PENÉLOPE

FAZER E DESFAZER A HISTÓRIA

Director: A.M. Hespanha

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL **N.º 5**

1991

"A História em Discussão"

Dossier A. M. Hespanha *A Emergência da História*, Rui Ramos *A Causa da História do Ponto de Vista Política.*

Estudos Fernando Cortés Cortés • José Subtil *Sistema Penal e Construção do Estado Liberal* • Miguel Angel Perfecto *Influências Ideológicas no Projecto de Primo de Rivera (1923 - 1930)* • **Estado da Questão** João B. Serra *O Século XX na Historiografia Portuguesa do Pós-guerra* • **Em Debate** Pedro Lains *Foi a Perda do Império Brasileiro um Momento Crucial do Sub-Desenvolvimento Português? — II* • Valentim Alexandre *Lains no País das Adivinhas* • **Leituras** • **Jornal**

edições COSMOS

PENÉLOPE

FAZER E DESFAZER A HISTÓRIA

DIRECTOR

A. M. HESPANHA

REDACÇÃO

Álvaro Ferreira da Silva (FE-UNL); Amélia Aguiar Andrade (FCSH-UNL); António Costa Pinto (CEHCP-ISCTE); António M. Hespanha (FCSH-UNL); Bernardo Vasconcelos e Sousa (FCSH-UNL); Carlos Fabião (FLL); Fernando Rosas (FCSH-UNL); Helder A. Fonseca (UE); José Manuel Sobral (ICS); Luís Krus (FCSH-UNL); Luís Ramalhosa Guerreiro (FLL); Mafalda Soares da Cunha (UE); Maria Alexandre Lousada (FLL); Nuno Gonçalo Monteiro (ICS); Nuno Severiano Teixeira (UE/UCP); Rui Ramos (ICS); Valentim Alexandre (ICS); Vítor Serrão (FLUC); Secretário da Redacção: João Carlos Cardoso

Propriedade do título: Cooperativa Penélope, Fazer e Desfazer a História
Subsídios à Redacção da J. N. I. C. T. e S. E. C.

Nota: Os originais recebidos, mesmo quando solicitados, não serão devolvidos.

Sistema Penal e Construção do Estado Liberal: Algumas Questões em Torno da Revolução de 1820 *

José Subtil **

1. A HISTORIOGRAFIA SOBRE 1820 E O PROBLEMA DO SISTEMA PENAL

A revolução de 1820 constitui um momento importante para a compreensão da Sociedade Oitocentista, em especial a sua primeira metade. A historiografia portuguesa do nosso século [1] — a partir das obras de Julião Soares de Azevedo [2] e Fernando Piteira Santos [3] — passou a dedicar-lhe particular atenção, na explicação da sua eclosão, características orientadoras, e razões do insucesso da que foi a primeira experiência liberal em Portugal. Depois de o Prof. Joel Serrão fazer uma primeira síntese sobre o vintismo [4], coube a um grupo de historiadores da Universidade de Coimbra — na década de setenta — sob a orientação do Prof. José Sebastião da Silva Dias, contribuir para o impulso à investigação deste importante período da História Contemporânea Portuguesa [5]. Um historiador francês — o Prof. Albert Silbert [6] — passava, também, a interessar-se pela revolução portuguesa, dedicando particular atenção ao estudo do movimento peticionário dirigido às Cortes Liberais [7], sobretudo nas questões agrárias. Eram abordados, desta forma, problemas económico-sociais e ideológico-políticos da revolução. Já nos finais dos anos 70, inícios da presente década, dois acontecimentos assinaláveis enriqueceram o saber e actualidade do estudo sobre o primeiro liberalismo português. Referimo-nos aos colóquios *O século XIX em Portugal* — organizado pelo Gabinete de Investigações Sociais, em Novembro de 1979 [8] —, e *O Liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX* — levado a efeito pelo Centro de Estudos de História Contemporânea Portuguesa (organismo integrado no I.S.C.T.E.), em Fevereiro de 1981 [9]. Quaisquer destes colóquios integram importantes comunicações sobre a problemática vintista de que salientamos — no G.I.S. —

---

* O texto deste artigo é produto da investigação levada a cabo para a dissertação do Mestrado em História dos Séculos XIX e XX na F.C.S.H. da U.N.L., Março de 1987.

** Escola Superior de Educação de Viana do Castelo.

as de José António Barreiros [10], José Silva Dias [11] e Luís Reis Torgal [12]; no do C.E.H.C.P., praticamente todo o primeiro volume [13] e a comunicação da Prof.ª Miriam Halpern Pereira, inserta no segundo [14]. Na última meia dúzia de anos alguns artigos avulso têm sido publicados bem como preparação de dissertações em mestrado e doutoramento [15].

O objectivo central deste nosso artigo [16] prende-se com as três seguintes questões:

1) A de saber qual o grau de inovação do nosso primeiro liberalismo em matéria penal uma vez que constituía peça fundamental nos programas liberais com implicações ideológicas, políticas, sociais e institucionais importantes. Trata-se, sobretudo, de discutir o problema da estruturação de um Estado de Direito *versus* uma Monarquia de Privilégios e que nos conduz, necessariamente, às questões da legitimação do poder e do uso que dele se faz, ou seja, o que se castiga, como se castiga e para que se castiga.
2) Explicar o fenómeno da contra-revolução inventariando resistências ao novo modelo penal, os autores e actores da estratégia de boicote e seu sistema de acção.
3) Compreender as apreensões e comportamentos contemporâneos, em especial, a matriz das soluções, críticas e incapacidades.

