como a morte pelo fogo para os delitos sexuais contra a natureza — sodomia, pederastia, homossexualidade, etc. (Tít. 12.º), para o crime de moeda falsa (Tít. 6.º) e ainda para o incesto (Tít. 13.º).

No Tít. 3.º diz-se que quem cometer o crime de lesa majestade «morrerá naturalmente morte cruel» e no Tít. 10.º, 2, previa-se a morte natural com prévio decepamento de ambas as mãos para quem matasse outrém por dinheiro. O n.º 3 deste Título estabelecia idêntica pena junto do Pelourinho para quem

<sup>1</sup> Quanto à história das Ordenações Manuelinas e suas versões, cfr. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, nota 59, págs. 223 e segs.

matasse utilizando como arma a besta, e o n.º 6 o atanzamento, o decepamento de mãos e a morte na forca para o escravo que matasse o seu senhor<sup>1</sup>.

Estabelecia-se, também, que no caso de condenação à morte à revelia qualquer pessoa podia matar o condenado (Tít. 44.º, 8).

Tal como nas Ordenações Afonsinas, se a pena de morte era ordenada pelo rei suspendia-se a sua execução por vinte dias (Tít. 60.º), e quando era aplicada pelo juiz, admitia recurso para o rei (Tít. 19.º, 1, e 37.º, 4).

*Penas corporais*: — Significando um recuo relativamente ao espírito das Ordenações Afonsinas, nota-se um recrudescimento das penas corporais de mutilação. Assim, o corte de uma mão e de ambas as mãos era, muitas vezes, cominado como pena autónoma (Tít. 10.º, 9) ou como pena que se acumulava com o degredo, os açoites e a pena de morte.

Continuava a prever-se para o blasfemo a agulha albardeira metida na língua, ao mesmo tempo que no Pelourinho era açoitado (Tít. 34.º).

Reapareceu o desorelhamento, *v. g.*, para os ladrões e moiros (Tít. 37.º, 2).

Igualmente ressurgiu uma pena corporal e infamante — a marca de ferro em brasa — não prevista pelas Ordenações Afonsinas. A ela estavam sujeitos os condenados por crimes de feitiçaria (Tít. 33.º, 2), os ladrões — seriam «ferrados no rosto com um ferro que tinha uma forca» (Tít. 37.º, 11) — e os moiros que fôsem para África (Tít. 82.º)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Deve acentuar-se que, como se disse, o corte de mãos não se previa nas Ordenações Afonsinas.

<sup>2</sup> Esta pena de marca de ferro em brasa no rosto foi abolida por D. João III, em 1524. Cfr. *infra*, e *Colecção de Duarte Nunes de Leão*, Parte IV, pág. 417: «Que daí em diante se não ferrasse pessoa alguma no rosto, por furto que fizesse, por se não afeiar a face do homem que é a melhor coisa que nele há».

*Açoites:* — Os açoites eram igualmente previstos com a maior frequência.

Podiam ser indeterminados e arbitrários (Títs. 23.º e 48.º, 4) ou fixos, *v. g.*, vinte (Títs. 34.º, 48.º, 7), dez (Tít. 62.º, 1).

Por vezes cumulavam-se com o corte de mão (Tít. 10.º, 6), outras com o baração e o pregão (Títs. 8.º, 29.º, 4, 33.º, 2).

Aplicavam-se somente a pessoas de baixa condição, excluindo-se, também, os mercadores e burgueses (Tít. 40.º).

Executavam-se através da vila (Tít. 10.º, 6) ou junto aos Pelourinhos (Títs. 34.º, 7 e 62.º, 1).

*Tormentos:* — Os tormentos eram, embora raramente, aplicados como pena repressiva (*v. g.*, o escravo que matasse o senhor seria «atanazado», decepavam-se-lhe as mãos, sendo em seguida morto — Tít. 10.º, 6).

Normalmente apareciam, todavia, como processo de se obter confissões (Títs. 19.º, 2 e 3, e 41.º, 1). Este último refere-se especificadamente ao tormento de açoites por tempo não superior a 30 dias.

Também as pessoas qualificadas estavam, em regra, isentas da sua aplicação (Tít. 64.º).

*Penas pecuniárias:* — As penas pecuniárias são, nestas Ordenações, muito mais frequentes que nas Afonsinas. A cada passo se comina o confisco total ou parcial dos bens, como nos Títs. 3.º, 9, 22.º, 3, 8.º, 29.º, 3, etc.

*Multa:* — A multa é, também, muito vulgar, sob a forma de quantia fixa (Títs. 11.º, 2, 22.º, 26.º, 5, 34.º, 3), do dobro (Tít. 10.º, 4), tresdobro (Tít. 100.º), anoveado (Tít. 98.º, 1), segundo o valor da coisa ou objecto do crime, ou de harmonia com o valor dos bens dos réus (Tít. 25.º).

Previa-se, curiosamente, que as multas poderiam reverter para os presos da cadeia (Tít. 42.º, 25).

*Perda de objectos:* — Com relativa frequência, também, se cominava a perda do objecto do crime (assim, no Tít. 78.º, a perda de armas).

*Penas que affectam a liberdade:*

a) — A servidão penal é rara. Em certos casos, previa-se, todavia, a prisão (Tít. 68.º), e falava-se, também, em incorrer na situação de cativo (Títs. 77.º e 82.º).

b) — *Prisão:* — A prisão aparece frequentemente com carácter preventivo, até ao julgamento e condenação (Tít. 42.º), estabelecendo-se regras contra o seu arbítrio pela indicação dos casos que a admitem. A prisão coercitiva — «até que pague» (Tít. 65.º) —, é menos frequente. Falava-se muitas vezes, todavia, em «pagar na cadeia» a pena pecuniária (Títs. 43.º, 46.º, 48.º, 83.º e 84.º). Estabelecia-se, no entanto, limites à prisão coercitiva: assim, não se permitia que ela excedesse quatro meses ou um ano, findos, os quais os presos que não pagassem seriam degredados (Tít. 110.º), revertendo o que ganhassem a favor dos seus credores, até ao limite da sentença.

A prisão como pena repressiva é rara, mas é prevista nos Títs. 14.º, 1, 37.º, 6 e 103.º, sendo, nestes casos, fixa — quinze ou trinta dias sem remissão; outras vezes a sua duração é arbitrária (Títs. 78.º, 88.º, 11, 10.º, 9, 72.º e 101.º).

Estabeleciam-se normas sobre o regimento dos presos (Tít. 5.º), seus fatos e tonsuras (Tít. 108.º), proibindo-se que os presos se ferissem entre si, sob pena de mão decepada (Tít. 110.º).

Previa-se, igualmente, que certas pessoas qualificadas não fossem detidas nas prisões públicas («presos em ferros»), mas em castelos, em suas casas ou de outrém, sob menagem, etc., (Tít. 67.º) e, por vezes, só sob ordem do rei.

Nota-se uma certa reacção contra prisões arbitrarias (Tít. 53.º, 9) bem como contra a soltura dos presos sem a devida

ordem (Tít. 54.º) e previa-se também a prisão em ferros (Tít. 53.º).

Os presos eram, por vezes, soltos sob fiança para irem para o Ultramar cumprir o degredo (Tít. 91.º).

Admitia-se, também, a prisão privada (Tít. 68.º, 2) quando se não pudesse recorrer à acção da justiça.

*Degredo e desterro:* — O degredo e desterro são muito frequentes. Eram, por vezes, precedidos de baração (Tít. 19.º, 2) e pregão (Tít. 10.º, 3, e 16.º), de corte de mão (Tít. 36.º, 1, 2, 3), de açoites (Tít. 25.º, 2 e 26.º).

Podiam envolver a obrigação de sair da vila, lugar ou termo (Tít. 61.º e 62.º), do bispado (Tít. 26.º), da Corte (Tít. 24.º)<sup>1</sup>, ou do Reino (Tít. 12.º, 2). Outras vezes impunham a ida para um couto (Tít. 25.º, 1), para Ceuta (Tít. 7.º, 3, 9.º, 15.º, 4), para as terras de além-mar (Tít. 10.º, 8 e 9, e 13.º, 2), para o norte de África, muito frequentemente para S. Tomé (Tít. 6.º, 5, 6, 7, 7.º, 1, 2, 5, 8.º, 10.º, 3, 5, 13.º, 4, 15.º, 4, 7), para o Príncipe (Tít. 10.º, 7) e para Santa Helena (Tít. 10.º, 7, e 113.º).

O degredo e o desterro podiam, ser perpétuos (Tít. 6.º, 5, 7, 7.º, 1, 8.º, 36.º, 1), variáveis (Tít. 8.º, 1, 9.º, 13.º, 4, 36.º, 2 e 3) e arbitrários (Tít. 14.º, 3, 16.º, 19.º, 2).

Em certos casos estabelecia-se o degredo com soldo (Tít. 10.º, 9 e 10, *a contrario*).

*Penas infamantes:* — A infâmia era expressamente prevista como consequência de certos crimes (Tít. 3.º, 12, e 12.º), regulando-se também aí os seus efeitos<sup>2</sup>.

O baração e pregão — em audiência ou por toda a vila — eram também muito frequentes (Tít. 23.º, 2, 3, e 37.º, 2).

<sup>1</sup> Sobre os efeitos do degredo da Corte *ctr.* Tít. 107.º.

<sup>2</sup> A pena de morte importava a morte civil (Tít. 94.º), mas admitia-se que se fizesse testamento em favor de certas obras.

Mas, além destas, previstas já nas Ordenações Afonsinas, outras penas infamantes costumeiras foram consagradas, *v. g.*, os açoites, com capela de cornos, para o marido que consente o adultério da mulher (Tít. 15.º, 8), a polaina ou enxaravia — espécie de beatilhã ou toucado vermelho — para as alcoviteiras (Tít. 29.º, 5).

Verdadeiramente bárbaro é o ressurgimento da marca de ferro no rosto, com ou sem força, para os ladrões e feiticeiros.

Previas-se, ainda, a exposição «em hum colar», no Pelourinho ou à Porta da Ribeira em Lisboa, por todo um dia (Tít. 37.º, 11).

O açoite e o baração e pregão eram considerados penas vis e infamantes (Tít. 40.º), comutando-se em degredo para fidalgos e equiparados, e, se a pena base fosse já o degredo perpétuo, seria este agravado com o pregão pela cidade ou vila com uma cadeia no pé (Tít. 40.º, 2).

*Penas acessórias:* — As Ordenações Manuelinas admitiam como pena acessória, e às vezes autónoma, a perda de objectos (Tít. 81.º, 1, 2, 82.º, 3 — perda de navio, 84.º, 88.º, 6). Previas-se, também, a perda de soldos (Tít. 112.º, 25) e mercadorias (Tít. 113.º).

Igualmente se cominava a pena de demissão (Tít. 20.º, 24.º, 1, 42.º, 12, e 54.º); suspensão de cargo (Tít. 56.º, 1, 7, e 108.º), às vezes arbitrária (Tít. 103.º), para funcionários (Tít. 90.º), bem como a perda de honras e de mercês (Tít. 13.º, 3, — «será riscado dos nossos livros e perderá qualquer tença graciosa»).

*Penas arbitrarias:* — Além de todas estas, havia, como nas Ordenações Afonsinas, largo número de penas arbitrarias («até à morte, inclusivé»).

Eram particularmente frequentes as penas arbitrarias nos delitos contra a proibição de comércio no ultramar (Tít. 112.º).

*Efeitos das penas:* — Como vimos, as penas tinham, por vezes, efeitos corporais de facto — açoites, marcas, mutilações — e efeitos infamantes.

*Transmissibilidade:* — Os efeitos infamantes das penas eram com frequência transmissíveis (Tít. 3.º, 12 e 12.º — «seus filhos e descendentes ficarão inábeis e infames»).

*Desigualdade:* — Continua a revelar-se nas Ordenações Manuelinas a mesma desigualdade que anteriormente. Assim, não era cortada a mão aos fidalgos e equiparados, devendo a respectiva pena ser comutada por outras arbitrariedades (Tít. 36.º, 6).

Só que agora, ao lado dos fidalgos e letrados, apareciam também os navegadores ricos a terem isenções e privilégios penais (Tít. 40.º), especialmente em relação aos açoites e pregão, que seriam substituídos pelo degredo (Tít. 40.º, 1).

Os fidalgos e letrados eram também, em geral, excluídos dos tormentos (Tít. 19.º, 2), do pregão pela cidade ou vila, da cadeia no pé<sup>1</sup>.

*Graduação da pena:* — A graduação da pena era, em regra, arbitrária, embora em certos casos se mandasse punir segundo a culpa do delinquente. A reincidência continuava a ser o elemento mais importante da graduação e agravação (Tít. 25.º 1, 26.º e 37.º, 3).

*Extinção das penas:* — O perdão do procedimento criminal para povoamento dos contos era largamente regulado.

Admitia-se, em certos casos, a prescrição (Tít. 23.º, 2, 35.º, 5, 48.º, 6, e 111.º, 5), mas fixava-se noutros, também, a imprescritibilidade (Tít. 112.º, 21).

O casamento com a ofendida, no crime de violação, continuava a não excluir a punição do criminoso.

<sup>1</sup> A desigualdade desaparecida em certos casos, como no crime de furto, moeda falsa ou feitiçaria (Tít. 40.º, 3).

## § 5.º

### Leis Extravagantes Posteriores às Ordenações Manuelinas

Depois das Ordenações Manuelinas foram publicadas várias leis, alvarás ou disposições régias, que modificaram e alargaram aquelas Ordenações e que se encontram reunidas na Colecção de Duarte Nunes do Leão (Parte IV — «Dos Delitos e do Acesso e Eles», págs. 383 e segs).

A leitura das Leis Extravagantes mostra-nos que elas nem alteraram fundamentalmente o sistema penal anterior, nem suavizaram o seu carácter violento.

É certo que, como atrás se disse, uma lei de D. João III<sup>1</sup> ordenou que se não ferrasse pessoa alguma no rosto. Mas, por outro lado, ressurgiram e foram alargados os casos de servidão<sup>2</sup>, intensificou-se a aplicação da pena de morte<sup>3</sup>, multiplicaram-se as penas corporais, como o desorelhamento<sup>4</sup>, renasceu a pena do corte dos pés<sup>5</sup>. E o degredo continuou a ser largamento aplicado — às vezes por delitos insignificantes — na forma de banimento de certo lugar, termo ou vila<sup>6</sup> ou na de imposição de residência nos coutos<sup>7</sup> e nas terras de além-mar.

Várias disposições vieram regular e substituir os lugares de degredo<sup>8</sup>. Pela primeira vez se estabeleceu o degredo para o Brasil — temporário<sup>9</sup> ou perpétuo<sup>10</sup> — e para a Índia.

<sup>1</sup> Colecção cit., pág. 417.

<sup>2</sup> *Idem*, pág. 540: O cativo podia dar-se em trespasse.

<sup>3</sup> *Idem*, págs. 415, 421 e 481.

<sup>4</sup> *Idem*, págs. 415, 416 e 421.

<sup>5</sup> Assim, aquele que passasse gado para fora do reino era publicamente açoitado com barão e pregão, decepando-se-lhe um pé, junto ao Pelourinho — *Idem*, pág. 458.

<sup>6</sup> *Idem*, pág. 458.

<sup>7</sup> *Idem*, pág. 414.

<sup>8</sup> *Idem*, págs. 613 e segs..

<sup>9</sup> *Idem*, pág. 541.

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 412.

Determinava-se que o degredo para África deixasse de ser para lugar certo «porque dele resulta retardar-se às vezes a levada dos presos por se não achar para lá embarcação»<sup>1</sup>.

Proibia-se o degredo para o Príncipe e S. Tomé, substituindo-o por degredo para o Brasil<sup>2</sup> que, em certos casos, *v. g.*, tratando-se de vadios, era cumprido com prisão<sup>3</sup>.

*Galés*: — Outra pena que se regista nesta época é a de galés ou serviço nos navios, regulada expressamente por uma lei de D. João III de 1551, que ordenava que pudessem comutar-se nela outras penas, indicando as pessoas e condições em que deviam ser decretadas, a saber: 1.º — Ter o réu mais de dezoito anos e menos de cinquenta; 2.º — Merecer degredo para o Brasil; 3.º — Entender o julgador que a merecia. Estabelecia-se, também, uma tabela de equivalências, segundo a qual dois anos de degredo para o Brasil seriam comutados com um ano de galés, o degredo perpétuo em dez anos...<sup>4</sup>.

As galés eram penas infamantes que não podiam ser aplicadas a «escudeiros ou daí para cima»<sup>5-6</sup>.

<sup>1</sup> *Idem*, pág. 613.