São problemas não tratados pela historiografia portuguesa, com excepção para algumas abordagens — marcadamente jurídicas. A maioria destas análises tendem a privilegiar o estudo da obra de Pascoal José de Melo Freire e o período da Regeneração, esquecendo, quase por completo, toda a fase do despertar e consolidação do regime liberal [17]. O único estudo que conhecemos, dentro desta área, que dedica alguma atenção ao período vintista é a já referida comunicação que José António Barreiros, da Faculdade de Direito de Lisboa, apresentou ao colóquio sobre *O século XIX*, patrocinado pelo G.I.S.: *As instituições criminais em Portugal no século XIX* [18]. Embora o seu interesse seja, fundamentalmente, o problema das reformas judiciais, não deixa, porém, de avançar considerações sobre as opções político-criminais e a função desempenhada pelo aparelho criminal durante o triénio vintista. Em nosso entender julgamos menos certas algumas das suas hipóteses, a saber:

a) Retirar, em parte, a novidade legislativa aos nossos primeiros liberais e transferi-la para o «iluminista» Melo Freire.
b) Silenciar as propostas inovadoras relativamente à finalidade das penas e, consequentemente, o papel reservado à penalidade no novo sistema político.
c) Ignorar o debate e acções sobre o sistema penitenciário, preferindo situá-lo em meados do século.
d) Identificar certas «aberrações» jurídicas de algumas práticas do aparelho de Estado com o atraso do processo de consciencialização liberal.

A nossa opinião é a de que a última fase da época mariana, a que corresponde o reformismo de Melo Freire, introduz três componentes cuja coerência é denegativa com um processo de mudança: a componente filantrópica, a racionalidade para a sistematização/actualização do emaranhado legislativo e a celeridade do acto processual, tendo em vista o efectivo cumprimento da lei. É a revolução liberal que comporta vertentes completamente novas, a saber:

a) Mudança nos objectivos da penalidade e, necessariamente, alteração da própria filosofia penal.
b) Novo papel reservado ao sistema penitenciário.
c) Reformulação do acto processual.
d) Definição das competências e perfis dos corpos de Polícia e do Poder Judicial.
e) Implementação de uma reforma administrativa do aparelho judicial.

Este entendimento que fazemos da conjuntura vintista não é, porém, pacífico e constitui mais um ponto de *partida* que de *chegada*. Coincindente com a nossa opinião — quiçá mais contundente com Melo Freire — é a do professor de Direito, Nuno Espinosa Gomes da Silva. Mas outra posição é defendida pelo historiador das instituições, António Manuel Hespanha, para quem Pascoal de Melo Freire na sequência, aliás, das modificações introduzidas pela Lei «da Boa Razão» (1769) terá sido um inovador da reforma penal, tanto como autor do projecto do Código Criminal (1786) como dos compêndios da ciência jurídica do seu tempo. A conclusão de António Manuel Hespanha ressalta, sobretudo, de um ensaio de análise estrutural apresentado no *Incontro Internazionale di Studio*, Universidade de Siena (3/6 de Dezembro de 1986), sobre o código da Leopoldina [19] onde adianta, inclusivé, que o jurista de Coimbra é um precursor a nível europeu.

Naturalmente que este é um debate no terreno da doutrina e das ideias — só por si significativo — e que um outro se circunscreverá às práticas jurídicas onde há todo um campo por desbravar. Por exemplo, nada se sabe sobre a estrutura, funcionamento e prática da Relação do Norte, Casa da Suplicação e Desembargo do Paço. E parece-nos de grande riqueza explicativa a hipótese de que o nódio central da contradição político-institucional do período vintista passa pela contradição do campo jurídico onde a contra-revolução [20] se justificou e organizou, por mais paradoxal que a legitimação liberal a encare [21].

2. PRIMEIRAS TENTATIVAS DE REFORMA DA MONARQUIA ABSOLUTA: O PROJECTO DE PASCOAL DE MELO FREIRE

Até à aprovação pelo Governo de Saldanha, em 10 de Dezembro de 1852, do Código Penal, a base legal e jurídica da penalidade em Portugal estava contida nas Ordenações e Leis Extravagantes. No relatório que acompanha o decreto enviado à Rainha D. Maria II, ainda se pode ler: «É pois manifesto a todos os respeitos a utilidade de um código penal português que vá de pronto substituir a antiga legislação criminal, dispersa e cruenta, acabar de uma vez com o ilimitado arbítrio que necessariamente resulta não menos da confusão que da nímia severidade das leis,

abrir uma nova época de moralidade e justiça, e levantar mais um padrão de glória no reinado de Vossa Magestade» [22]. Existem, contudo, alguns momentos históricos nos quais se procurou reformar o sistema. O primeiro corresponde ao reinado de D. Maria I, no último quartel do século XVIII; o segundo, à acção desencadeada pelo vintismo, porventura o menos conhecido; o terceiro, à legislação de Mouzinho da Silveira, e o último, ao período Setembrista em que, no Governo de Passos Manuel, chegou a entrar em vigor, embora por escassos dias, o Código de autoria de José Manuel da Veiga [23]. É necessário, portanto, face ao nosso estudo, traçarmos as linhas de força que dominaram o reformismo de Melo Freire, para melhor compreendermos a amplitude da inovação vintista que acabará, no fundo, por marcar o ritmo da mudança ao longo do século XIX.

Por Decreto de 31 de Março de 1778, D. Maria I cria uma Comissão para a reforma de toda a legislação encarregando, em 1783, o Dr. Pascoal de Melo Freire da parte ao Direito Público e Direito Criminal, este último reformulando, por conseguinte, o Livro Quinto das Ordenações do Reino. Os projectos apresentados em 1789 procuravam alterar e sistematizar todo o clausurado das Ordenações [24]. Convém, no que nos diz respeito, determinar graus de referência que poderão estar implícitos nas propostas vintistas para detectarmos a novidade que as mesmas contêm. A nossa análise far-se-á em dois tipos de incursões: uma sobre as *Instituições do Direito Criminal Português* [25] e outra sobre o *Projecto do Código Criminal* [26]. A primeira, porque é uma apreciação teórica e valorativa, aqui e ali corrigindo o edifício legislativo vigente, e a segunda porque é uma proposta legislativa.

Nas *Instituições*, que não tratam de estabelecer leis «mas de apreciar as já estabelecidas, cumprindo-nos julgar por elas e acerca delas» [27], Melo Freire critica a situação portuguesa e elogia os esforços dos que, noutros países, se dedicaram e dedicam à empresa de construir um novo Direito. Das inúmeras autoridades que invoca [28] destaca o Marquês de Beccaria que «merece até grande louvor pelo facto de haver juntado, em um só volume, todas as boas ideias dos outros a respeito de crimes e penas, e ter sido o primeiro que afoitamente tentou revestir de uma nova face a Ciência Criminal» [29]. Referindo-se, especificamente, ao caso português, diz Melo Freire: «Pelo que nos respeita, a Jurisprudência Criminal, que se contém no livro V das nossas Ordenações, sofre de vícios comuns em que abundam as leis criminais das outras nações, e é lamentável que, até agora, não tenha surgido entre nós quem descobrisse as suas feridas, ou, descobrindo, as curasse (...)» [30]. É para esta tarefa que se propõe contribuir, apresentando com clareza, e em síntese, os princípios, regras e axiomas com fins eminentemente pedagógicos. Dividida em 23 Títulos, doze dos quais tratam dos delitos e das penas, «ajustando-as, quanto a permitem as verdadeiras regras de interpretação a este tempo em que vivemos» [31], dedica o restante à explicação da forma e ordem dos juízes criminais, como acusação dos réus, inquirições gerais ou especiais, denúncia, querelas, indícios de crime, execução do juízo criminal, perdão, etc.

Subscrevendo, no essencial, a definição da penalidade de Grócio, Melo Freire afirma nos § 12 e 27 do Tít. I que a pena é o sofrimento infligido por causa da acção — portanto, os delinquentes devem ser castigados para que, de futuro, tanto

eles como os outros, se abstenham da prática do mal. No prosseguimento desta lógica compreende-se a defesa que faz de um critério da proporcionalidade entre pena e delito que extravaza, no mínimo, o quadro vigente e que, de uma forma geral, radica nas proximidades da filosofia da pena de talião: a violência é punida com a morte, a avareza castigada com a multa, ou seja, estabelece-se e julga-se pela natureza do mal. Por outro lado, a perseveração do objectivo «exemplar», com recurso ao terror para que outros fujam de perpetrar crimes semelhantes aos publicamente castigados, não se afasta da mentalidade típica do Antigo Regime. A sua classificação das penas, em *capitais* e *não-capitais*, não apresenta grande originaliidade — apenas inserções, fundamentalmente, filantrópicas. Nas penas capitais, admite que estas possam ser *simples*, isto é, por degolação ou enforcamento (segundo critérios sociais), e *atrozes*, ou seja, acompanhadas de açoites e queima dos corpos. É somente contra as *cruéis* que se insurge — precisamente as que tinham vindo, lentamente, a entrar em desuso, tal como a prática de tirar a vida amarrando cavalos aos membros do supliciado, procedendo-se, depois, ao esquartejamento do corpo.