<sup>2</sup> *Idem*, pág. 615.

<sup>3</sup> *Idem*, pág. 617. Os presos eram levados para o navio que os conduzia ao degredo com cadeias nos pés e colares no pescoço, à excepção dos cavaleiros e escudeiros, que apenas as levavam nos pés — *Cfr.*, ainda, *ibid.*, pág. 612.

<sup>4</sup> *Colecção cit.*, pág. 622.

<sup>5</sup> *Idem*, pág. 622.

<sup>6</sup> A galé era uma embarcação da segunda metade do séc. XVI e princípios do séc. XVII, de remos e vela, mas principalmente de remos, comprida, chegado a ter vinte e cinco bancadas sobrepostas para os remadores, que, em grupo, se chamavam a *chusma*. Os remadores, eram de três classes: *forçados*, *escravos* e *voluntários*. Os *forçados* estavam a cumprir pena e ficavam presos com grilhetas, nunca saindo de bordo. Remavam, cosiam as velas e o vestuário. Usavam a cara rapada e tinham direito a três onças de bolacha. Carne e vinho só tinham quatro vezes por ano: pelo Natal, Carnaval, Pentecostes e Páscoa. Os *escravos* eram mouros, turcos ou negros, que tinham sido aprisionados ou que eram comprados. Remavam, carregavam e faziam aguada. Os *voluntários* eram os combatentes («Enciclopédia Luso-Brasileira», palavra *galé*).

*Prisão*: — Continuava a prever-se a prisão, quer com carácter coercitivo — frequentemente se falava em «pagar da cadeia»<sup>1</sup> —, quer repressiva e, neste caso, frequentemente, com duração fixa de dez dias<sup>2</sup>, vinte dias<sup>3</sup>, trinta dias<sup>4</sup>, ou dois meses<sup>5</sup>.

As Leis Extravagantes continham várias regras sobre a pena de prisão e sua execução<sup>6</sup>. Assim, determinava-se que ela não podia exceder dois meses para os presos pobres alimentados pela Misericórdia<sup>7</sup>, findos os quais deviam ser degredados, tendo preferência nos navios. Proibia-se aos carcereiros vender aos presos vinho ou pão<sup>8</sup> e estabeleciam-se outras regras sobre a carceragem e seu pagamento<sup>9</sup>.

Fazia-se referência a várias cadeias públicas — Aljube, Cadeia do Arcebispo<sup>10</sup>, Limoeiro<sup>11</sup> — e também ao Tronco. Este, porém, parece ter sido um lugar diferente da cadeia. Assim, dizia-se «que, quando alguém fosse preso depois de o sino tocar, podia ser levado ao tronco, contanto que, no dia seguinte, fosse levado à cadeia»<sup>12</sup>, estabelecendo-se penas para quem não respeitasse esta disposição<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> *Idem*, págs. 407, 412, 418, 419, 555, 587, etc..

<sup>2</sup> *Idem*, pág. 400.

<sup>3</sup> *Idem*, pág. 414.

<sup>4</sup> *Idem*, págs. 410, 557, 588, e 408.

<sup>5</sup> *Idem*, págs. 407 e 567.

<sup>6</sup> *Idem*, págs. 604 e segs.

<sup>7</sup> *Idem*, pág. 608.

<sup>8</sup> *Idem*, pág. 607.

<sup>9</sup> *Idem*, pág. 606.

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 619.

<sup>11</sup> *Idem*, pág. 605.

<sup>12</sup> *Idem*, pág. 604.

<sup>13</sup> Estabelecia-se, por outro lado, que os embuçados fossem levados ao tronco «que se ora fez na cidade, e presos em ele. E os Alcaides não levarão as pessoas, que por os ditos casos prenderem, à cadeia da cidade. E no dito tronco lhe darão as justiças a que pertencer seu livramento» — pág. 611, *ob. cit.*

*Penas pecuniárias:* — Nas Leis Extravagantes fixavam-se certas regras relativas à aplicação das multas: que os cativos recebessem a parte delas até então destinada à câmara real<sup>1</sup>, ou que fossem aplicadas em certas obras, como conventos, lugares de Além, de S. Tomé ou do Brasil e que metade do seu valor revertesse para o acusador<sup>2</sup>.

Por sua vez, se o criminoso era pobre, seriam substituídas por degredo arbitrário<sup>3</sup>.

*Desnaturalização e expulsão:* — As Leis Extravagantes previam, ainda, a desnaturalização do reino e senhoriais<sup>4</sup>, bem como a perda de todas as honras, liberdades e franquezas, para nacionais, e expulsão do reino, para estrangeiros<sup>5</sup>.

Uma incapacidade de tipo penal era, ainda, a da proibição do casamento, se o não houvesse<sup>6</sup>.

*Penas arbitrárias:* — Frequentemente se cominava a pena «que sua majestade houvesse por bem».

## § 6.º

### Ordenações Filipinas<sup>7</sup>

As Ordenações Filipinas não apresentam quaisquer aspectos particulares importantes relativamente ao sistema penal das Ordenações Manuelinas, integradas pelas referidas Leis Extravagantes.

<sup>1</sup> *Idem*, pág. 600.

<sup>2</sup> Não deixa de ser interessante notar que já se estabelecia o princípio de se atribuir indemnização de prdas e danos ao ofendido, ainda que este a não requeresse — *Idem*, pág. 603.

<sup>3</sup> *Idem*, pág. 610.

<sup>4</sup> *Idem*, pág. 537.

<sup>5</sup> *Idem*, págs. 535 e 550.

<sup>6</sup> *Idem*, pág. 564.

<sup>7</sup> Sobre a história das Ordenações Filipinas, cf. ALMEIDA COSTA in «Dicionário de História de Portugal».

Assim: a) — A pena de morte continuava largamente a ser utilizada, executando-se por enforcamento (Tít. 80.º, 8), degolamento (Tít. 126.º, 7), pelo fogo (Tít. 12.º e 13.º), sendo, por vezes, precedida de suplícios — morte cruel — (Tít. 6.º, 9)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Quanto à forma de execução de pena de morte, de acordo com MANUEL FERREIRA, *Prática Criminal...*, tomo IV cap. VII págs. 98 e segs., cumpre dizer que, uma vez decretada a sentença, o réu era mediatamente notificado, ficando este primeiro dia destinado à sua penitência e confissão, recebendo no dia seguinte a Comunhão por modo de viático. Contrariamente às restantes penas corporais, só na manhã do terceiro dia a contar da data da sentença de morte, teria lugar a execução, e isto «em reverência do Senhor que recebeo nelle» (*ob. cit.*, pág. 98).

De acordo com a espiritualidade da época, entendia-se que, antes de executado, o réu deveria, sempre, receber os Sacramentos da Confissão e Comunhão, pelo que, no caso de aquele se negar, as diligências suspender-se-iam por algum tempo, a fim de que os padres que assistissem ao condenado (ou, não sendo estes suficientes, outros de «mayor edificação e virtudes» que se mandasse buscar) o convencessem — «porque Deus não despreza os pecadores mesmo nos momentos mais aflitivos, e porque a alma é imortal e não é castigada, podendo o patíbulo mais não ser do que o degrau para a Glória». Tal só não se verificaria na hipótese de crime de «Ieza Magestade Divina» (*v. g.*, heresia), visto que nestes casos a alma do condenado já estaria irremediavelmente perdida.

Chegado o dia do suplício, o réu, acompanhado pelos Irmãos da Santa Casa da Misericórdia, dirigir-se-ia ao patíbulo de uma de três formas: por seu pé, a arrastar ou a atazanar. Quanto ao modo de arrastar (apenas aplicado para crimes muito graves — *maxime*, crime de Ieza Magestade Divina ou humana de primeira cabeça), os Irmãos de Santa Casa da Misericórdia «levão o couro em que o tal padecente vai deitado, no ar, levantando-o do chão; para que aquelle corpo não se vá arrastando, e pizando pelas ruas; pelo qual vay puxando hum cavallo». No respeitante ao atazanamento (também só aplicável em casos particularmente graves), consistia em o algoz, nos locais onde o pregoeiro lançava o pregão, apertar, com uma tenaz em braza, as carnes das costas do réu, que, por sua vez, ia transportado num carro. Note-se, ainda, que, no caminho para o lugar da execução, o condenado era levado por sítios públicos, em ordem a explorar o efeito intimidativo da pena.

Relativamente às formas de dar a morte, as mais usuais eram o garrote, a força e o fogo. Neste último caso, entendia-se que, antes de queimados, os réus deviam ser mortos por outra forma (regra geral pelo garrote — *v. g.*, nos crimes de moeda falsa e bestialidade —, mas também por afogamento — *v. g.* no crime de sodomia), «para que se evite algum perigo da alma

b) — As penas corporais de mutilação, fixas ou arbitrárias, v. g., corte de membros junto do Pelourinho, previam-se, igualmente, com frequência (Tít. 35.º, 39.º, 2, 41.º e 49.º, 1, 2, 3). Mas deixou de se cominar a pena de desorelhamento e a de marca de fogo no rosto para os ladrões, que subsistiu

naquelle rigor do tormento do fogo, que como violento não faça desesperar nelle o tal padecente». Excluíam-se desta prática os autores de crimes contra a religião, que seriam queimados vivos.

Por outro lado, e atendendo ao efeito intimidativo da pena, já atrás referido, as execuções deveriam realizar-se em lugares públicos, salvo nos seguintes casos: tratar-se de ladrões famosos; quando fosse mandado executar no local ou de frente da casa onde o delicto fora cometido; quando o rei tivesse ordenado que a execução se fizesse occultamente. Refira-se, ainda, que a execução não podia realizar-se aos domingos, feriados e dias santos, salvo nos casos de crime de lesa Majestade Divina e naqueles em que o rei o ordenasse.

A execução era levada a cabo pelo algoz (também designado de carrasco ou ministro) — que, escolhido entre as pessoas mais vis, se encontrava preso pelo carcereiro, para evitar que fugisse (*Ord. Fil.*, liv. I, tit. 33, § 8.º). Caso não houvesse algoz, poderia o juiz ordenar a sua substituição por carniceiro ou cortador e, na falta deste, pelo seu esfolador ou aquele que tal officio fizesse. De qualquer das formas, teria, sempre, de tratar-se de pessoa vil: mendigo escravo ou mouro.

Quanto ao destino dos cadáveres — nomeadamente a possibilidade de serem dados aos médicos para neles fazerem anatomia — cfr. MANUEL FERREIRA, *ob. cit.*, tomo IV, pág. 102.

Os gastos dispendidos nas execuções seriam feitos à conta do património do réu, salvo o caso deste não ter bens suficientes — hipótese em que corriam à custa da Justiça.

Cumpra, ainda, referir a questão da dilação da execução. Entendia-se, no tocante a este ponto, que a sentença devia ser executada dentro do mais breve espaço de tempo e «se for criminal de tal sorte, que se aquelle, que estiver condenado à morte, pedir, que o levem ao Príncipe, para lhe revelar huma cousa, que diz respeito e importa muito à pessoa Real, nem neste caso deve ser ouvido, nem se lhe deve conceder o que pede» (*ob. cit.*, pág. 103). A regra não era, todavia, de seguir quando fosse apresentada excepção relevante — para a enumeração e descrição detalhada de tais excepções, cfr. *ob. cit.*, págs. 103 e segs.

Finalmente, a pena de morte não era executada contra pessoas nobres (v. g., cavaleiros e outros semelhantes) sem que primeiro os juizes o fizessem saber ao príncipe. O mesmo regime se applicava «aos que são machanicos, estando prezos na cadeia da Corte» (*ob. cit.*, pág. 112).

apenas para identificar como cativos os mouros convertidos que entrassem no reino (Tít. 111.º, 2).

Os tormentos como meio de obter a confissão eram regulados (Tít. 133.º) e largamente admitidos (Tít. 12.º, 2, 13.º, 6, 19.º, 2 e 37.º, 3).

c) — As penas infamantes eram igualmente reguladas (Tít. 6.º e 13.º) e continuava a mandar-se aplicar o barão e pregão, a capela de cornos (Tít. 25.º) e as polainas ou enxarvias encarnadas para as alcoviteiras (Tít. 32.º).

d) — Continuava a admitir-se a prisão no tronco (Tít. 79.º, 4) e nas cadeias, com carácter preventivo e coercitivo. Estabelecia-se que, no caso de condenação em dinheiro, findo um certo prazo seria o preso degredado, até que ganhasse o suficiente para pagamento da pena (Tít. 139.º, 4).

A prisão preventiva era também regulada (Tít. 119.º) e admitia-se, como no direito anterior, a prisão «sobre sua homenagem» — no castelo da vila, em sua casa, na cidade ou vila — dos Fidalgos de solar, Desembargadores, Doutores em Leis ou em Cânones, em Medicina, Cavaleiros Fidalgos, etc. e mulheres dos sobreditos (Tít. 120.º).

Mantinha-se, em alguns casos, a prisão com carácter repressivo, por vezes arbitrária — «até nossa mercê» (Tít. 46.º) —, por vezes com prazo fixo de quinze dias (Tít. 60), trinta dias, três meses (Tít. 93.º)<sup>1</sup>.

As regras anteriores sobre o degredo eram mais ou menos reproduzidas nas Ordenações Filipinas (Tít. 140.º a 143.º). Continuava a revestir a forma de proibição de residência na vila ou termo, no bispado, na corte (Tít. 27.º) ou a de obrigação de residência em couto — que seria Castro Marim (Tít. 4.º, 26.º e 33.º) — em África, frequentemente no Brasil, ou na

<sup>1</sup> A prisão por dívidas estava regulada no Livro IV, Tít. 76.º e segs..

Índia, S. Tomé, Príncipe e Ceuta deixaram de ser lugares de degredo.

A muita ou pouca idade eram motivo para a conversão do degredo para África em degredo para Castro Marim, embora o tempo fosse dobrado (Tít. 140.º, 3).

Subsistia a pena de galés (Tít. 2.º, 1, 13.º, 3, 6, 60.º, 4 e 80.º, 13), excluindo-se dela os que tivessem idade inferior a dezasseis anos ou superior a cinquenta e cinco, ou enfermidade grave (Tít. 140.º, 4).

As penas pecuniárias, como no direito anterior, podiam ser fixas (Tít. 47.º) ou sob a forma de dote, dobro, tresdobro (Tít. 28), anoveado (Tít. 72.º, 74.º, 83.º, etc.).

A confiscação de bens passou a estabelecer-se com maior frequência e, em regra, paralelamente à pena de morte.

Igualmente se previa a perda do objecto do crime (Tít. 76.º, 77.º), perda do escravo não baptizado (Tít. 99.º), perda de lugar (Tít. 71.º), de honras (Tít. 92.º e 97.º) e a suspensão de funcionários (Tít. 9.º e 11.º).

*Penas arbitrarias:* — Ao lado de todas estas, aparecem, verdadeiramente prodigalizadas, as penas arbitrarias (Tít. 7.º, 10.º, 13.º, 17.º, 3, 18.º, 2, 20.º, 23.º, 26.º, 37.º, 42.º, 48.º, 50.º, 51.º, 60.º, 65.º, 66.º, 72.º, 82.º, 107.º, 108.º, 114.º, 119.º, 135.º ...). É, talvez, este o aspecto mais chocante das Ordenações Filipinas.

O refúgio nos contos, regulado no Tít. 123.º, implicava a extinção, no espaço, do procedimento criminal.

A reincidência era, como no direito anterior, fonte frequente de agravação. Igualmente a idade funcionava como atenuante modificativa arbitrária, mas, em geral, dados os poderes dos julgadores e do rei, as penas fixavam-se discricionariamente.

A ideia da transmissibilidade (Tít. 6.º) e da desigualdade eram, também, patentes. Neste aspecto, a diferença relativa aos fidalgos e equiparados fazia-se, não só para efeito de não

sofrerem certas penas infamantes — argolas ao pescoço na ida para o degredo (Tít. 140.º, 8), galés (Tít. 140.º, 4), prisão em ferros (Tít. 120.º), corte de mão (Tít. 49.º, 6) —, como para graduar a punição, pois, a cada passo, se mandava ao juiz que olhasse à diferença e qualidade das pessoas (Tít. 7.º, 10.º e 89.º, 14)<sup>1</sup>.

### § 7.º

#### Legislação Posterior às Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas foram integradas com outras disposições posteriores, como a de 16 de Janeiro de 1604 sobre Troncos, o Alvará de 19 de Maio de 1584 regulando o destino dos presos condenados a galés, o Alvará de 7 de Janeiro de 1606 sobre a expulsão dos ciganos, a Carta de Lei de 12 de Outubro de 1606 sobre molícia e, especialmente, a chamada Carta de Lei sobre a Reforma da Justiça, de 6 de Dezembro de 1612, em que, além de outras regras, se estabeleceu, no seu n.º 20, *um bárbaro sistema de registo criminal*<sup>2</sup>. A Carta

<sup>1</sup> A desigualdade de direitos para o cônjuge da mulher adúltera consoante fosse ou não fidalgo (Tít. 25.º) era qualificada por PASCOAL DE MELO E FREIRE como «famosa e escandalosa diferença».

<sup>2</sup> Dispunha-se aí: «E porquanto os condenados por ladrões mudam os nomes, de ordinário, de que procede não serem conhecidos, quando outras vezes são presos, e assim ficam sem se lhes dar a pena que merecerem pela reincidência dos delitos, e com esta confiança os tornam a cometer, sem tratarem de se emendar, pelo que se usou já no Reino signalarem-se semelhantes delinquentes — daqui em diante aos tais delinquentes se lhes porá um sinal com fogo em uma das espáduas: aos do distrito da Casa da Suplicação um «L» e aos da Casa do Porto, um «P»; e, sendo achados segunda vez com outro furto, que provado não mereça morte, se lhes porá o segundo sinal de uma forca, com que serão conhecidos, posto que mudem de nome, e castigados com pena

régia de 4 de Maio de 1617 fixava as regras para a comutação do degredo para o Maranhão, a Carta de 11 de Janeiro de 1617 concedia três dias aos condenados à morte, antes da sua execução, o Alvará de 7 de Novembro de 1619 estabelecia o perdão e comutação das penas para os criminosos que se alistassem no Terço para a Flandres, a Carta Régia de 1639 continha regras sobre as cadeias e rapidez da justiça criminal, as de 27 e 30 de Junho ordenavam, respectivamente, que as cadeias fossem visitadas e os réus sentenciados para as galés e que os ciganos fossem presos e enviados para as galés, etc..

### § 8.º

#### Restauração

Como é sabido, as Ordenações Filipinas, bem como toda a restante legislação promulgada durante o domínio filipino, subsistiram depois da Restauração por força do Alvará de 29 de Janeiro de 1643, que «houve por bem de revalidar, confirmar, promulgar e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco livros das Ordenações e leis que neles andam, se cumpram e guardem como até ao presente se praticaram e observaram»<sup>1</sup>.

Logo, porém, se lhes seguiram outras leis e assim, *v. g.*, a referente à prisão de vadios (16 de Março de 1641), à comutação do degredo para África em degredo para Castro Marim, Maranhão e outras conquistas do Brasil (13 de Dezembro de

capital, por reincidir terceira vez no mesmo crime; e querendo emendar-se, nunca poderá ser visto o dito sinal, de modo que os infames — *Vide Assento de 30 de Abril de 1613 e Alvará de 31 de Março de 1742.*

<sup>1</sup> *Vide HENRIQUES SBCO, Revista de Legislação e de Jurisprudência, vol. IV, pág. 579.*

1685), à comutação para o Maranhão, em substituição de África, da pena de expulsão dos ciganos (27 de Agosto de 1686), à pena de desnaturalização (Dec. de 15 de Março de 1663).

Continuou a reagir-se contra os desafios (Alvará de 16 de Junho de 1668), contra o uso de facas de ponta aguda (Alvará de 23 de Junho de 1678), contra o uso de ferros e a prisão rigorosa de escravos (30 de Setembro de 1693). Um Decreto de 23 de Setembro de 1701 previa, também, a prisão de vadios para soldados na Índia. Interessante, pela novidade, é o castigo dos vadios e mendigos com trabalhos nas obras da cidade, previsto no Alvará de 4 de Novembro de 1755.

No reinado de D. José verifica-se um ressurgimento do antigo rigor repressivo, especialmente para os crimes de lesa majestade (Carta Régia de 21 de Outubro de 1757, Alvará de 17 de Janeiro de 1759, Lei de 3 de Agosto de 1770).

Renova-se, nas leis desse tempo e quanto a este tipo de crimes, a ideia da transmissibilidade da infâmia, que abrangeria os filhos e netos (Lei de 25 de Maio de 1773, § 3.º, e Lei de 3 de Agosto de 1770, § 11.º, que faz reputar «secas, áridas e caducar as linhas para a sucessão nos morgadios»). Uma Lei de 12 de Junho de 1769 estabelece a pena de morte e de confisco para os sigilistas e a infâmia para os filhos e netos dos herejes é cominada pela Lei de 25 de Maio de 1773<sup>1</sup>.

Mas, revelador já de uma tendência humanitária, o Alvará de 3 de Outubro de 1758 prevê várias sanções contra os carcereiros que não dessem comida suficiente aos escravos presos ou que os metessem em correntes e trabalhos.

*Tendência para mitigar o rigor punitivo:* — O pensamento iluminista começou, todavia, a fazer-se sentir posteriormente

<sup>1</sup> *Cfr. HENRIQUES SBCO, História do Direito Criminal Português, desde os mais remotos tempos, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», vol. IV, págs. 450 e segs.*

no sentido de corrigir o rigor do sistema punitivo anterior. Assim, o Alvará de 5 de Março de 1790 procurou promover a rapidez da justiça, porque «menos padecerão os presos detidos no cárcere, onde se entorpecem e fazem inúteis os seus braços», limitando a cinco dias o máximo do segredo; este mesmo diploma ordenava a comutação das penas de certos delitos em degredo para a Índia. O Decreto de 7 de Janeiro de 1797 autorizou a comutação da pena de morte no cargo de carrasco e o Decreto de 11 de Março do mesmo ano ordenou a comutação da mesma pena em degredo perpétuo para Moçambique relativamente aos réus que tivessem menos de quarenta anos de idade, exceptuando os réus de crimes atrocíssimos, e a de outras penas em degredo temporário para a Índia e Moçambique<sup>1</sup>. O Decreto de 12 de Dezembro de 1801 mandava rever na Casa da Supplicação os processos dos réus existentes na cadeia pública, condenados por sentença definitiva à morte e a outras penas que podem comutar-se em galés, perpétuas ou temporárias, para que assim se faça segundo a grandeza dos crimes, empregando-os nos trabalhos públicos da cidade de Lisboa; mandando que nessa conformidade se sentenciassem os processos daqueles réus que ainda não estivessem julgados, embora exceptuando os réus de crimes enormíssimos, nos quais devia ter lugar a execução da pena última<sup>2</sup>.

O Decreto de 11 de Janeiro de 1802 interpretava o anterior e declarava quais os crimes enormíssimos que continuavam sujeitos à pena de morte. Salvo quanto a estes crimes, os criminosos eram entregues ao intendente da polícia que os ocupava, mesmo no caso de condenação a galés, em trabalhos públicos. E, assim, na prática aquela pena veio a transformar-se nesta<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Apud* HENRIQUES SECO, *loc. cit.*, pág. 581.

<sup>2</sup> Cfr. HENRIQUES SECO, *ibid.*

<sup>3</sup> Cfr. HENRIQUES SECO, *ibid.*

A tudo isto deve acrescentar-se que muitas das penas de mutilação previstas na lei tinham, há muito tempo, entrado em desuso<sup>1 2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. PEREIRA E SOUSA, *Classe dos Crimes*, pág. 24, nota 35, PASCOAL DE MELO E FREIRE, *Instituciones*, §§ 15.º e 29.º, e ainda HENRIQUES DA SILVA, *Direito Penal*, vol. II, pág. 52, nota 1.

Note-se que a citada Lei de 5 de Março de 1790, § 12.º, reconhece legalmente terem os tormentos caído em desuso. Cfr., sobre este aspecto, BERNARDO JOSÉ DE CARVALHO, *Legítima in Lusitania Crudelium Poenarum Desuetudine* 1806, manuscrito de dissertação existente na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra e traduzido por JOAQUIM DE SOUSA E CASTRO, dissertação de licenciatura, 1952, existente na Biblioteca da Faculdade de Direito de Coimbra.

<sup>2</sup> Na sua *Classe dos Crimes* (pág. 22, § 21.º), PEREIRA E SOUSA divide as penas em capitais e não capitais. Acrescenta em nota (33) que «também alguns distinguem entre penas honestas e vis, e entre penas legítimas ou ordinárias, e arbitrarias ou extraordinárias. São penas honestas aquelas que não infamam o culpado, e são penas vis aquelas que lhe trazem vileza e infâmia. Penas legítimas ou ordinárias são as que estão impostas nas Leis; e penas arbitrarias ou extraordinárias são as que a Lei deixa ao arbítrio do magistrado. A divisão de penas públicas e particulares ou convencionais não tem aqui lugar, porque as penas particulares e convencionais, que só respeitam ao interesse, só impropriamente se chamam penas».

As penas capitais (§ 22.º), subdivide-as: *primeiro* em mortais, *segundo* corporais, e *terceiro* contra a liberdade. A propósito destas (nota 36), diz virem a ser o que se chama morte civil. «Esta é a privação dos direitos de cidadão. Produzem este efeito o degredo para sempre para as galés, o cárcere perpétuo, e a desnaturalização ou exterro perpétuo para fora do reino. Tira-se a liberdade ao cidadão ou para o segurar, ou para o punir do abuso que faz dela, em prejuízo da ordem social. No primeiro caso a prisão é uma caução, no segundo é um castigo. Devia, pois, haver duas sortes de cadeias para se não misturar o cidadão, talvez inocente, com o culpado, dando-se-lhe logo uma antecipada pena. Quando o crime depende menos da habitação do culpado, que das suas inclinações viciosas, ou da sua miséria, a pena de degredo não tem aplicação útil. O desterro, porém, é a pena natural para os estrangeiros culpados».

As penas não capitais, subdivide-as em: *primeiro* aflitivas, *segundo* infamantes, *terceiro* pecuniárias, e *quarto* eclesiásticas. A respeito das primeiras anota (37): «as penas aflitivas ou de correcção tendem a privar o réu da liberdade, por algum tempo. São castigados com estas penas aqueles que cometeram crimes menos graves, e que não anunciam no agressor uma total perversidade. Tais são os crimes a que conduzem a ociosidade, a libertinagem, e os que nascem mais da imprudência que da malícia. Enquanto os réus estão privados da liberdade, é necessário ocupá-los em trabalhos que eles possam continuar

## § 9.º

## Tentativas de Reforma da Legislação Penal

A mais importante influência do pensamento reformador iluminista que dominava na época, traduziu-se, todavia, na criação, pelo Decreto de 31 de Março de 1778, duma comissão para a reforma de toda a legislação<sup>1</sup>. A junta nomeada foi agregado PASCOAL DE MELLO FREIRE, por resolução régia de 1783, que veio a ficar encarregado da parte do direito público e do direito criminal e que, em 1789, apresentou os respectivos projectos, nos quais procurou largamente modificar o sistema penal vigente.

Assim, logo em *O Novo Código de Direito Público de Portugal*<sup>2</sup>, Tít. 3.º, anunciava: § 24.º — «Quando nós condenarmos alguém à morte, verbalmente, e sem figura de júzo, ou a

depois de recobrem a liberdade. De outra sorte se tornarão piores que dantes».

No que toca às segundas, observa por sua vez: «as penas infamantes tendem a privar o réu das honras e vantagens da sociedade. A infâmia é a privação da honra, a qual nada mais é, na aceção vulgar, que a consideração devida a um cidadão pelo desempenho que ele faz dos seus deveres. Para a pena infamante ser justa não se deve aplicar senão às acções verdadeiramente infames, isto é, contrárias ao bem público. Declarar infames — diz BECCARIA, *Tratado dos Delitos e das Penas*, § 23 — acções indiferentes em si mesmas, é diminuir a infâmia daquelas que merecem ser efectivamente notadas. Há duas espécies de infâmia, uma de facto, outra de direito. Aquela não é ditada pela lei, mas pela opinião pública. Tem, porém, toda a força que dão a privação da estimação e o sentimento da sua perda. A infâmia de direito é a legal, porque ela é imposta pela lei. As penas que entre nós produzem a infâmia são: I. forca, II. galés, III. cortamento de membro, IV. açoutes, V. marca nas costas, VI. barão com cadeia pelo pescoço, a que chamamos barão pregão».

<sup>1</sup> Sobre a composição da Junta e da Comissão revisora, cfr. COELHO DA ROCHA, *cit.*, § 257; SILVA FERRÃO, *Teoria do Código Penal*, vol. I, pág. 52; HENRIQUES SBCO, *Rev. de Leg. e de Jur.*, ano IV, pág. 580; e HENRIQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 57.

<sup>2</sup> Publicado com as provas pela primeira vez em 1844, em edição da Imprensa da Universidade de Coimbra.

cortamento de membro, mandamos, que a execução seja espaçada até 20 dias; guardando-se nas condenações judiciais, por nós feitas, ou por nossas Relações, o tempo do costume para a sua efectiva execução» (Ordenações, Livro V, Tít. 138.º); § 25.º — «E como as penas devem ser à proporção dos delitos, e aumentar-se ou diminuir-se segundo pedir a segurança pública, a qual, de nenhum modo, se pode conseguir, suposta a malícia dos homens, sem as penas de morte natural, ou civil, e de infâmia, degredo, cárcere perpétuo ou temporal, e pecuniárias; ordenamos, que as três primeira somente possam, efectivamente, ser impostas pelas nossas Relações, onde serão remetidas as devassas e querelas pelos juízes subalternos, que as tirarão, para aí se processarem e julgarem» (Ordenações, Livro I, Tít. 65.º, § 33.º, Alvará de 20 de Outubro de 1763, § 1.º); § 26.º — «Nas penas legais não tem o juiz arbítrio, senão quando a lei expressamente lhe concede, e só o pode ter nas judiciais, segundo a contumácia do réu, qualidade e valor da causa principal, o qual nunca pode exceder nem as partes a respeito das penas, em que convieram entre si» (Ordenações, Livro IV, Tít. 70.º, no princ.); § 27.º — «Igualmente não tem arbítrio sobre a aplicação da pena, senão no caso de lhe ser deixado expressamente; pois, não o sendo, deve ser aplicada para o nosso fisco, e Câmara Real, a quem pertencem todas as que não têm certa e determinada aplicação» (Ordenações, Livro II, Tít. 26.º, § 18.º, e Livro V, Tít. 137.º).

Por sua vez, o Tít. 4.º do seu projecto de Código Criminal<sup>1</sup> dispunha: «O castigo necessário, que a lei faz sofrer ao criminoso,

<sup>1</sup> Este projecto só foi publicado em 1823, por MIGUEL SETÁRO, com o título: *Ensaio do Código Criminal a que mandou proceder a Rainha Fidellssima, D. Maria I*, composto por PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE; nesse ano foi publicada uma outra edição: *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria*. AUTOR PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, 2.ª edição, castigado, dos erros, corrector o licenciado Francisco Freire de Mello. Por sua vez, em 1844, foi publicada uma terceira edição, com as provas, pela Imprensa da Universidade.

tem por fim não só a reparação do dano já feito, mas obstar e impedir que ele continue a fazer mal, e que os outros o façam com o exemplo da sua impunidade. § 1.º — 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.º — 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 género de morte lenta e vagarosa, e à força de repetidos golpes e tormentos. § 3.º — Será portanto a morte do 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 Tít. 65.º. § 4.º — E sempre em presença e por autoridade da justiça; porque nem o condenado à morte, fugindo da prisão ou lugar do suplício, nem o ausente julgado e pronunciado por banido, pode ser morto por qualquer pessoa do povo; mas todos o poderão prender. § 5.º — Quando nós condenarmos alguma pessoa à morte, ou a que lhe cortem algum membro, por nosso próprio movimento, sem outra ordem e figura de julzo, a execução será espaçada até vinte dias, da forma que já fica determinada no nosso *Código de Direito Público*, Tít. 3.º, § 24.º. § 6.º — A pena de desnaturalização, e de degredo dentro ou fora do reino, assim perpétuo, como temporal, entra no officio do julgador; mas sem especial ordem nossa ninguém poderá ser condenado e mandado sair fora dos nossos reinos e domínios. § 7.º — A pena e tempo de prisão, o seu rigor ou suavidade, e o género do trabalho do preso serão declarados na sentença, segundo a qualidade e gravidade do crime. Os melhores lugares das prisões se darão aos que se prenderem por segurança e suspeitas, ou por crimes leves. § 8.º — A pena de infâmia de feito, consequência necessária de todo o delito, pende mais da estimação dos homens, do

do que da lei; na de direito se incorre em todos os crimes verdadeiramente infamantes, como são os morais, os de traição, aleivosia, falsidade, furto e outros expressamente nomeados neste Código, e sempre se declarará na sentença. § 9.º — Os juízes não poderão aplicar as multas e penas pecuniárias, que não tiverem certo destino e aplicação, para si ou para os seus officiais, nem para as despesas da Relação ou do Concelho. § 10.º — Posto que semelhantes penas pertençam ao nosso fisco, nós as doamos por esta Ordenação aos lugares pios, e concedemos que os nossos ministros as possam aplicar a seu arbítrio perca as obras públicas e piedosas do lugar e seu termo, ou da comarca. § 11.º — Ainda que o criminoso condenado à morte perca os seus bens, não lhe serão contudo tomados e confiscados, tendo descendentes em qualquer grau, ou transversais dentro do terceiro. § 12.º — Nos crimes grandes tem lugar o confisco naqueles bens, e quantidade somente declarada por nossas Ordenações. § 13.º — Os juízes farão dar os mesmos castigos e penas corporais e infamantes a todos os criminosos, sem distinção de pessoa, naqueles casos, em que a lei a não fizer; nas pecuniárias, deixadas ao seu arbítrio, devem fazer sempre a diferença entre o rico e o pobre. § 14.º — A qualidade da pessoa, e a sua maior inteligência e entendimento não desculpa, antes agrava o delito; e por consequência não diminui, antes aumenta a pena».