Nas penas *não-capitais* [32] aceita o princípio da infâmia e confiscação de bens e não levanta reservas às penas corporais, aos condenados às galés, ao degredo ou aos trabalhos públicos. Paradoxalmente, a par da preocupação exímia que demonstra para defender o primado da lei continua, embora raramente, a prover penas arbitrárias. A regalia da *homenagem*, que dava ao privilegiado o direito de livre custódia, não é criticada por Melo Freire, nem tão pouco invocada como obstáculo à igualdade do cidadão perante a lei. Na realidade, o progresso que encerra a filosofia de Melo Freire face às Ordenações é, sobretudo, a aquisição de um cunho humanitário, o esforço em sistematizar todo o vasto e intrincado conjunto das leis criminais, e algumas propostas de revisão dos actos processuais, minados pela arbitrariedade judicial. Além da condenação da pena capital *do tipo cruel*, Melo Freire tece considerações críticas a toda a forma de tormento como meio de prova. Sugere maior atenção para a degradante situação dos presos, em especial as mais clamorosas: barbaridade dos carcereiros, vergonha dos *segredos* e enxovias subterrâneas ou, então, o espectáculo indecoroso da procissão do preso algemado. Aponta, também, a transmissibilidade do castigo como intolerável, restringindo a punição aos autores e cúmplices dos delitos. Finalmente, a linha racionalista do professor de Coimbra leva-o a inventariar crimes e penas — preocupação, aliás, pragmática e instrumento necessário em face da incipiente e desactualizada jurisdição [33]. É assim que a manifesta mudança na interpretação de crimes que, no passado, foram violentamente reprimidos, e que, à época, estavam desactualizados (caso da magia e moralidade dos costumes), habilitaram Melo Freire, no § 14, a apresentar uma série de ordenações *ab-rogadas* (ver Quadro I). Contudo, estas tendências correctivas não manifestam, de forma alguma, uma nova concepção penal e são, em si mesmas, produto das exigências que o desuso criou no emaranhado das Ordenações. De facto, como o próprio jurista diz «(...) quem não se rirá hoje do que se acha escrito na Ord. liv. 5, tít. 3, acerca de feitiçarias, encantamentos, filtros e predição do futuro?» [34].

QUADRO I

ORDENAÇÕES *AB-ROGADAS*, SEGUNDO AS *INSTITUIÇÕES*, DE MELO FREIRE

(Quadro elaborado cruzando as propostas do jurista
com as determinações das *Ordenações*)

Título	Matéria
III	Dos feiticeiros
XIII	Dos que cometem pecado de sodomia e com alimarias
XIV	Do Infiel, que dorme com alguma Cristã, e do Cristão, que dorme com o Infiel
XV	Do que entra em Mosteiro, ou tira Freira, ou dorme com ela, ou a recolhe em casa
XVII	Dos que dormem com suas parentes e afins
XIX	Do homem, que casa com duas mulheres, e da mulher, que casa com dois maridos
XXV	Do que dorme com mulher casada
XXVI	Do que dorme com mulher casada de feito, e não de direito, ou que está em forma de casada
XXXII	Dos Alcoviteiros, e dos que em suas casas consentem as mulheres fazerem mal de seus corpos
XXXVI	Das penas pecuniárias dos que matam, ferem, ou tiram arma na Corte
XXXVIII	Do que matou sua mulher por a achar em adultério
LX	Dos furtos, e dos que trazem artifícios para abrir portas (Princípio)
LXVI	Dos Mercadores, que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia (§ 7 e 10)
LXIX	Que não entrem no Reino Ciganos, Arménios, Arabios, Persas, nem Mouriscos de Granada
LXX	Que os escravos não vivam per si, e os negros não façam bailes em Lisboa
LXXIX	Dos que são achados depois do sino de recolher sem armas, e dos que andam embuçados
LXXX	Das armas, que são defesas, e quando se devem perder
LXXXII	Dos que jogam dados, ou cartas, ou as fazem, ou vendem, ou dão tabolagem, e de outros jogos defesos
LXXXVI	Dos que põem fogos (§ 5)
XC	Que não façam vodas, nem baptismos de fogaça, nem os amos pecam por causa de seus criados
XCII	Dos que tomam insígnias de armas, e dão, ou apelidos, que lhes não pertencem
XCIII	Que não tragam hábitos, nem insígnias das Ordens Militares em jogos, ou em mascaras
XCIV	Dos Mouros e Judeus, que andam sem sinal
C	Das coisas, que se não podem trazer por dó
CI	Que não haja Alfeloeiros, nem obreiros
CIX	Das coisas, que são defesas levarem-se a terra de Mouros
CXXIII	Dos Coutos ordenados para se coutarem ou homiziados, e dos casos, em que lhes devem valer
CXXXIII	Dos tormentos

Esta caracterização do pensamento de Melo Freire aplica-se, na sua essência e pormenor, aos enunciados do *Projecto do Código Criminal* apresentado à junta em 26 de Novembro de 1786, em que, na parte introdutória § IV, o jurista não deixa de renovar críticas ao Livro Quinto: «É portanto a sobredita Ordenação muito

defeituosa, e o seu silêncio, omissão ou remissão em um ponto tão importante foi, quanto a mim, a principal causa e motivo das atrocidades, cometidas nesta matéria por tantos séculos» [35].

Todavia, a oportunidade que teve para expressar novos juízos numa proposta de lei não será motivo para abandonar a consonância com as *Instituições*. Continua a não admitir as *penas cruéis* (como a de morrer queimado, mutilação dos pés, olhos, língua), a enunciar o princípio da proporcionalidade entre pena e delito, e a fazer uso moderado das *penas pecuniárias*. No § XXIII não tem dúvidas em manter os *castigos corporais*: «Farei, porém, entrar no código não só todas as outras penas corporais e aflitivas, mas as mesmas capitais». As constantes referências a juristas estrangeiros, que pareciam fundamentar as opções de Melo Freire, obrigam-no a justificar-se por não subscrever as posições doutrinais de Beccaria, cujos argumentos, baseados no pactos social, são inviáveis — no seu entender — para o nosso país e, por conseguinte, não podem ser aplicadas. Todo este clausurado, materializado no Título IV, *Das Penas*, expressa e confirma as alterações que o jurista de Coimbra se propõe realizar, bem como as continuidades que deseja manter. No caso específico da *pena de prisão*, a que é dedicado o § 7, apenas se diz que o rigor imposto ao preso deverá estar em conformidade com a qualidade do delito, e que os melhores lugares da prisão devem ser distribuídos pelos presos de custódia e crimes leves.

De facto, o sistema penal português está, ainda, bastante arredado do pensamento iluminista da época, pese embora as primeiras manifestações veiculadas por Melo Freire. Manifestações que se traduzem, fundamentalmente, a três níveis: carácter filantrópico, preocupação de sistematização e administração da Justiça. As medidas com o brilho da modernidade, enquadradas na construção de uma nova ordem política, pertencerão ao triénio vintista, algumas consagradas, outras mantidas como desejos por todo o século XIX, cujas concretizações foram, invariavelmente, interrompidas.

3. LINHAS DE FORÇA DO SISTEMA PENAL VINTISTA

O Estado Vintista materializa, desde o início, transformações importantes — podendo dizer-se que, na verdade, o Congresso perfilha uma nova filosofia penal. No início dos trabalhos das Cortes Liberais todos os debates são unânimes na crítica ao *Livro Quinto das Ordenações*, realçando os domínios da tipologia penal (gravosa/aleatória) e a arbitrariedade dos trâmites processuais. A expressão da importância de uma alternativa urgente às *Ordenações* encontra-se nas directrizes que, imediatamente após a abertura do Congresso, são remetidas à Comissão de Legislação para activar os mecanismos necessários à formação de um código criminal. Podemos, entretanto — e em sentido geral — traçar os pressupostos essenciais das novas opções político-criminais materializadas ao longo dos debates nas Cortes Extraordinárias e Ordinárias. Nas primeiras, merecem especial referência as *Bases da Contituição, Lei de Liberdade de Imprensa* e, evidentemente, a própria *Consti-*

tuição. Nas segundas, a *Lei da criação das Novas Relações* e — a preencher os trabalhos dos deputados ao longo de todo o 1.º trimestre de 1823 — o *Projecto sobre a Responsabilidade dos Funcionários Públicos*. As medidas de natureza penal enquadradas neste pacote legislativo procuram, mesmo antes da conclusão do código encomendado, legislar sobre uma matéria sentida por todos como imprescindível. De tal forma se confundiram objectivos que foi frequente a interrupção e chamada de atenção de alguns deputados para que «(...) a Constituição, não é um código» [36] ou de que: «Nós não estamos a fazer o código criminal, mas sim uma lei particular» [37]. As normas aprovadas e/ou congeladas permitem-nos, assim, traçar o perfil e essência das reformas que se pretendia implementar.

O primeiro destes propósitos marca a decisão indiscutível da rejeição da crueldade das penas corporais. Os revolucionários vintistas, mesmo antes da aprovação das Bases da Constituição, logo nas primeiras sessões das Cortes (1 de Fevereiro de 1821), «atendendo a que as penas estabelecidas nas Ordenações do Reino e nas leis posteriores são desproporcionadas e injustas e inaplicáveis no nosso século e que não pode prevalecer até à publicação do Código Criminal, decretam provisionalmente (...) a confiscação de bens; a transmissão da infâmia; os açoutes com baraço e pregão ou sem ele; o marcar com ferro quente, mesmo nos ombros; o uso da tortura, ficam totalmente abolidos». Posteriormente, as Bases da Constituição, na Secção I — *Dos Direitos individuais do cidadão*, art. 12.º, bem como a Constituição no Título I, art. 11.º, consagrarão os mesmos princípios. A abolição das penas corporais e bárbaras teve a ver com dois tipos de questões: uma, de carácter filantrópico (componente da filosofia das Luzes), e outro, de legitimidade da própria autoridade do Estado, pois a inaplicabilidade das sentenças — devido às suas desproporções — accionava, frequentemente, o direito de perdoar do Rei, multiplicando abusos e, o que é mais grave, dispensando o princípio da observação da lei. Um dos objectivos dos liberais era, por conseguinte, tornar as leis mais moderadas, passíveis de aplicação imediata e restringindo ao mínimo, ou mesmo fazendo cessar, o direito de agraciar do Rei. Embora a Constituição não tenha previsto a extinção deste direito do monarca, o facto é que tal já tinha sido defendido com entusiasmo pelos deputados Gouvêa Durão e Soares de Azevedo, e admitido apenas para o caso da pena capital, por Fernandes Tomaz, Castelo Branco, Borges Carneiro, Moura e Sarmento: «(...) a nação não pode conferir ao Rei um direito anti-social, nem este usar dele sem quebra dos seus deveres sociais, sem animar ao crime pela porta que o perdão abre à impunidade» [38].