A comparação destas ideias com as várias sanções previstas na parte especial mostra, porém, que o pensamento de PASCOAL DE MELO FREIRE apenas se limitava a atenuar o rigor das penas das Ordenações.

No fundo o sistema punitivo mantinha-se sensivelmente o mesmo.

Assim, é certo que se reagia contra a pena de morte pelo fogo, mas concedia-se que, em certas hipóteses, a execução da morte se fizesse em termos cruéis (§ 1.º e § 2.º do Tít. 45.º).

Nos casos de crime de alta traição (Tít. 13.º, § 16.º) a execução era verdadeiramente bárbara.

A infâmia era também cominada (§ 8.º do Tít. 4.º) e, nas Provas, ponderava o autor: «Tenho para mim que esta pena se não deve inteiramente abolir como alguém quer, pelos bons efeitos que ela produz; não deve, porém, prodigalizar-se e muito menos deixar-se ao arbítrio do juiz».

O barço e pregão eram igualmente utilizados e previa-se a própria danação da memória (§ 29.º, Tít. 4.º).

Se as penas corporais como o corte de membros e a marca de ferro em brasa eram proibidas, admitiam-se, porém, largamente os açoites.

Continuava a usar-se o degredo nas formas das Ordenações e, com frequência, a pena de galés e servidão nas obras públicas («servos do público e da pena» — Tít. 15.º), podendo qualquer delas ser perpétua.

Como no direito anterior a pena de prisão era prevista na forma coercitiva — «pague da cadeia» —, preventiva e, por vezes, embora sem qualquer sistema legal, na forma repressiva, agora ampliada quanto à duração, pois podia ser perpétua.

Fixavam-se, todavia, algumas normas sobre prisões (§ 7.º do Tít. 4.º; §§ 7.º e 12.º do Tít. 20.º)<sup>1</sup>.

Previam-se, ainda, penas pecuniárias, de desnaturalização, de demissão e de supressão de direitos.

Curiosas são as normas que mandavam internar os dementes nas prisões para loucos (Tít. 8.º, § 2.º) e as mulheres adúlteras nas casas de correcção e conventos (Tít. 11.º, § 4.º).

Do princípio da intransmissibilidade da pena consignado no § 35.º do Tít. 4.º resulta a proibição da confiscação de bens (§ 11.º).

<sup>1</sup> No Código de Direito Público, também se estabeleciam regras sobre prisões (v. g., Tít. 42.º, § 58.º).

Mas este princípio admite excepções, pois no caso do crime de alta traição ordenava-se a destruição e salgamento da casa do réu (§ 18.º do Tít. 13.º), a confiscação dos seus bens (§ 19.º) e admitia-se mesmo (§ 26.º), contra o disposto no Tít. 66.º, o procedimento criminal depois da morte do traidor.

De saudar é, porém, a igualdade da lei para todos, que em princípio previu (Tít. 4.º, § 14.º), a abolição dos tormentos como meio de prova (Tít. 48.º), bem como a regulamentação sistemática da extinção do procedimento criminal e da atenuação e agravação, reguladas, respectivamente, nos Tít. 66.º e §§ 15.º e seguintes do Tít. 4.º.

No § 29.º deste Título estabelece-se, todavia, uma bárbara regra de agravação. E, tendo-se condenado a arbitrariedade como forma de agravação, vem-se a admiti-la, v. g., no § 2.º do Tít. 7.º, ao estabelecer-se como limite da pena, na terceira reincidência, o arbítrio do julgador.

Tudo isto, a que se pode juntar o uso de penas arbitrárias, mostra que PASCOAL DE MELO FREIRE se ressentiu de alguns defeitos das Ordenações, prejudicando muitos dos bons princípios coligidos nos seus compêndios, como dizia SOUSA PINTO<sup>1</sup>.

## § 10.º

### A revolução liberal

O projecto de PASCOAL DE MELO FREIRE não foi, por razões várias<sup>2</sup>, posto em vigor, mantendo-se as Ordenações.

Mas as Cortes saídas da revolução liberal reafirmaram, todavia, a necessidade de modificação da legislação criminal e,

<sup>1</sup> Cfr. *Lições*, pág. 31.

<sup>2</sup> Costumam citar-se as críticas do Dr. RIBEIRO DOS SANTOS, ao projecto do Código de Direito Público e o clima da época.

recusando em 1821 o projecto de J. BENTHAM<sup>1</sup>, logo em 23 de Novembro desse mesmo ano nomearam uma comissão para elaborar o Código Criminal, que infelizmente nunca chegou ao fim da sua tarefa.

No entanto a Constituição Política de 23 de Setembro de 1822 garantia no seu art. 11.º: «Toda a pena deve ser proporcional ao delicto e nunca passar da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o barão e pregão, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis e infamantes».

Por sua vez a Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826 reafirmava no art. 145.º, § 18.º: «Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis»; § 19.º: «Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes, em qualquer grau, que seja»; § 20.º: «As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme as circunstâncias e natureza do seu crime».

Ao mesmo tempo (§ 17.º do art. 145.º) prometia-se organizar, quanto antes, um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.

*Projecto de José Manuel da Veiga* — E assim o Decreto de 18 de Agosto de 1832 e a Lei de 25 de Abril de 1835 — que prometia uma gratificação de oito contos de réis ao autor de um projecto — procuraram promover a feitura de um Código Criminal. Entretanto é provisoriamente aprovado em 1837 o projecto

<sup>1</sup> Autor do célebre *Pan-opticum* (cfr. *infra*), cuja construção foi inicialmente aprovada pelo Parlamento inglês; ofereceu-se também à França como construtor e inspector de prisões. PHILIPSON, *Three criminal law reforms: Beccaria, Bentham, Rolly*, considera o Código de BENTHAM como uma «massa de incongruências, absurdos, contradições e barbaridades».

de JOSÉ MANUEL DA VEIGA, que em 1833 por ele havia sido apresentado<sup>1</sup>.

Eram as seguintes as penas que nele se previam: morte; trabalhos públicos; reclusão; degredo; exílio; prisão correccional<sup>2</sup>; degredo para fora da vila e termo; suspensão temporária de alguns direitos políticos, civis e de família; multa e apreensão; sujeição à vigilância da polícia (arts. 8.º, 9.º e 10.º do Tít. 2.º). No art. 11.º do Tít. 2.º estabelecia-se o princípio *nulla poena sine lege* e os arts. 14.º a 58.º definiam as várias penas enunciadas, que eram individuais e agravadas e atenuadas nos termos do Tít. 6.º.

Representa este projecto, relativamente ao de MELO FREIRE, um indiscutível avanço. Não aparecem os açoites, as mutilações, as execuções bárbaras, a transmissibilidade e a própria pena de morte. Esta última, considerada no Relatório condenável pela «sã filosofia», era só mantida por razões pragmáticas. Enuncia-se claramente o valor da prisão no sistema repressivo e na luta contra a criminalidade e nota-se, por outro lado, uma grande atenuação do rigor punitivo anterior.

Apesar disso, o Projecto de JOSÉ MANUEL DA VEIGA não foi, infelizmente<sup>3</sup>, posto em execução.

E a Constituição de 20 de Março de 1838 volta a repetir (arts. 20.º, 21.º e 22.º): «Ficam abolidos todos os privilégios que não forem essencialmente fundados em utilidade pública.

<sup>1</sup> Cfr. sobre isto SILVA FERRÃO, *ob. cit.*, vol. I, pág. 57, onde se transcreve o Decreto de 4 de Janeiro de 1837, aprovando o projecto.

<sup>2</sup> No art. 457.º e segs. estabeleciam-se as várias regras sobre prisões, admitindo-se já um princípio de separação, segundo a qualidade das pessoas que as haviam de habitar; fixando-se a obrigatoriedade do trabalho para os presos que se alimentassem à custa do cofre das prisões e frisando-se que do produto do trabalho se reservasse um pecúlio para ser entregue ao preso quando fosse solto...

<sup>3</sup> «Lamentamos e muito — escreve SILVA FERRÃO, *ob. cit.*, pág. 58 — que o mesmo Código não chegasse a ser promulgado».

Ficam proibidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro e todas as mais penas e tratos cruéis. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente: não haverá, em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia dos réus se transmitirá aos parentes».

Recusada a oferta de CARMIGNANI<sup>1</sup>, foi, finalmente, nomeada uma nova comissão em 10 de Dezembro de 1845 com funções limitadas, à parte criminal, por Decreto de 8 de Agosto de 1850, vindo a ser por ela apresentado o projecto do Código Penal de 1852<sup>2</sup> que, entrando em vigor nesse mesmo ano, alterou completamente o nosso sistema punitivo<sup>2</sup>.

### § 11.º

#### O Sistema Punitivo do Código de 1852 e sua evolução posterior

As penas previstas no Código de 1852 eram as seguintes:

*Penas maiores* (art. 29.º): 1.º — a pena de morte; 2.º — a de trabalhos públicos; 3.º — a de prisão maior com trabalho, ou simples; 4.º — a de degredo; 5.º — a de expulsão do reino; 6.º — a da perda de direitos políticos.

*Penas correcionais* (art. 30.º): 1.º — a pena de prisão correcional; 2.º — a de desterro; 3.º — a de suspensão temporária dos direitos políticos; 4.º — a de multa; 5.º — a de repreensão.

*Penas especiais para os empregados públicos* (art. 31.º): — 1.º — a pena de demissão; 2.º — a de suspensão; 3.º — a de censura.

<sup>1</sup> Cfr. sobre isto HENRIQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 64, e autores aí citados.

<sup>2</sup> Cfr., sobre as vicissitudes da Comissão e os graves acontecimentos a que se refere o relatório, HENRIQUES DA SILVA, vol. II, pág. 66.

### I — *Penas maiores*

A) — *Pena de morte*: — Entendeu a comissão que elaborou o Código de 1852 «que ainda não era chegado o tempo em que a pena de morte pudesse ser de todo eliminada das nossas leis penais; só a admitindo, entretanto, nos muito raros casos em que a sua justiça e indispensável necessidade não pode ser razoavelmente contestada». E, assim, a prevê no n.º 1 do art. 29.º.

Todavia, procurou reduzir-se ao mínimo o sofrimento que ela importa, determinando-se que «consiste na simples privação da vida» (art. 32.º), e proibiu-se a sua agravação (art. 78.º, § 1.º) e a sua aplicação a menores de 17 anos (artigo 71.º).

No art. 52.º previa-se, entretanto, que a condenação à morte «fazia perder todos os direitos políticos; e bem assim a propriedade, posse e administração de todos os seus bens, que imediatamente passam aos seus sucessores legítimos, não podendo fazer testamento e sendo de nenhum vigor o que já tiver feito».

A esta verdadeira incapacidade não só política como civil — de que a portaria de 11 de Setembro de 1866 veio a exceptuar o casamento — correspondia mesmo uma forma de interdição regulada nos arts. 355.º e segs. do Código Civil.

A pena de morte, de valor ainda hoje tão discutido, que já havia sido abolida para os crimes políticos pelo art. 16.º do Acto Adicional de 1852, veio igualmente a ser abolida pelo art. 1.º do Decreto de 1 de Julho de 1867, alargado ao Ultramar por Decreto de 19 de Junho de 1870, para os crimes comuns e, nos termos do art. 3.º desse mesmo diploma de 1 de Julho de 1867, substituída pela pena de prisão maior celular<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Segundo opinião muito generalizada, cfr. CAIRO DA MATA, *Direito Criminal*, vol. I, pág. 285, e Relatório do projecto de 1861, pág. 222, Doc. n.º 4, a pena de morte não se executava desde 1846. Esta opinião é, todavia,

B) — *Pena de trabalhos públicos*: — Esta pena, já prevista pelo direito anterior e que o art. 29.º, n.º 2, do Código de 1852, mantinha, consistia em ser o condenado nela «empregado nos trabalhos mais pesados com corrente de ferro no pé, ou com cadeia presa a outro companheiro, se a natureza do trabalho o permitir» (art. 33.º do mesmo Código).

Podia ser agravada com trabalho no Ultramar (art. 48.º), mas não era, todavia, aplicável «às mulheres, aos menores de dezassete anos, aos maiores de sessenta e aos que tiverem tal enfermidade que não possam servir nos trabalhos públicos» (art. 72.º), caso em que se convertia em prisão.

Esta pena, que podia ser perpétua ou temporária, oscilando neste caso entre três e quinze anos (art. 33.º), implicava uma interdição quase total (art. 53.º e § único do art. 54.º).

Verdadeiramente ela era ainda uma pena corporal — por vezes uma pena de morte prolongada —, que não visava a regeneração social do criminoso mas tão só aplicar-lhe um penoso sofrimento físico<sup>1</sup>.

Tudo isto, ligado à publicidade e humilhação moral que implicava<sup>2</sup>, fez erguer contra ela uma forte corrente que, tendo começado por impedir que se executasse rigorosamente na prática<sup>3</sup>, conduziu à sua abolição teórica pelos arts. 2.º e 5.º

considerada inexacta por HENRIQUES SÊCO, *Memórias de Tempo Passado e do Presente*, vol. I, pág. 451 e nota a) da pág. 489.

<sup>1</sup> Cfr. LIZI-SCHMIDT, *Strafrecht*, pág. 363.

Era verdadeiramente uma reminiscência da «*damnatio ad metallum*» do direito romano. Cfr. GRÜNHUT, *Penal Reform*, pág. 250, e KRIBGSMANN, *Gefängniskunde*, págs. 14 e 36, que acentua o papel que ela teve como substitutivo da pena de morte (cfr. *supra*) e pretende enquadrá-la como espécie da pena de prisão.

<sup>2</sup> CHAUVEAU e HÉLIE, Edição Nypels, n.º 142 e segs., consideram, também, que a grilheta podia conduzir a desigualdades relativas entre os condenados mais ou menos fortes e à possibilidade de fácil contacto entre eles.

<sup>3</sup> Relatório da Reforma Penal de 1884, *Diário das Sessões da Câmara dos Deputados*, pág. 593.

da Lei de 1 de Julho de 1867. E dizemos teórica, porque se admitiu que ela fosse aplicada em alternativa até se concluírem os estabelecimentos penais previstos por esta Lei (art. 64.º, § único).

Deste modo, só pelo art. 47.º e 48.º da Reforma de 1884 é que tal pena foi definitivamente abolida dos nossos quadros legislativos.

### C) — *Penas privativas da liberdade*:

a) — *Prisão*: — Abolidas as penas corporais em sentido próprio<sup>1</sup>, havia que substituí-las por outro tipo de sanções. E este foi para o Código de 1852, como para todos os sistemas produtos do iluminismo<sup>2</sup>, a *prisão*.

Pode mesmo dizer-se que a larga cominação desta pena e sua possível longa duração constitui a característica mais saliente do sistema penal do Código de 1852 e, sem dúvida, também um dos seus méritos.

#### I — *Sua execução*:

Só que, quando melhor se considera a sua estrutura e modo de execução, tal como se acham previstas no Código de 1852, logo se colhe a convicção de que, embora esse facto represente uma perfeita revolução no nosso sistema punitivo, na medida em que substitui as penas corporais previstas na legislação anterior, de nenhum modo corresponde ao sentido moderno da prisão, entendida como um sofrimento, um mal infligido ao condenado pela privação da liberdade que, todavia, envolve, ao mesmo

<sup>1</sup> Note-se que certos autores classificam a prisão como pena corporal. Rigorosamente, porém, não pode assim considerar-se visto tratar-se tão só da privação de uma faculdade ou direito.