Em simultâneidade com a abolição das penas corporais e infamantes são enunciados dois grandes princípios: a *igualdade de todos perante a lei* [39] e o *Habeas Corpus*. O estatuto das *Ordenações* que diferenciava os estratos sociais em relação à lei é, agora, contrariado pelos liberais vintistas que, doravante, prescrevem exigências legais para a formação de culpa e obrigam à informação ao cidadão do delito de que é acusado [40]. Estas censuras ao Antigo Regime e a promoção de factores avalizadores de uma nova filosofia penal são muito importantes, quer pelo tempo em que são tomadas, quer por delinearem, indiscutivelmente, um futuro desenraízado das regras e princípios tradicionais. Uma atitude inequívoca quanto

à necessidade de uma correcção profunda no modelo vigente e que, posteriormente, admite mais dois outros fundamentos: a vantagem da *graduação e proporcionalidade das penas*, aceitando-se, para o efeito, factores agravantes e atenuantes, pelos quais o juiz deve pautar as apreciações e dispôr de margem para a aplicação da lei [41]; e inovação ao nível processual, passando a vigorar a *publicidade do acto processual*, isto é, a sua transparência.

Esta rejeição do legado mariano-joanino provoca, em si mesma, a institucionalização de uma nova ordem legitimada em concepções radicalmente diferentes, de que destacamos os conceitos de *pacto social, finalidade das penas* e/ou *papel desempenhado pelo sistema penal*. O direito de punir passa a fundamentar-se, exclusivamente, no *pacto social*, o que implica que é à mesma sociedade que cabe a legitimidade para castigar, não para reparar a ofensa do particular, mas para reproduzir as condições da liberdade e, obviamente, a segurança do cidadão. Por isto mesmo deixam de ter cabimento a maioria das penas consagradas nas *Ordenações*, na medida em que os castigos passam a revestir carácter de utilidade pública [42]. A sociedade, como colectividade de indivíduos que se congregam para fins comuns, só pode manter-se e conservar-se à custa de sacrifícios individuais, renúncias ao que possa perturbar o seu bom funcionamento. A sociedade tem, assim, o direito de usar dos meios conducentes à sua preservação como o diz, com clareza, o deputado Gouvêa Durão: «(...) a lei criminal faz duas promessas solenes, uma a todo o cidadão afiançando-lhe a sua propriedade, a sua liberdade, a sua segurança nas penas que comina ao invasor ou invasores de qualquer destes direitos; e outra a estes invasores declarando-lhes o que devem sofrer, quando violem algum ou alguns desses direitos (...)» [43].

Relativamente aos fins a que se destinariam as penas são três os objectivos: expiação do mal feito à sociedade, emenda do criminoso e prevenção da criminalidade. É como se existisse uma espécie de «Deve/Haver» entre direitos e obrigações do indivíduo, contraídos por força do *pacto social* [44]. Dentro desta lógica, o castigo tem o significado de um pagamento à sociedade, de um desagravo e, como tal, terá de revestir carácter de utilidade pública. Compreende-se, desta forma, por que tenham os «trabalhos forçados» sido tão apreciados pelos nossos liberais, como igualmente o foi o trabalho no interior das prisões [45]. Ademais, é pelo trabalho que o homem permuta as suas funções sociais e concretiza o progresso das Nações. O segundo objectivo diz respeito à emenda do criminoso. Ao contrário do alcance limitado, restrito à sanção e aplicação da pena, o Liberalismo vai ampliar os seus resultados, consequência de uma interpretação diferente da penalidade, vista como baptismo libertador. O delinquente, manchado pela mácula do crime, passa a poder regenerar-se, o que lhe confere probidade para um reingresso na sociedade: «cumprida a sentença, está purificado na sociedade e ficou como se não tivesse cometido crime» [46], como diz Borges Carneiro, e confirma o deputado Vilela: «É verdade que o homem que comete um crime, tendo satisfeito a pena que a lei lhe impõe, se julga purificado e capaz de todos os direitos de que gozam os outros seus irmãos» [47], e o deputado Andrada: «A pena é para mim a purificação do delito, o baptismo que lava o criminoso; e uma vez expiado o delito, julgo o homem puro,

e capaz de todos os direitos de que gozam os outros seus irmãos» [48]. Como terceiro objectivo, a finalidade preventiva da criminalidade, muito diferente da anterior que a fundamentava na capacidade em exprimir terror e barbaridade; agora, a exemplaridade faz-se à custa da prontidão, da efectivação na aplicação das sentenças e na persuasão das forças policiais.