<sup>2</sup> Cfr. VON HIPPEN, vol. I, pág. 280.

tempo, uma finalidade de regeneração, reeducação e readaptação social, sentido esse que já ao tempo da promulgação do Código de 1852 fortemente se punha em relevo como resultado duma sua longa evolução.

1) — *Origem histórica* — Depois da investigação de VON HIPPEL, (*Beitrag z. Geschichte d. Freiheitsstrafe*<sup>1</sup>), a pena de prisão, tal como modernamente se entende, pode reconduzir as suas origens às célebres *Zuchthäuser* de Amesterdão.

Certo que já anteriormente as leis e costumes falavam em prisão, cadeia, cárcere e tronco, como vimos para o nosso direito.

Simplesmente, a respectiva privação de liberdade era ou preventiva («carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet» era um princípio enunciado por Ulpiano e consagrado no Digesto 48.19.8.9)<sup>2</sup>, ou coercitiva e, nos raros casos em que tinha função repressiva, além de ser geralmente de curta duração, tinha um sentido de puro castigo, sem qualquer espírito de regeneração ou de readaptação à vida social.

Foi um pensamento inteiramente novo que surgiu, escrevem LIZST-SCHMIDT<sup>3</sup>, quando nos meados XVI e início do século XVII, pela necessidade duma nova regulamentação do problema criado pelo aumento da vagabundagem, mendicidade, prostituição e crianças ilegítimamente abandonadas, se criaram casas de trabalho e correcção para educar e transformar, através duma rigorosa correcção e habituação ao trabalho, estes elementos — a que depois se juntaram verdadeiros criminosos e especialmente ladrões<sup>4</sup> — em bons e aptos membros da sociedade.

<sup>1</sup> In, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», ano XVIII, pág. 417.

<sup>2</sup> Cfr., ainda, EBERHARD SCHMIDT, *Révue Pénale Suisse*, 1947, págs. 721 e segs.

<sup>3</sup> *Strafrecht*, pág. 363.

<sup>4</sup> Cfr. VON HIPPEL, *ob. cit.*, vol. I, pág. 243.

Embora o primeiro estabelecimento deste tipo tivesse sido o de Bridwell<sup>1</sup>, fundado em Londres em 1553, na opinião de VON HIPPEL, defendida por EBERHARD SCHMIDT<sup>2</sup> e hoje dominante<sup>3</sup>, foi nos estabelecimentos criados em Amesterdão em 1595 e 1597, respectivamente para homens (*Ergastulum marium Tuchthuis, Rasphuis*) e para mulheres (*Ergasterium Feminarium Spinhuis*), que se teria acentuado e donde teria partido a ideia do carácter punitivo da privação da liberdade envolvendo ao mesmo tempo o sentido de, conscientemente, utilizar o trabalho do preso como meio de educação e regeneração, que não sob o aspecto de punição corporal ou de lenta destruição da vida, a que se aliava o pensamento de evitar a corrupção dos presos pelo contacto entre si, conduzindo à sua separação nocturna. Essa, pois, a origem histórica, a célula da moderna função da pena de prisão.

2) — *Influência dos estabelecimentos de Amesterdão*: A alta influência desses estabelecimentos e o seu espírito foram, por muitos lados, compreendidos e imitados.

Assim, em muitos estados alemães se construíram, em princípios do séc. XVII casas deste tipo<sup>4</sup> que, todavia, entraram em decadência. Ela resultou, segundo EB. SCHMIDT, de o trabalho ter começado a ser aproveitado com puros intuitos económicos, desprezando-se os fins específicos e ainda de ter deixado de vigorar a regra da separação nocturna dos presos.

<sup>1</sup> Sobre o aparecimento de vagabundagem e criminalidade profissional no séc. XVI, cfr. GRÜNHUT, *Penal Reform*, pág. 14, e bibliografia citada na nota 1, e págs. 15 e segs., relativamente às reacções que provoca, à história, desenvolvimento e decadência dos Bridewells.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pág. 364.

<sup>3</sup> Cfr. RADBRUCH, *Elegantiae Juris Criminalis*, pág. 116 e lit. al cit. «Não há prova histórica de que os Bridewells ingleses tivessem tido influência em países estrangeiros» — GRÜNHUT, *Penal Reform*, pág. 17.

<sup>4</sup> Cfr., também, sobre isto GRÜNHUT, *ob. cit.*, pág. 19.

Não se curava do seu saudável alojamento e misturavam-se os mais diversos elementos, loucos e mendigos, prostitutas e velhas. O fim de melhoramento e regeneração deixava de se poder conseguir.

3) — *Hospício de S. Miguel de Roma* — «*Maison de Force*» de Gand — *Casa Pia de Lisboa*: — Entretanto, o exemplo e o modelo de Amesterdão (conjugação do trabalho de dia, em comum, com separação nocturna) foi utilizado pelo Papa Clemente XI no célebre estabelecimento de correcção de S. Miguel, em Roma (1703)<sup>1</sup> e sobretudo na «*Maison de Force*» de Gand, mandada construir em 1727 e transformada em 1775 num grande estabelecimento, por Maria Tereza, segundo o plano do VISCONDE DE VILLAIN<sup>2</sup>, que provocou a admiração dos seus contemporâneos e teve uma larga influência<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> «*Parum est coercere improbos nisi probos efficias disciplina*» (de pouco serve punir o mau, encarcerando-o, se a disciplina o não faz bom) — esta inscrição, existente no Hospício de S. Miguel, revela bem as suas intenções. Cfr. GRÜNHUT, *ob. cit.*, pág. 21.

<sup>2</sup> *Mémoires sur les moyens de corriger les malfaiteurs et à leurs propres avantages et de les rendre utiles à l'Etat* (1773).

Nesta «*Maison de Force*» separavam-se vários grupos de reclusos, instalando-os em várias casas, com trabalho comum diurno e isolamento nocturno. Cfr. HIPPEL, *ob. cit.*, I, pág. 336.

<sup>3</sup> Assim, é bem possível que justamente as ideias que PINA MANIQUE procurou levar a cabo com a fundação, em 1780, e posterior desenvolvimento da Casa Pia de Lisboa tivessem sido inspiradas, tão atento estava o Intendente às ideias de Maria Teresa (Cfr. F. A. OLIVEIRA MARTINS, *Pina Manique*, 1948), nos planos e realizações da «*Maison de Force*» de Gand.

Assim, além da Casa de Santo António destinada à recolha e educação dos meninos órfãos, da Casa de Santa Isabel para meninas órfãs, da Casa de Nossa Senhora da Conceição destinada a raparigas desprotegidas que se destinavam a domésticas, na Casa Pia de Lisboa havia ainda a «*Casa da Força*», secção de correcção para ambos os sexos, desdobrada em Casa de Nossa Senhora do Carmo, «destinada para nela se recolherem os mendigos e vagabundos e homens totalmente inertes e ociosos», de Santa Margarida de Coretona, «destinada para mulheres de vida libertina, para alienadas, assim como para todas aquelas que perturbam o sossego público, pelos seus costumes, génio e condições» e de Nossa Senhora do Livramento, que servia de prisão: «Os presos desta Casa

4) — *A pena de prisão, problema central do sistema punitivo criminal*: — Entretanto, o problema da pena de prisão, adquire, como se disse, um papel fundamental a partir dos fins do século XVIII e princípios do XIX, em virtude da tendência para abolir as penas corporais e substituí-las pela privação da liberdade<sup>1</sup>. Utilizando esta pena com muito mais larga duração

(*Narração histórica da fundação e do estado actual da Casa Pia*, por VERISSIMO AMADOR PATRICIO, publicada por OLIVEIRA MARTINS, *ob. cit.*, págs. 395 e segs. e 420 e 421) serão aplicados às obras de cordoaria, e poderão trabalhar nela 800 pessoas. Nesta casa entrarão também os condenados por sentença da Relação ao serviço das obras públicas: e assim como trabalharão aqui todas as outras pessoas de coração ferino, brigões, e todos os perturbadores do sossego público. Esta casa é muito útil para a correcção de muitos delítoes, para conter a liberdade dos maus costumes, de génios inquietos, e discólos, e para servir de freio a toda a qualidade de delíto, que perturbe a paz pública e ofenda a policij do Reino. — «Todas estas casas — escrevia-se ainda na *Narração citada* — estão divididas e separadas; e servidas cada uma separadamente, sem comunicações, mais que por uma porta destinada ao serviço e economia de cada uma; tanto pelo que respeita ao trabalho como ao serviço doméstico. Nelas se acha tudo o que é preciso para os ditos fins, sem dependências umas das outras, porque estas casas consistem em muitos edifícios destinados às ditas operações, com um grande pátio no meio, e onde há corredores em roda para os teares, para as camaratas, cozinhas e refeitórios e todas as mais oficinas para os ditos fins». «Todas as pessoas — acrescentava-se ainda na *Narração* — que vivem dentro de uma mesma casa ou divisões, estão divididas em turmas diferentes, e separadas, quando dormem; e têm camaratas de 30 pessoas, cada uma. Estas estão encarregadas à inspecção e vigilância de um dos internos para cuidarem no asseio, decência e comodidade precisa; dando conta aos inspectores de tudo para se lhe dar a conveniente providência ou castigo». Tudo pois, se conjuga, até a preferência pelos trabalhos de tecelagem para estabelecer uma forte relação — directa ou indirecta — entre o tipo de estabelecimentos de Gand e de reeducação de Amsterdão, com certos aspectos da vida da Casa Pia de Lisboa, o que é facto da nossa história prisional, de alta monta e significado. Infelizmente, porém, o ódio cego e generalizado à obra de PINA MANIQUE levou a que, durante as Invasões Francesas (1807) se fizesse extinguir a Casa Pia do Castelo de S. Jorge, que só mais tarde reapareceu noutro local, e com um sentido e amplitude diversos dos que foram pensados pelo Intendente — Cfr. F. A. OLIVEIRA MARTINS, *ob. cit.*, pág. 263 e segs., e o «Relatório da Academia das Ciências», 1820-21.

<sup>1</sup> Sobre este movimento e sua origem, cfr. VON HIPPEL, *ob. cit.*, vol. I, págs. 242 e 282.

e frequência, punha-se, na verdade, o problema de fixar o sentido da sua execução e função regeneradora e, portanto, necessariamente, se voltavam os olhos para o exemplo de Amesterdão e de Gand.

5) — *HOWARD e os americanos*: — Por outro lado, e conjugando-se com esta verdadeira *revolução* do sistema punitivo, situa-se, justamente, o aparecimento na Inglaterra e na América de figuras e correntes altamente interessadas no problema da pena de prisão.

Queremo-nos referir, antes de tudo, a JOHN HOWARD, que, depois duma visita a várias prisões de Inglaterra e outros países, publicou um notável livro intitulado *State of Prisons in England and Wales* (1777). Impressionado, sobretudo pela sua visita à Holanda, HOWARD acentua o valor do princípio da regeneração dos criminosos pelo trabalho: «Make them diligent and they will be honest», enquadrado numa execução celular ou individual da prisão.

HOWARD exerceu uma larga influência em todo o mundo e tão grande que HIPPEL<sup>1</sup> afirma que, por via dele, «a execução da pena tendo na sua base um trabalho humano e reeducador passou a ser uma ideia que pertence ao património comum de todos os homens, no presente».

Por sua vez, na América, sob a influência de FRANKLIN († 1740) e em face do problema relativo ao destino a dar aos degredados ingleses, a questão da execução da pena de prisão aparece com a maior acuidade.

E assim é que, WILLIAM PENN, influenciado pelo seu conhecimento pessoal dos estabelecimentos holandeses, defende o trabalho como base da execução de pena de prisão.

<sup>1</sup> *Ob. cit.*, pág. 337.

Por outro lado, uma troca de cartas entre a «sociedade de Filadélfia para a reforma das Prisões» e HOWARD levou, sob a influência do «quaquerismo», a que se acentuasse, sobretudo, a necessidade de total separação e isolamento dos presos, vindo a construir-se em Filadélfia (1790) um estabelecimento para dar realização a um sistema integral de prisão celular, com isolamento diurno e noturno (*mostridade and un remitted solitude*) em que, mais que ao trabalho, se atribuía decisivo valor ao estímulo da contrição e arrependimento, como fonte de regeneração.

Pelo contrário, em Nova York, decidem-se os poderes públicos pelo sistema de Amesterdão e Gand, ou seja, de isolamento nocturno com trabalho diurno, e em comum, e constrói-se em *Auburn* um edifício com o corpo central para os condenados dormirem em células separadas e várias construções em que trabalhavam de dia em comum.

Como elemento novo aparece, todavia, a obrigação de silêncio entre os presos no trabalho (*Silent System*) que era mantido através de grande rigor, admitindo-se o uso do chicote.

Em Filadélfia continua, todavia, a predominar a ideia da prisão celular completa (chamado sistema penitenciário de Filadélfia) só que, agora, integrado com trabalho celular obrigatório e, com base nessa ideia, se constrói (1825) a «*Eastern Penitentiary*», em Charry Hill, que é o primeiro grande estabelecimento para prisão celular com um plano radial.

Esta penitenciária tem a mais alta importância, porque foi o seu exemplo que, enquanto não se iniciou a discussão que veio a terminar pela condenação do isolamento celular contínuo, triunfou na Europa, onde por toda a parte se aderiu ao sistema penitenciário, sobretudo depois da construção, em Londres, do

célebre estabelecimento Pentonville (1840-42) que era uma cópia aperfeiçoada da Eastern Penitentiary<sup>1</sup>.

*Sistema progressivo*: — Embora seguindo a ideia de isolamento da Eastern Penitentiary, Pentonville não deixou, todavia, de pôr em relevo um aspecto novo e tipicamente inglês do problema, que era, justamente, a ideia da execução da pena por forma progressiva — a prisão integrava-se com o degredo para a Austrália — que veio a modificar-se, em 1853, através do chamado sistema irlandês (progressivo por períodos). A ideia fundamental deste sistema progressivo é a de que a prisão tem uma função reintegradora da vida moral e social dos presos e, portanto, deve-o ir preparando, por uma sucessiva maior liberdade, para a vida em sociedade. E, assim, a prisão, devia começar por um período de absoluto isolamento celular, seguindo-se-lhe um período de trabalho comum, que podia terminar com a liberdade condicional<sup>2</sup>, que no sistema irlandês era precedido por um internato num estabelecimento intermediário («intermediate prison») com livre contacto com o exterior (são os chamados estabelecimentos abertos).

6) — *Posição do Código de 1852 relativamente a estes problemas*: — Enunciadas estas ideias, logo se verá que o Código de 1852, a despeito de ter dado, como se disse, um largo papel à pena de prisão, de nenhum modo parece ter tomado consciência dos problemas que a sua execução suscitava<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Moabite e Bruchsal (1848-49) foram, v. g., na Alemanha construídas sob a influência da de Pentonville — Cfr. SCHMIDT, *ob. cit.*, pág. 336, e VON HIPPEL, *ob. cit.*, pág. 340.

<sup>2</sup> A liberdade condicional tem assim as suas raízes no direito inglês, tendo-se iniciado na colónia da Austrália, e vindo a ser adoptado por vários países, muito antes da aplicação do sistema progressivo — LISZT-SCHMIDT, *ob. cit.*, pág. 367.

<sup>3</sup> Em todo o caso, o problema da forma de execução das penas tinha sido largamente discutido na Câmara dos Deputados (Cfr., *Diário das Sessões*,

E, assim, pondo de parte, naturalmente, o sistema progressivo, cujo desenvolvimento é, seguramente, posterior à sua promulgação, não só não se decide por um ou outro dos sis-

vol. III, 1844, pp. 81 e ss. — v. *infra*, ANEXO V) face a uma proposta apresentada pelo deputado JOSÉ MARIA GRANDE em 1840. Era o seguinte o teor da referida proposta:

«Art. 1.º Em cada um dos Districtos das Relações de Lisboa e Porto se creará uma Prisão Central Penitenciária.

Art. 2.º Estas prisões com as alterações que a experiência mostrar necessárias servirão de norma às que de futuro se crearem no Reino.

Art. 3.º Nas prisões mencionadas será adoptado o systema de prisão solitária de noite, e trabalho em comum de dia.

Art. 4.º Cada preso terá um cubículo ou cella onde permanecerá encerrado, e incomunicável de noite.

Art. 5.º Haverá Officinas distintas para o trabalho commum diverso.

Art. 6.º Os presos estarão sempre separados, salvo nas horas de trabalho, refeição e exercícios religiosos, ou de instrução.