Os nossos primeiros liberais tinham, ainda um conhecimento profundo e rigoroso das grandes reformas penais que se estavam a operar na Europa e Estados Unidos. A título de exemplo podemos referir os nomes dos deputados Peixoto, conhecedor das experiências da Pensilvânia [49]; Pinheiro de Azevedo que elogia o código penal dos Estados Unidos da América [50]; Sarmento que invoca, com entusiasmo, Howard, Danjou e as Sociedades filantrópicas criadas na Inglaterra e França, bem como a acção desenvolvida pela Congregação de S. Vicente de Paulo [51]; Borges Carneiro que toma como paradigma o código penal da Pensilvânia «feito com as luzes da filosofia moderna» [52]; ou, ainda, Rebelo que tece considerações sobre o código francês de 1791 e as disposições da Constituição de Cádis [84]. As acções e medidas legislativas, mesmo atendendo às circunstâncias económicas e sociais do Reino, expressam vontade e esforço para alterar, rapidamente, o quadro modelado pelo espírito das *Ordenações*. Em termos políticos, a atitude dos Vintistas prende-se, indubitavelmente, com o problema da legitimidade do poder de Estado, uma ultrapassagem da crise de autoridade a que, tanto as bases jurídicas como a ineficácia dos mecanismos de controlo, vigilância e repressão — próprios do Absolutismo — tinham conduzido. As decisões legislativas, Debates, Indicações e Memórias dispensam particular atenção à finalidade do sistema penal — que passa a ser justificado e apreciado no contexto do *pacto social*. A questão da função retribuitiva da pena é substituída pela da utilidade social da mesma, e o castigo passa a ser interpretado como meio capaz de regenerar o criminoso. Neste ambiente, a pena de prisão surge como peça nuclear — quer pelo significado político e filosófico que encerra, quer pelas potencialidades que oferece para recuperação do delinquente. Ao lado da pena de prisão, são os trabalhos públicos que se tornam preferenciais, precisamente o castigo que mais se aproxima da essência penitenciária e melhor responde às necessidades do país. Decisões importantes foram tomadas para adaptar as miseráveis enxovias do despotismo ao novo sistema e desejadas inovações, completamente revolucionárias para a época. As intenções vintistas e o prosseguimento das suas decisões viriam a ser retomadas, muito mais tarde, por meados do século XIX. As propostas da época da Regeneração foram isso mesmo. Só na sessão de 29 de Fevereiro de 1860 é que Martens Ferrão apresentará uma proposta de lei para a orgânica das prisões [53].

Na realidade, o fim da primeira experiência liberal cerceou todo o movimento de transformação e reforma. No ano de 1834, em Paris, escrevia D. Francisco d'Almeida: «(...) até agora o único objecto que tem em vista as pessoas encarregadas da direcção das prisões tem sido o emprego de todos os meios, mesmo ilícitos e cruéis, tendentes a impedirem a fuga do preso». Não existe separação entre acusados e sentenciados, os lugares são imundos, o ar deteriorado, a comida mesquinha e de má qualidade; as divisões nulas, excepto dos sexos, e nenhum meio de

correcção para o criminoso: «Tais quais se acham estabelecidas em Portugal, não só não preenchem os seus fins, mas pelo contrário são verdadeiras escolas do crime». Ainda segundo o mesmo autor, os melhoramentos de 1822 foram de curta duração «e os homens a cujo saber e zelo eles eram devidos foram substituídos por empregados de notória incapacidade» [54].

4. O CRIME, O CASTIGO E A LEGITIMAÇÃO DO PODER DE ESTADO LIBERAL

A construção do Estado-Nação é concomitante com a afirmação da autoridade e estabilidade das relações de poder na sociedade. Este processo pressupõe um governo que apareça aos olhos do cidadão como poder único, eliminando os poderes intermédios que tinham sido o sustentáculo do regime da monarquia absoluta. Podemos dizer que, num primeiro momento, a hipótese do desaparecimento das élites locais, como fontes de poder, provoca agitação na organização social. Algumas das medidas tomadas, no sentido da centralização, conduzem a confusões na administração passando, em tais circunstâncias, a restar ao Estado a tarefa monumental de se encarregar dos mais pequenos pormenores. Uma inevitabilidade que surge na altura da concretização de tarefas legislativas fundamentais, ao mesmo tempo que o Estado não dispunha de instituições que veiculassem as resoluções tomadas. Estas condições são, potencialmente, aproveitáveis pelas forças conservadoras e contra-revolucionárias [55]. Ora o Estado Liberal era, fundamentalmente, o Congresso Liberal: eis-nos chegados, provavelmente, à explicação de como foi possível o aparecimento dessa estranha figura política que foi a de um congresso de liberais acumular funções executivas, judiciais e legislativas; e, por outro lado, porque foi a magistratura uma das forças que mais se empenhou no combate à mudança [56]. Ela constituía uma das élites mais privilegiadas que, face à racionalização jurídica e às transformações de ordem judiciária, resiste às directrizes centralizadoras e burocráticas, apoiada por uma província «rústica» que tem dificuldades em entender que o juiz local deixa de ser um funcionário da comunidade para passar a ser um delegado do poder central. Por tudo isto se entenderá a importância que o Congresso atribuirá à discussão do projecto da criação de Novas Relações, ensaiando uma alternativa ao modelo centralizador ao criar instâncias informais e desprofissionalizadas como é o caso dos *juízes de facto*. Nestas circunstâncias, a área criminal é escolhida para montar obstáculos ao novo sistema e aumentar as dificuldades políticas. A criminalidade põe em xeque o projecto da legitimação e autoridade do Estado porque, justamente, mina o reino da legalidade e constitui-se como «mau exemplo» à segurança e liberdade do cidadão. Sem dúvida uma profunda luta entre a identidade do Estado, por um lado, e o fim dos privilégios dos grupos apoiantes da monarquia absoluta, por outro. O cerco da contra-revolução foi, dessa forma, montado pela magistratura, em jeito sistemático e desgastante, na medida em que o novo sistema político ao elevar à categoria reguladora da Ordem — a lei — teve nos juristas do Antigo Regime o pior dos inimigos, aptos a manejarem e manipularem conceitos e regras jurídicas de uma forma por vezes irritante,