Art. 7.º O silêncio absoluto, e a ausência de toda a comunicação por gestos ou signaes entre os presos são expressamente determinados, tanto ao tempo em que se acham reunidos, como naquelle em que existem nas cellas.

Art. 8.º Os presos serão classificados nas prisões supradictas, segundo a maior ou menor gravidade dos delictos e das penas. Os condemnados a menos de 2 annos de prisão habitarão uma parte separada do Edifício, que se denominará Casa de Repressão. Os condemnados a maior número de annos habitarão outra parte do Edifício que se denominará Penitenciária.

Art. 9.º As duas classes de presos supra-mencionadas serão empregadas em trabalho e misteres distinctos.

Art. 10.º Nenhum preso poderá entreter relações algumas com pessoas de fora da prisão, mas em alguns casos excepcionaes e muito atendeveis, o Inspector poderá conceder-lhe-licença para que, na presença de algum Empregado da prisão, possa o preso falar com quem lhe fôr mister.

Art. 11.º Além das Officinas de trabalho que se houverem de constituir em cada prisão, haverá uma de ensino, onde receberão a necessária instrução mechanica os presos que della carecerem.

Art. 12.º Haverá em cada prisão uma ou mais Capellas onde os presos receberão por classes a instrução religiosa e assistam aos Offícios Divinos e Exercícios de Piedade nos Dias Sanctificados.

Art. 13.º Haverá em cada prisão uma ou mais Escólas, onde os presos recebam a instrução primaria de que carecerem.

temas de execução da pena apontados (Filadélfia ou Auburn), o que já era grave, como ainda permite, e isso já nesse tempo era imperdoável, que a pena de prisão maior possa executar-se

Art. 14.º Cada uma das prisões de que trata o art. 1.º terá um Inspector encarregado da sua superintendencia e governo interno.

Art. 15.º Além destes Empregados crear-se-hão aquelles que a experiência mostrar indispensáveis, e os empregos, que assim crear o Governo, serão submetidos à ulterior aprovação das Côrtes.

Art. 16.º Em cada uma das supra-mencionadas prisões haverá um ou mais carceres para encerrar com isolamento absoluto os presos refractarios, e infractores dos Regulamentos internos da prisão.

Art. 17.º A pena do Carcere poderá ser augmentada com a privação da luz e diminuição do alimento.

Art. 18.º As penas e flagellações corporaes não poderão ser empregadas nas Prisões Penitenciarias.

Art. 19.º Nas prisões actuaes de todo o Reino serão os presos um trabalho simples e regular.

Art. 20.º Fica revogada toda a Legislação em contrários.

A discussão revelou um alto conhecimento dos problemas, por parte dos deputados intervenientes, e bem merece, ainda hoje, ser meditada. Entre as intervenções é de citar a de Almeida Garrett (cfr. *ob. cit.*, pág. 105—v. *infra* ANEXO V).

Cumprido, ainda, referir a alusão feita, nessa discussão, por SOUZA AZEVEDO, a um regulamento feito para o Ministério Público, de 15 de Dezembro de 1835—publicado no «Diário do Governo», de 31 de Dezembro de 1835, n.º 307/8, e nos n.ºs 1 e 2 de 1836. Tal diploma encontra-se, também referido no «Diário do Governo» de 6 de Janeiro de 1843, n.º 6 (v. *infra*, ANEXOS I e II).

A propósito da importância dada, em Portugal, ao problema de execução da pena de prisão, é ainda de notar que já a Constituição de 1822, no seu art. 208.º, e a Carta Constitucional de 1826, no seu art. 145.º § 20, estabeleciam que as cadeias deviam ser seguras, limpas e arejadas, bem como um regime de separação dos presos, de acordo com a natureza dos respectivos crimes.

Em 1843 foi igualmente, publicado o «Regulamento Provisório da Polícia das Cadeias», que faz parte integrante do respectivo decreto, do mesmo ano (cfr. *Diário do Governo* de 2 de Março—n.º 51)—v. *infra*, ANEXO III.

Este regulamento que representa, porventura, a mais antiga legislação sobre a execução das penas em Portugal, é acompanhado de uma tabela para regular a distribuição dos presos segundo os seus crimes, condição, sexo e idade, de acordo com o disposto no referido regulamento.

Curiosa é, também, a publicação no *Diário do Governo* de 7 de Setembro de 1843, sobre *Estatística criminal do continente do reino e provincias insulares no*

sem trabalho (art. 29.º, n.º 2), admitindo-o tão só como agravante (art. 34.º).

Por sua vez, os arts. 97.º e 98.º apenas enunciam ideias vagas sobre a construção de cadeias, deixando-se, no art. 98.º, a possibilidade do isolamento ser regulado por futuros regulamentos<sup>1</sup>.

Isto, a despeito de já na Carta Constitucional, no art. 145.º, § 2.º, se estabelecer que as cadeias deviam ser seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos criminosos, conforme as circunstâncias e natureza dos crimes cometidos e no Relatório do Decreto de 16 de Janeiro de 1843, se falar já na futura adopção do sistema penitenciário.

Razão tinham, pois, os comentadores e estudiosos do direito criminal para, nesse aspecto, criticarem largamente o Código de 1852<sup>2</sup> e proclamarem a necessidade de se regular o problema.

*Evolução posterior*:—O projecto de 1861 revela, por isso, um notável progresso, consagrando o regime celular contínuo,

*primeiro semestre de 1843*, que deve constituir o primeiro documento do género elaborado em Portugal—v. *infra*, ANEXO IV.

Dignas de nota são, do mesmo modo, as instruções dadas em 1843, sobre as consequências da supressão do Presídio da Cova da Moura (*Diário do Governo*, de 20 de Dezembro de 1843—n.º 299).

É ainda de apontar o relatório de 1844, do *Ministério dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça*, que expressamente se refere aos problemas das cadeias, Presídio da Cova da Moura e Estatística Criminal (cfr. *Apenso ao Diário do Governo* de 1844, págs. XVIII e sgs.)—v. *infra*, ANEXO VI.

Note-se que o deputado Agostinho Albano (pág. 82, do vol. III do *Diário das Sessões* de 1844, *cit.*—v. *infra*, ANEXO V) esclarecia que em 1822 foi ordenado pelo Congresso Constituinte o estabelecimento de comissões para o melhoramento das cadeias em Portugal. Criou-se, no Porto, uma comissão desse género, cuja acção é descrita pelo mesmo deputado, no mesmo lugar.

<sup>1</sup> Curioso é o Decreto de 6 de Setembro de 1826, que mandava fechar as prisões subterrâneas e as que, sendo à beira-mar, não tivessem um pavimento mais elevado que a mais alta praia-mar.

<sup>2</sup> Cfr. LEVY MARIA JORDÃO e SILVA FERRÃO—*Comentário ao art. 34.º*

com trabalho na célula e contacto dos presos com elementos do exterior que favorecessem a sua regeneração <sup>1</sup>.

E, embora infelizmente não aprovado, o Projecto de JORDÃO deu as linhas fundamentais para a reforma futura das penas e sua execução, levada a cabo pela lei de 1 de Julho de 1867, que, a propósito da execução da pena maior, estabelecia nos arts. 20.º a 27.º:

Art. 20.º — «A pena de prisão maior celular será cumprida com absoluta e completa segurança de dia e de noite entre os condenados, sem comunicação de espécie alguma entre eles, e com trabalho obrigatório na cela para todos os que não forem competentemente declarados incapazes de trabalhar em atenção à sua idade ou estado de doença».

Art. 21.º — «Os presos terão todas as necessárias e devidas comunicações com os empregados da cadeia, e poderão além disso ser visitados por seus parentes e amigos, membros de associações, e outras pessoas dedicadas à sua instrução e moralização; sempre porém de modo e com tais cautelas e restrições que essas visitas concorram para apressar e consolidar a sua reforma moral, e nunca para mais os corromper, tudo na forma que for estabelecida nos respectivos regulamentos».

§ único — «A visita de pessoas, que não forem os empregados de cada uma destas prisões ou as pessoas encarregadas da instrução e moralização dos condenados, só será permitida com excepção, e principalmente como prémio do bom comportamento dos presos».

Art. 22.º — «Os presos terão, quanto possível, exercícios quotidianos ao ar livre nos pátios ou dependências, da cadeia, mas contanto que entre eles não haja comunicação alguma, nem possam reciprocamente conhecer-se».

Art. 23.º — «O produto de trabalho de cada preso será dividido em quatro partes iguais, uma para o estado, outra

<sup>1</sup> Cfr. Relatório do Projecto de 1861, págs. 61 e segs. e arts 122.º, 123.º, 124.º e 128.º.

para a indemnização, a haver lugar, da parte ofendida, outra para socorro da mulher e filhos do preso, se o precisarem, e a quarta finalmente para um fundo de reserva, que lhe será entregue quando for posto em liberdade».

§ único — «Quando o preso não tiver mulher nem filhos, ou nem aquela nem estes precisarem, nem haver lugar a indemnização, ou o condenado tiver bens por onde a mesma pessoa possa ser satisfeita, a parte reservada a qualquer destas aplicações pertencerá ao estado».

Art. 24.º — «Os presos, que não souberem alguma arte ou ofício, receberão na cadeia a instrução necessária e relativa ao trabalho e preparação dos meios de existência honesta depois da soltura, tendo em conta a sua posição social anterior ao crime».

§ único — «Ensinar-se-á também a instrução primária àquelles que a não souberem, e, se for possível, as noções científicas mais necessárias e úteis ao uso do seu ofício ou profissão».

Art. 25.º — «Todos os presos receberão na cadeia a necessária educação e instrução moral e religiosa, que incumbirá aos capelães e professores respectivos, e às pessoas caridosas dedicadas a essa missão de beneficência».

Art. 26.º — «As disposições especiais sobre a separação, o trabalho, o descanso, a instrução tanto profissional como intelectual, moral e religiosa, e a alimentação dos presos, e sobre a salubridade, limpeza e aceio das prisões serão estabelecidas e desenvolvidas nos regulamentos do governo, e bem assim nos mesmos regulamentos serão determinados os prémios e as penas disciplinares dos sobreditos presos».

§ único — «Nunca serão empregados, como penas disciplinares, os açoites, algemas, privações do indispensável alimento e toda e qualquer espécie de tortura».

Art. 27.º — «A pena de prisão maior celular será cumprida em cadeias gerais penitenciárias, construídas para esse fim».

A execução do regime previsto nessa Lei ficou, todavia, dependente da construção dos estabelecimentos que se ordenava (arts 28.º, 29.º, 30.º e 31.º) pelo que, o art. 64.º dessa Lei de 1867 mandava aplicar, em alternativa, as penas e respectivos regimes do Código de 1852.

Desta forma, só em 1884, terminada a Cadeia Penitenciária de Lisboa<sup>1</sup>, pôde o legislador pensar no exercício do regime celular regulado na Lei de 1867<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Embora construídas sob o mesmo plano, as Cadeias Penitenciárias de Coimbra e Santarém só mais tarde foram concluídas e entraram em funcionamento. No respeitante à primeira, deve no entanto dizer-se que, inicialmente destinada a cadeia distrital, tinha-se determinado que seria instalada no edifício do antigo Colégio da Ordem de Cristo, adquirido para o efeito pela Junta Geral de Distrito. As obras de adaptação das instalações, que começaram de 1875 a 1876, prosseguiram até à entrada em vigor da Lei de 24 de Maio de 1888, a expensas da referida Junta. Aquele diploma, extinguindo as cadeias distritais, autorizou o governo a aproveitar para penitenciárias centrais dois edifícios construídos para prisão nos moldes da lei de 1 de Julho de 1867 (art. 2.º). Em virtude de tal facto, ficou a referida construção de Coimbra adstrita às funções de Cadeia Geral Penitenciária — destinada, em virtude do Decreto Governamental de 12 de Dezembro de 1889, apenas a delinquentes do sexo masculino —, entrando efectivamente em funções a 20 de Dezembro de 1901, data em que recebeu os primeiros presos.

De referir, ainda, que segundo o citado decreto de 12 de Dezembro de 1889, a Cadeia Geral Penitenciária de Coimbra passou a reger-se pelo Regulamento que, no exercício de uma faculdade contida no art. 60.º, n.º 2, da Lei de 1 de Julho de 1867, o Governo havia estabelecido em 1884, com carácter provisório, para a Cadeia Penitenciária de Lisboa (também designada de Penitenciária de Campolide), e que era inspirado, muito de perto, nos sistemas das cadeias de Lovaina e Madrid. A este propósito, cfr., ainda, o *Regulamento das Cadeias Civis*, aprovado pelo Decreto de 31 de Setembro de 1901.

Quanto à Penitenciária de Santarém, foi cedida ao Ministério da Guerra pelo Decreto de 7 de Fevereiro de 1895, passando a denominar-se, por Decreto de 25 de Abril do mesmo ano, de *Presídio Militar*. Relativamente ao seu regulamento interno, este veio a ser estabelecido, primeiro e a título provisório, em outro Decreto de 25 de Abril de 1895 e, posteriormente, já com carácter definitivo, em 24 de Dezembro de 1896.

Para maiores desenvolvimentos sobre os pontos focados nesta nota, cfr., por todos, HENRIQUES DA SILVA, *Lições*, parte II, págs. 113 e 118 e segs..

<sup>2</sup> Cfr. Relatório do Projecto, publicado no *Diário das Sessões* de 1884, pág. 589.

O legislador de 1867 e a Reforma de 1884 estavam visivelmente alheios às críticas, nesse tempo tão vivas, ao sistema de isolamento do tipo de Filadélfia que mandavam aplicar<sup>1</sup>.

Em todo o caso, apenas se reconheceram oficialmente — praticamente o sistema celular não se executava rigorosamente, sendo substituído por medidas administrativas —, pela Lei de 29 de Janeiro de 1913, os inconvenientes do isolamento contínuo, substituindo-o pelo de isolamento nocturno, com trabalho em comum diurno embora em silêncio.

Simplemente, desta forma, continuou a pôr-se a questão num plano ultrapassado, isto é, renunciando ao sistema de Filadélfia, para consagrar o de Auburn.

Pouco a pouco, vai-se caminhando, porém, de modo a ir ao encontro das modernas concepções do direito penitenciário.

Assim, no Decreto n.º 6 627, de 21 de Maio de 1920, depois de se pôr em relevo os efeitos da ociosidade nas cadeias, especialmente comarcãs, prescreve-se a necessidade do trabalho, como meio regenerador, e admite-se a possibilidade de ele se realizar fora das prisões, em trabalho ao ar livre, ou em colónias agrícolas.

Por seu lado, o Decreto n.º 12 549, de 10 de Novembro de 1927, consagra, pela primeira vez entre nós, o sistema progressivo da execução da pena maior, consistindo:

- a) — num primeiro período de absoluto isolamento entre os presos, com trabalho na cela que deveria durar pelo menos um ano;
- b) — um segundo período, com isolamento nocturno e com trabalho comum, em silêncio, de dia;
- c) — e um terceiro período, a cumprir na prisão-oficina de Coimbra<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Note-se, porém, que a integração da prisão celular pela pena de degredo correspondia a um certo tipo de sistema progressivo (*Pentonville*).

<sup>2</sup> A prisão oficina de Coimbra, veio a ser chamada Cadeia Penitenciária de Coimbra, pelo Decreto n.º 20 877.

O regime é, por sua vez, aperfeiçoado, ainda, pelo Decreto n.º 20 877, de 13 de Fevereiro de 1932, que reduz o período de isolamento, acentuando-se, no Relatório, que o trabalho tem como alvo supremo conseguir a regeneração do preso.

Todos estes sucessivos decretos eram, porém, considerados medidas provisórias, a substituir por uma reforma geral, que se diz, então, estar em estudo e se promete publicar.

E, com efeito, o Decreto n.º 36 643, de 28 de Maio de 1936 (Reforma Prisional), fundamentalmente elaborado pelo Prof. BELEZA DOS SANTOS, veio realizar esta promessa, procurando aperfeiçoar e melhorar ainda mais o nosso sistema progressivo.

Parte-se, nele, com base em razões intimidativas, na ideia de permitir a observação dos presos e de evitar que o contacto imediato com outros baixe o seu nível moral, de um primeiro período de isolamento completo (arts 21.º, 33.º, 41.º e 57.º — pena maior: três a seis meses) <sup>1</sup>.

«Num segundo período — escreve-se no Relatório <sup>2</sup> —, admite-se a vida comum, restrita a alguns momentos da vida prisional; os presos assistem em conjunto aos actos do culto, frequentam a escola e trabalham com os outros presos, voltando à cela na ocasião das refeições e do descanso.

Permite-se, impõe-se até onde é possível, o contacto com elementos bons, que não só não prejudique a ressurreição dos sentimentos nobres, mas até contribua para que esse ressurgimento seja mais rápido e mais forte.

No terceiro período permite-se a convivência com os outros presos, não com todos. Aqui se faz o agrupamento em classes, segundo o desenvolvimento da sua educação moral e da sua regeneração.

<sup>1</sup> Cfr. Relatório, n.º 34, sobre as vantagens e inconvenientes do isolamento contínuo. Note-se que este isolamento deve ser acompanhado por trabalhos na cela (Arts 26.º, 30.º, 42.º, 63.º e Relatório, n.º 42).

<sup>2</sup> N.º 237.

Por isso o agrupamento tem alta importância e constitui sem dúvida uma das mais elevadas e difíceis obrigações da direcção da prisão.

No quarto período o preso poderá desempenhar cargos de confiança e obter certas concessões. Mas só entrará nele quando tiver dado provas seguras de capacidade para a vida honesta.

A ideia, praticamente importante e nova na Reforma é, além duma maior elasticidade do sistema progressivo, a do agrupamento dos presos segundo o desenvolvimento da sua idoneidade moral e de segurança quando saem do regime de isolamento (arts 24.º, 38.º e 49.º, § único) o que leva a separarem-se os reclusos «cujo crime não revela perversidade ou baixesa de carácter e de boa conduta dos que possam exercer sobre eles uma má influência».

O pensamento conduz, ainda, através da própria diversidade de edifícios prisionais, a separar os homens das mulheres (art. 10.º); os maiores dos menores (art. 11.º); os delinquentes habituais, ou por tendência, dos restantes (arts 12.º, 108.º e seg.); os criminosos dos portadores de anomalias mentais (art. 121.º); os presos comuns dos políticos (art. 140.º).

Considera-se, por outro lado, a particular situação de certos presos, *v. g.*, tuberculose (prisões-sanatórios, art. 99.º), gravidez (prisões-maternidades, art. 102.º), embriaguez (art. 169.º).

Os agrupamentos não têm, todavia, nada de rígido ou definitivo (cfr. arts. 54.º, 63.º, 111.º, 118.º, 142.º, etc.).

O trabalho dos presos acha-se, por sua vez, largamente regulado nos arts. 261.º e segs., fazendo-se-lhe larga referência no n.º 42.º do respectivo Relatório.

Este aspecto do trabalho, no problema da execução das penas de privação de liberdade tem sido, por sua vez, largamente considerado pela legislação posterior a 1936, designadamente, com os Decretos 34 674, de 1945; 35 659, de 1946; e 34 131, de 1944, relativos à criação de brigadas de trabalho, inspecção de trabalho prisional, etc...

II — *A perpetuidade das penas privativas de liberdade, no Código Penal de 1852 e sua revogação posterior*: — A pena de prisão perpétua<sup>1</sup> que o Código Penal francês, de 1879 proibia, mas que o código napoleónico de 1810, com o aplauso de CHAUVEAU e HELIE<sup>2</sup>, prescrevia de novo, era admitida pelo Código de 1852 (art. 34.º).

A Lei de 1 de Junho de 1867, introduzindo o sistema de isolamento contínuo, incompatível, dado o seu fim de regeneração e de readaptação à vida social, com a perpetuidade, aboliu, em geral, as penas de prisão perpétua (art. 6.º). Todavia, estabelecia-a, excepcionalmente, para os crimes a que era aplicada a pena de morte, pelo Código de 1852, que, como atrás se disse, aboliu a pena de prisão perpétua.

O legislador de 1884, porém, — acentuando a ideia de que «uma das principais virtudes, talvez a principal, do sistema penitenciário está em tornar compatível com a segurança geral a abolição das penas perpétuas, não só porque promove a regeneração moral dos criminosos, mas também porque sem meios violentos, nem processos deshumanos compensa a menor duração das penas com maior sofrimento, isto é, com a restrição mais rigorosa da liberdade dos condenados»<sup>3</sup> — vem abolir de maneira total a pena de prisão perpétua que seria «um *lasciati ogni speranza*» (art. 46.º).

III — *Natureza das penas privativas de liberdade e sua evolução posterior*:

1) O Código de 1852 estabelecia, como vimos, a distinção entre prisão maior e prisão correccional.

<sup>1</sup> O mesmo se diga para a pena de trabalhos públicos.

<sup>2</sup> N.º 131 e segs.

<sup>3</sup> *Diário das Sessões* de 1884, *cf.*, também, pág. 599.

A razão de ser da distinção, além da resultante da diversidade dos seus efeitos, traduzia-se em que a prisão correccional, não podendo ser inferior a três dias (art. 83.º) nem exceder três anos (mínimo da prisão maior — art. 34.º) nunca obrigava a trabalho (art. 38.º).

A crítica era, porém, fácil, pois, por um lado, toda a pena deve visar, pelo trabalho, o melhoramento e emenda do criminoso e, por outro, não o impondo a privação de liberdade, aparece como simples mal, infligido ao criminoso.

Por isso mesmo, já o Projecto de 1861, distinguia entre prisão e reclusão, mandando-lhe, todavia, aplicar o mesmo sistema de execução (isolamento contínuo com trabalho).

A Lei de 1867 mantém, todavia, a ideia de que a prisão correccional não obriga a trabalho (art. 35.º), apenas divergindo em fixar o máximo da prisão correccional em dois anos, porque o mínimo da prisão maior celular tinha, por sua vez, um limite mínimo (art. 8.º).

No que toca à execução, entendia-se, entretanto, que ao contrário da prisão maior celular, a cumprir nas cadeias gerais penitenciárias (art. 28.º), a prisão correccional devia cumprir-se, quando por mais de três meses, nas cadeias distritais (art. 42.º), ou nas cadeias comarcãs, se fosse inferior a três meses (art. 52.º), sempre em isolamento contínuo.

O legislador de 1884 mantém, fundamentalmente, esta ideia, acentuando no *Relatório*<sup>1</sup> a diferença de natureza da prisão maior e da prisão correccional, que se traduziria além da diversidade dos seus efeitos, quanto à obrigatoriedade do trabalho (§ único do art. 60.º, da Reforma de 1884; e art. 88.º, § único, do Código de 1886).

A Lei de 3 de Abril de 1896 admitia, todavia, que a duração da prisão correccional se pudesse elevar a três anos, no

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, pág. 603.

caso de reincidência, e impunha o trabalho obrigatório para todos os presos, de harmonia com as suas aptidões e disposições, pensamento que é retomado e organizado pelo Decreto-Lei n.º 6 627, de 21 de Maio de 1920.

O paralelismo da prisão maior com a prisão correcional é, por sua vez, acentuado pelas disposições relativas à execução da prisão, previstas na reforma prisional (artigo 29.º e segs.). A divergência está só, afinal, numa alteração do funcionamento do sistema progressivo, ligada à duração da pena e à diversidade dos estabelecimentos em que são executadas.

Assim, a prisão por mais de três meses é executada nas cadeias centrais (art. 40.º) e a inferior a três meses nas comarcas, (art. 32.º).

Note-se, de resto, que a moderna tendência, já posta em prática pelo direito inglês (1948), é para abolir qualquer diferença de natureza relativamente às penas privativas de liberdade. Apenas varia a sua duração, fixada pelo juiz, deixando-se a sua diferença qualitativa para a execução<sup>1</sup>.

2) — A privação da liberdade, com funções preventivas, é designada pela reforma prisional como *detenção* e a sua execução regulada no art. 19.º e segs. e as suas condições fixadas nos arts. 250.º e segs. do *Código de Processo Penal*. (Sobre a prisão com funções coercitivas, cfr. nossas lições, pág. 20).

3) — *Prisão maior*: — No topo superior, em gravidade, da pena privativa da liberdade, estava no Código Penal de 1852 a prisão maior que, como atrás vimos, podia ser simples ou com trabalho; e perpétua ou temporária.

Nesta última hipótese, a sua duração era de três a quinze anos (art. 34.º).

<sup>1</sup> Cfr. SEELIG, *Kriminologie*, pág. 294.

A Reforma Penitenciária de 1867, abolindo a pena de trabalhos públicos de qualquer espécie e as penas perpétuas de prisão maior e degredo, modificava, porém, inteiramente as coisas<sup>1</sup>.

Efectivamente, dado o sistema de isolamento contínuo que a Reforma de 1867 previa, tornava-se impossível permitir as penas perpétuas ou as penas de prisão celular muito longas. Por isso, o único caminho que lhe restava era o sistema de *Pentonville*, integrando a prisão maior celular com o degredo. E, assim, estabeleceu:

a) — Que ao crime a que era aplicável a pena de trabalhos públicos perpétuos seria aplicável a pena de oito anos de prisão maior celular, seguida de degredo em África por doze (art. 4.º).

b) — Que aos crimes a que era aplicável a pena de prisão maior perpétua, seria aplicável a pena de seis anos de prisão maior celular, seguida de degredo por dez (art. 7.º).

c) — Que aos crimes a que correspondia degredo perpétuo, seria aplicável a prisão maior celular por quatro anos, seguida de degredo por oito (art. 9.º).

d) — Que aos crimes a que era aplicável a pena de trabalhos públicos temporários, passaria a corresponder a prisão maior por três anos, seguida de degredo de três a dez anos (art. 5.º).

O legislador de 1884, na intenção de revogar, de facto, todas as penas perpétuas, foi, porém, mais longe (art. 49.º), substituindo a pena de prisão maior celular perpétua, em que se convertia a pena de morte, na pena de prisão maior celular por oito anos seguida de degredo por vinte, com ou sem prisão no lugar de degredo, conforme parecesse aos juizes.

<sup>1</sup> É claro, porém, que se manteve o regime anterior em alternativa (art. 64.º).

Por outro lado, aboliu a pena de trabalhos públicos temporários e, portanto, a que lhe correspondia no citado art. 5.º, da Lei de 1 de Julho de 1867.

De tudo isto, vem a resultar o quadro das penas maiores fixas, segundo o sistema penitenciário, previsto no art. 55.º do Código de 1886.

A elas havia, porém, que acrescentar a *prisão maior celular de dois a oito anos*, pela qual a Lei de 1867 mandava substituir a prisão maior temporária do Código de 1852 (art. 5.º), seguramente, por lhe repugnar o sistema de execução que, para esta, previa o art. 34.º<sup>1</sup>.

Simplemente, tanto o legislador de 1867 como, mais tarde, o de 1884 estavam colocados em face da impossibilidade de executar integralmente o sistema penitenciário, pela falta de estabelecimentos respectivos. E, assim, foi o legislador de 1867 (no art. 64.º) forçado a mandar aplicar as penas previstas no Código de 1852, em alternativa (salvo a de morte), e o legislador de 1884, a despeito de já existirem, ou estarem em vias de construção, alguns estabelecimentos prisionais de tipo penitenciário, não possuindo os suficientes para uma *exclusiva* aplicação do respectivo sistema, foi, igualmente, forçado (art. 129.º) a aplicar, em alternativa, as penas do Código de 1852, só que modificadas pelo art. 50.º da Reforma prisional que dispunha: «para o efeito do que dispõe o art. 64.º e § único da Lei de 1 de Julho de 1867, observar-se-á o seguinte, em relação às penas do Código Penal:

- «1.º — A pena de morte é substituída pela pena fixa, de degredo, por vinte e oito anos com prisão no lugar do degredo por oito a dez anos;

<sup>1</sup> Segundo o art. 34.º, o condenado à pena de prisão maior seria recluso em fortaleza ou cadeia, ou estabelecimento público.

- 2.º — A pena de trabalhos públicos perpétuos é substituída pela pena fixa de degredo por vinte e cinco anos;
- 3.º — A pena de prisão perpétua é substituída pela pena fixa de degredo por vinte anos;
- 4.º — A pena de degredo perpétuo é substituída pela pena fixa de degredo por quinze anos.»

Daf o aparecimento (n.º 5 do art. 55.º) da prisão maior celular de dois a oito anos, pela qual, como se disse, o art. 8.º da Lei de 1867 mandava substituir a pena de prisão maior temporária e, a seu lado, *em alternativa*, no n.º 5 do art. 57.º do Código de 1886, a prisão maior temporária, com um máximo limitado a oito anos e agora obrigando a trabalho na fortaleza, cadeia ou estabelecimento público em que a cumprir (art. 51.º, da Reforma prisional, e 61.º, do Código Penal de 1886).

Simplemente, os arts. 6.º e 55.º, da Reforma Prisional (Decreto n.º 26 643), dominado pela ideia da execução unitária das penas privativas de liberdade e, seguramente, também, querendo repudiar o vago sistema executivo previsto no art. 61.º mandaram que a prisão maior fosse cumprida nas penitenciárias, segundo o regime estabelecido nos arts. 57.º e segs., e, portanto, com a duração de dois a oito anos (art. 49.º n.º 1).

Ora, isto significa que quis revogar a alternativa da pena maior, dando inteira execução ao pensamento do art. 8.º, da Lei de 1 de Julho de 1867.

Parece, pois, que a pena maior temporária não deve ser, hoje, mandada aplicar em alternativa, até porque, hoje, está também abolido o degredo (art. 56.º da Reforma Prisional) em que o § 3.º do art. 61.º permitia que se transformasse<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Contra, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Fevereiro de 1950, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 17, pág. 176.

D) — *Degredo*: — O Código Penal de 1852 (art. 35.º) manteve a pena de degredo, no sentido do envio do condenado para uma possessão ultramarina<sup>1</sup>.

O degredo podia ser perpétuo ou temporário e, neste caso, variava entre três e quinze anos (art. 35.º).

O degredo temporário foi, porém, (cfr. *supra*) segundo a Lei de 1867, substituído por prisão maior celular de quatro anos, seguida de degredo por oito.

Aplicava-se, assim, o princípio de considerar o degredo, no quadro do sistema penitenciário, como integrador da prisão maior celular, princípio que a Lei de 5 de Setembro do mesmo ano confirma<sup>2</sup>.

A reforma penal de 1884, como se disse, manteve, igualmente, o pensamento de Pentonville de integração da prisão maior celular pela de degredo.

Ao mesmo tempo, porém, como foi notado, indicavam-se no art. 50.º as penas de degredo *unitário* que substituíam as abolidas do Código de 1852, para efeito de aplicação em alternativa das penas do sistema penitenciário que, dada a falta de estabelecimentos prisionais, não podia ainda ter integral execução.

Dáí aparecerem, no Código Penal de 1886, ao lado das penas do art. 55.º — correspondentes às criadas pela Reforma

<sup>1</sup> No direito das Ordenações e Leis Extravagantes, o degredo abrangia, como atrás se disse, a obrigação de o condenado sair dum lugar ou de ir para outro lugar no Continente, Ilhas ou Ultramar. Na técnica do Código de 1852, a primeira hipótese denomina-se desterro (art. 39.º). Modernamente, fala-se, sob a influência do direito francês, em «relegação» para criminosos especialmente perigosos — habituais — e em «deportação» para presos políticos. No direito inglês, fala-se, ainda, em «transportation» — Cfr. HEIMBERGER, in *Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen strafrechtlichen Hülfswissenschaften*, vol. I, pág. 218 e segs.. Cfr., também, BELEZA DOS SANTOS, *O Degredo e sua execução em Angola*, in «Boletim da Faculdade de Direito», ano XII, pág. 162 e segs..

<sup>2</sup> Cfr., sobre a organização do degredo, *Reforma Prisional de 1936*, n.º 24.

de 1867 e alargadas pela Reforma de 1884 —, as penas de degredo fixas, (n.ºs 1, 2, 3 e 4) e temporárias (n.º 6) do art. 57.º<sup>1</sup>. Conforme dissemos, deviam ser, nos termos do art. 129.º, tal como resultava do art. 64.º da Lei de 1867, aplicadas em alternativa, enquanto o sistema penitenciário não entrasse em vigor.

Desta forma, o degredo, como pena unitária e integradora, continuava a ter no Código de 1886 uma larga importância<sup>2</sup>.

Em face dos protestos das Colónias, o degredo foi proibido por Despacho do Ministro das Colónias, de 24 de Dezembro de 1931, e tomadas as providências que constam do Decreto n.º 20 887, de 13 de Fevereiro de 1932.

A Reforma prisional seguiu o pensamento do Decreto n.º 20 887, estabelecendo que o «degredo será cumprido como prisão maior nos estabelecimentos a esta pena destinados, reduzindo-se a sua duração em um terço»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> O art. 51.º da Reforma de 1884 (art. 60.º, § 3.º — do Código de 1886) reduziu, também, o máximo de degredo temporário a doze anos.

<sup>2</sup> Na Inglaterra, praticou-se o degredo «Transportation» para a América do Norte até 1776 (é conhecida a frase de FRANKLIN, a propósito do degredo para a América: — «Vós, ingleses, mandais-nos os vossos degredados; que diríeis se vos enviássemos em troca as serpentes que cá temos?»). Em 1787 inicia-se o começo do degredo para a Austrália, que se pretende ter dado os melhores resultados e constituído a base da colonização australiana (Cfr. HEIMBERGER, *loc. cit.*). Em 1859, é abolida a «transportation» para a Austrália. Na França admite-se, ainda hoje, a «transportação» para criminosos condenados a cumprir pena de trabalhos forçados. O lugar de envio é a Guiana e depois a Nova Caledónia, para onde, todavia, dadas as reacções e excessiva doçura a que conduzia, se fez cessar, voltando os condenados a ser enviados só para a Guiana (Maroni du Nord). A «relegação» de habituais reincidentes fazia-se para a Guiana, depois Nova Caledónia e, finalmente, só Guiana (Maroni du Sud). A deportação para crimes políticos fazia-se para a Nova Caledónia (Ilha Nou e Ducos), mais tarde substituída pela Ilha do Diabo e, modernamente, pela Ilha Royale, na Costa da Guiana. (Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, *Droit Criminel*, págs. 306 e segs.).

<sup>3</sup> Cfr. *Relatório*, n.º 24, onde se analisa o problema das vantagens e inconvenientes do degredo. Cfr., ainda, os arts 139.º e 143.º a 147.º da

O degredo foi, definitivamente, abolido pela Lei Orgânica do Ultramar, de 1953 (Lei n.º 2066, de 27 de Junho), na sua base LXIX, III, onde se estabelecia: «A pena de degredo não se ordenará nem cumprirá mais nas províncias ultramarinas». Poderão, todavia, ser criados no ultramar estabelecimentos penais, visando uns maior segregação e intimidação, outros mais fácil correcção de criminosos primários e de tipo exógeno. Tais estabelecimentos enquadrar-se-ão, na medida do possível, em planos de colonização interna ultramarina.

Cumprida a pena, far-se-á, pelos serviços competentes a determinar, um juízo sobre a possibilidade da integração dos delinquentes, em plena liberdade, na respectiva província. Quanto àqueles delinquentes cuja integração na província se tenha julgado indesejável, não será permitida a sua permanência nela durante os cinco anos que se seguirem ao seu cumprimento<sup>1</sup>.

Reforma prisional. *Vide* ainda, sobre o problema do degredo, BELEZA DOS SANTOS, *loc. cit.*; DONNEDIEU DE VABRES, *loc. cit.* (contra) VIDAL-MAGNOL, *Cours de Ciencias Pénitenciaires* e HEIMBERGER, *loc. cit.* e literatura por ele indicada. ATALIBA NOGUEIRA, no seu interessante livro *Pena sem Prisão* pronuncia-se abertamente por uma pena de colonização interior que estaria na linha de evolução histórica do degredo. Há, de resto, uma larga corrente alemã contra as penas privativas de liberdade, que procuram o seu substitutivo no degredo (Cfr. FABB, *Bedarf Deutschland der Kolonie?*, 1879; MITTELSTADT, *Gegen die Freiheitstrafen*, 1879; BRUCH, *Fort mit der Zuchthäuser*, 1894; (contra) KORN, *Ist die Deportation unter den heutigen als Strafmittel praktisch verwandbar?*).

<sup>1</sup> Sobre esta disposição ponderava o parecer da Câmara Corporativa, in *Diário das Sessões* de 13 de Novembro de 1952, pág. 965: «Propõe-se que a pena de degredo não seja ordenada nem cumprida mais nas províncias ultramarinas. Na verdade, na medida em que ela se traduzia praticamente, numa deportação ou envio puro e simples para esses territórios, envolvia o perigo de lançar no seio deles elementos de grave perturbação e corrupção.

Ao encontro desta ideia foi, de resto, já o Decreto n.º 20 877, de 13 de Fevereiro de 1932, retomando-a a Reforma Prisional de 1936, em vigor.

Há, porém, que entender a supressão do degredo apenas com esse significado. Na verdade, dispondo o País de vastos territórios ultramarinos, mal se

Julgamos pois, que tendo sido, por esta forma, expressamente proibida a aplicação do degredo, não tem qualquer sentido a condenação, em alternativa, das penas dos n.ºs 1, 2, 3, 4 e 6 do art. 57.º do Código Penal, devendo, pois, omitir-se na sentença a sua aplicação em alternativa.

E) — *Expulsão do reino*: — O Código de 1852 definia a pena de expulsão do reino (art. 36.º), como importando a obrigação de o condenado sair do território português, com a proibição de nele voltar a entrar. Podia ser perpétua ou temporária (dez a quinze anos).

compreenderia que não fossem aproveitados para neles se organizarem estabelecimentos penais visando os seguintes fins:

a) Maior segregação de delinquentes, designadamente políticos ou comuns de difícil correcção, aos quais naturalmente convém cortar todas as ligações com o meio em que desenvolveram ou podem desenvolver a sua actividade criminosa. Tais delinquentes «degredados» no ultramar, estarão sujeitos no resto a um regime inteiramente semelhante ao da metrópole;

b) Maior intimidação relativamente a delinquentes, autores de muito graves infracções, pela cumulação de um regime de prisão com o afastamento para regiões remotas.

c) Facilitar a correcção de delinquentes primários ou de todos aqueles cuja criminalidade deriva sobretudo de razões de ambiente (social, moral, económico, etc.), ou seja, do tipo chamado pela criminologia «exógeno», pela criação de condições de regeneração e readaptação a nova vida social.

Estes últimos estabelecimentos serão de tipo predominantemente aberto e têm uma importância tanto maior quanto é certo que se podem e devem integrar em planos de colonização: o trabalho destes criminosos permite o aproveitamento de zonas climaticamente duras ou onde a colonização é incipiente.

Este pensamento de utilizar, com as devidas precauções, delinquentes para aproveitamento e exploração de terrenos incultos e, de um modo geral, para dar os primeiros passos na colonização de certas regiões, é velho na história portuguesa, encontrando tradução inclusive nas Ordenações. Em dias de hoje não deixa de ser especificamente defendido. Ainda recentemente o Prof. Ataliba Nogueira sugeriu esta forma de reacção criminal como processo de colonização interna no Brasil. Um estabelecimento penal com este objectivo está em construção na região Silva Porto, Angola. Substituirá a colónia do Tarrafal.

Há-de acentuar-se que se trata de estabelecimentos que, na sua estrutura, são fundamentalmente idênticos aos eventualmente criados na metrópole com o mesmo fim.

O art. 53.º da Reforma de 1884 aboliu, porém, a pena de expulsão perpétua, estabelecendo (art. 54.º) que «aos crimes a que ela corresponde é aplicável a pena de expulsão do reino, sem limitação de tempo». § 1.º: «O condenado a esta pena fixa expulso do reino por vinte anos, se antes disso não lhe for moderada a pena pelo poder moderador, ou espaçado o prazo da sua duração pelo poder executivo, contanto que a totalidade dessa duração não exceda a trinta anos.»

Por sua vez, no art. 55.º, estabelecia-se que o máximo da pena era de doze anos.

De tudo isto, resultou (cfr. ainda o art. 81.º, § único do Código de 1852 para o mínimo da pena) o art. 62.º e os números 7 e 8 do art. 57.º do Código vigente.

A pena de expulsão do reino aparecia no nosso direito, como vimos, com o nome de desnaturalização.

Aplicada, porém, a crimes comuns e a nacionais, como pena autónoma, implica em remeter para outros países ou lugares maus cidadãos, o que não pode deixar de ofender os interesses dos estados respectivos. Compreende-se, por isso, só para crimes políticos, ou então, *v. g.*, como sucede no direito alemão, para estrangeiros ou nacionais que se encontrem no estrangeiro<sup>1</sup>.

*Perda de direitos políticos:* — O art. 37.º do Código de 1852 definia esta pena como consistindo «na incapacidade de tomar parte por qualquer maneira no exercício, ou no estabelecimento

<sup>1</sup> Cfr. arts. 146.º, § único, e 147.º, do Código Penal. Sobre a forma de expulsão, cfr. a circular do Ministério da Justiça, de 9 de Dezembro de 1914, e ainda o art. 45.º do Decreto n.º 23 203, de 9 de Novembro de 1933. Relativamente a estrangeiros, e como medida administrativa, sempre que a sua presença no nosso país se mostre inconveniente, a expulsão é prevista pelo Decreto n.º 13 919, de 7 de Junho de 1927; n.º 16 122, de 7 de Novembro de 1928; e n.º 16 386, de 8 de Janeiro de 1929 (cfr. MARCELO CABTANO, *Manual de Direito Administrativo*, 3.ª edição, pág. 660).

do poder público, ou funções públicas. Esta pena é perpétua, salva a reabilitação nos casos determinados na lei».

A Reforma de 1884 (art. 56.º), manda abolir «a pena de perda de direitos políticos, substituindo-a pela pena fixa de suspensão dos direitos políticos pelo tempo de vinte anos». Daí o n.º 9, do art. 57.º, e o art. 63.º do Código de 1886.

## II — *Penas correccionais:*

A) — *Prisão correccional:* — O Código de 1852, como o vigente (art. 58.º, n.º 1), enumeram, como se disse, a prisão correccional com o mínimo de três dias (n.º 1, do art. 98.º) e o máximo de dois anos (art. 64.º) entre as penas chamadas correccionais.

B) — *O desterro:* — O art. 65.º do Código actual, reproduzindo a definição do Código de 1852, declara que a pena de desterro prevista no art. 58.º «obriga o réu a permanecer em um lugar determinado pela sentença, no Continente ou Ilha em que o crime for cometido, ou sair da comarca por espaço de tempo que não exceda três anos».

Trata-se, no fundo, de uma autonomia do degredo para lugar certo ou para fora da comarca dentro do reino, a que, como atrás vimos, as Ordenações faziam, muitas vezes, referência, sob a designação de degredo. Nos termos do artigo 98.º, n.º 2, os limites mínimos desta pena são três meses.

C) — *Suspensão temporária de direitos políticos:* — Tal como o art. 40.º do Código de 1852, o n.º 3 do art. 58.º do Código de 1886 enumera a suspensão temporária de direitos políticos como consistindo na privação de todos ou de alguns direitos políticos por tempo não menor de três anos nem excedendo doze<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Note-se que, nos termos do art. 98.º, n.º 3, se admite, todavia, que a pena desça a dois anos.

D) — *Multa*: — Como pena pecuniária, e tal como no Código de 1852, o art. 58.º, n.º 4, enumera a multa entre as penas correccionais que o art. 67.º define como consistindo na obrigação de o condenado pagar para o Estado uma quantia proporcional ao seu rendimento, até três anos, arbitrada na sentença, de modo que, por dia, não seja menor que 5\$00, nem exceda a 100\$00, salvo nos casos em que a lei taxar quantias determinadas.

Vê-se, assim, que a multa pode ser determinada em função de certo número de dias a que se é condenado, sendo, neste caso, o seu máximo três anos e o seu mínimo três dias (art. 98.º, n.º 1) ou fixada em quantia certa.

a) — Levantam-se, por vezes, dificuldades quando a lei manda aplicar a pena de prisão correccional e multa correspondente. Efectivamente, enquanto os limites normais da prisão correccional são de três dias a dois anos, os da multa são de três dias a três anos, pelo que se pode perguntar se a correspondência se faz relativamente à escala da prisão correccional ou à da multa.

A doutrina tem-se dividido <sup>1</sup>.

Parece porém, que a melhor opinião será esta. A concreta duração da multa determina-se nestes casos pela referência do que representa a concreta prisão correccional, aplicada na moldura abstracta desta, *v. g.*, um terço, um quarto, etc. à moldura abstracta da pena de multa.

Efectivamente, a expressão «prisão correccional» e «multa correspondente», perfeitamente correcta no domínio do Código de 1852, em que a moldura de ambas as penas era a mesma (três dias a três anos), começa a ser duvidosa quando a lei de 1867 reduziu o máximo de prisão correccional (art. 33.º) para dois anos. Parece, porém, que se desceu o máximo da prisão correccional, justamente porque se fixou em dois anos o mínimo de prisão maior celular, o que não pode ter qualquer

<sup>1</sup> Cfr. VITOR FAVEIRO, *Código Penal*, pág. 199.

necessária projecção sobre a moldura da pena de multa, não havendo nenhuma razão para diminuir no seu máximo. Mas isto sucederia precisamente, se a correspondência fosse determinada relativamente à moldura abstracta da actual prisão correccional. Deste modo, repetimos, a solução só parece poder ser aquela que atende à proporção na moldura da pena da multa, do quanto concreto de pena correccional, aplicada no quadro da moldura abstracta.

b) — Actualmente, os limites máximos e mínimos da equivalência de cada dia de prisão a multa são, respectivamente, de 100\$00 e 5\$00, que podem ser elevados ao triplo (§ único e art. 3.º do Decreto-Lei n.º 35 978) <sup>1</sup>.

A substituição da multa de prisão tem uma função puramente coercitiva, como resulta do art. 642.º do Código de Processo Penal.

A possibilidade do pagamento de multa com trabalho, a que se refere SEELIG <sup>2</sup>, está prevista no § 5.º do art. 639.º do Código de Processo Penal e regulada no Decreto n.º 34 674, de 18 de Junho de 1945. SEELIG, todavia, propõe que, nestes casos, o pagamento por tal forma seja feito através de horas suplementares de trabalho.

E) — *Repreensão*: — Nos termos do art. 42.º do Código de 1852, que o art. 68.º do Código de 1896 repete, a pena de repreensão obriga o condenado nela a comparecer em audiência pública do juízo respectivo, para aí ser repreendido. Esta pena, aplicada a crimes de pequena gravidade (*v. g.*, § 1.º do art. 430.º), traduz-se, pois, numa censura dada em audiência.

F) — *Vigilância policial*: — Os arts 69.º e 70.º do Código de 1886 descrevem a pena de vigilância policial.

<sup>1</sup> Sobre a execução da pena de multa, *vide* o artigo 122.º, § 3.º, do Código Penal, actualizado pelo Decreto n.º 35 978, de 23 de Novembro de 1946.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, pág. 308.

Trata-se de uma reprodução parcial do art. 61.º do Código de 1852.

Era encarada, no Código de 1852, como *um efeito* de certas penas (arts. 59.º e 60.º) ou como pena *autónoma*, (*v. g.*, arts 175.º, 379.º, §§ 1.º e 4.º; arts 73.º, § único, e 74.º).

No Código de 1886, fazia-se desaparecer a vigilância policial como efeito das penas<sup>1</sup> mas continuava a admitir-se, em certos casos (*v. g.*, art. 135.º) como pena autónoma. Daí a referência que se lhe fez nos arts. 69.º e 70.º. Actualmente, com a modificação do Cap. III do Tit. 2.º do Código Penal, pelo Decreto n.º 35 015, de 15 de Outubro de 1945, desapareceu a referência à pena de vigilância policial e, portanto, parece que ela desapareceu inteiramente do Código vigente como pena autónoma. Claro que se prevêem no actual Código Penal e legislação paralela, certas medidas de segurança ou preventivas, enquadráveis no espírito da vigilância pessoal<sup>2</sup>.

### III — Penas especiais para os empregados públicos

Repetindo o art. 31.º do Código de 1852, o artigo 59.º do Código Penal estabelece como penas especiais para empregados públicos, a *demissão*, a *suspensão*, e a *censura*, que, respectivamente, os arts. 71.º, 72.º e 73.º do Código Penal definem<sup>3</sup>.

(*Continua*)

<sup>1</sup> Cfr. Relatório da Reforma de 1884, pág. 605.

<sup>2</sup> Sobre o valor e significado da vigilância policial, cfr. CHAUVEAU et HELLÉ, n.º 241 e segs..

<sup>3</sup> Cfr., também, o *Estatuto Disciplinar dos Funcionários Civis do Estado* (Decreto-Lei n.º 32 659, de 9 de Fevereiro de 1943). A despeito da autonomia do processo disciplinar, relativamente ao processo criminal (cfr. nossas *Lições*, pág. 42), a aplicação destas penas a funcionários em processo criminal exclui a aplicação das correspondentes penas disciplinares no processo respectivo, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem*. A aplicação das penas disciplinares aos funcionários em processo criminal é um caso paralelo à fixação de perdas e danos em processo penal, mesmo quando não requerida (art. 34.º do respectivo Código). Aqui, como ali, se serve o direito criminal do efeito pragmático da aplicação *ex officio* de sanções disciplinares de outros ramos do direito.