mas eficaz. O único ataque possível, nestas condições, é o ataque ideológico. É o que insistentemente fazem, por exemplo, os deputados Borges Carneiro, Castelo Branco, Moura, Soares Franco e Agostinho José Freire. Porém, na peculiaridade da revolução liberal portuguesa, o ataque ideológico não constitui força mobilizadora e a tendência é para se acentuar o radicalismo das posições. Cremos, assim, que estas questões jogaram um papel decisivo porque a mudança da sociedade portuguesa, em direcção ao centralismo de Estado, uniu e desuniu a mesma sociedade, demarcou campos, auxiliou a concentração das forças da resistência e tornou custosa e vitória da renovação. Um problema chave, portanto, para a autoridade do Estado Liberal que se joga nas mediações do poder. Mas o poder só existe se, fundamentalmente, tiver capacidades para proibir — e só pode proibir se possuir mecanismos de autoridades que, no caso do Estado Vintista, passavam por um funcionamento diferente do modo de castigar, vigiar e controlar, produzindo práticas específicas que subvertiam interesses políticos, económicos, sociais e culturais [57]. O Estado-Nação, ao passar a relacionar-se com o cidadão de uma forma diferente, altera tanto os dados da prática do crime como, evidentemente, do castigo.

Assim, ao nível da criminalidade e sectores afins há que distinguir dois aspectos que, em conjunto, actuam para o insucesso de uma mudança. Em primeiro lugar, o desencanto do condenado que apelou para o Congresso com o objectivo de ver diminuída ou anulada a sentença, vendo-se confrontado com um despacho em tudo semelhante ao passado. Tanto o seu imaginário como as promessas alimentadas pelo novo regime levam à caricatura política da situação: tudo parece continuar na mesma mudando, apenas, as pessoas. Em segundo lugar, o aproveitamento da acção das quadrilhas que deparam com uma ambiguidade de comportamentos: a adversidade sistemática do novo poder e a protecção dos representantes do velho poder. Uma adversidade constituída pelo reforço dos controlos e vigilâncias a dificultar-lhes operações e a demonstrar-lhes, sem equívocos, a vontade para os eliminar. Uma protecção por parte de algumas autoridades que, não cumprindo com as determinações, produzem sentenças escandalosas ou libertam criminosos ao abrigo da clemência das Cortes, contra a filosofia dos decretos de indulto e amnistia. Boas razões para que se estabeleça uma aliança tácita contra o Estado Vintista que, na prática, conduz à indisposição das populações e ineficácia do novo poder: agravam-se medos e receios, periga a segurança, o sossego público e a liberdade do cidadão. Uma coexistência de interesses que, no terreno político, favorece a derrota do liberalismo uma vez que conduz a insucessos fundamentais. A prática de uma nova relação do poder com a criminalidade cria contrariedades, tanto ao criminoso como ao condenado, capitalizadas a favor da contra-revolução; o aparelho judicial — manifestamente conservador — luta por não perder os privilégios que a revolução lhes subtraía, transformando-se em poderosa força de retorno ao absolutismo ou, no mínimo, oferecendo resistência às medidas inovadoras. Na verdade, a população criminal, face às carências das condições materiais de existência, não está disponível à mobilização ideológica na altura em que o liberalismo dá os seus primeiros passos. Era imperioso, nestas circunstâncias, fazer duas coisas: atenuar a penalidade e encetar reformas no campo económico e social, para cativar

este colectivo marginal e desmotivar a criminalidade, em especial o flagelo dos roubos. As limitações históricas tornaram insuficientes as acções empreendidas e o resultado foi que esta massa da população — já prediposta para o combate — arregimentou-se à onda da contestação: numa primeira fase desacreditando o regime, numa segunda fase combatendo o sistema. O fenómeno político da revolução, identificado no esforço de erguer um Estado de Direito contra um Estado de privilégios, ofereceu, à partida, aos criminosos, mais perdas do que ganhos, já que os ganhos acabaram por ser boicotados pela élites do Antigo Regime, fomentando a proliferação de decisões desencontradas e, consequentemente, a «anarquia» de poderes.

Não foi por acaso que a magistratura fez sentir todo o seu peso no aparelho de Estado, ajuizou a seu modo o ritmo das mudanças e acabou por confirmar, inteiramente, o epíteto de reaccionária que lhe foi dirigido, amiudadas vezes, pela ala mais radical do Vintismo. Temos por certo que o fracasso da revolução de 1820 passou pelo papel decepcionante que — para o liberalismo — desempenhou o poder judiciário. A verdade é que o Estado liberal, imerso na categoria da lei, não podia prescindir do trabalho destes profissionais, tanto mais que a legislação herdada do Antigo Regime se mostrava inútil e estéril. A urgente necessidade de colmatar o vazio legal, sob pena de as instituições paralisarem, catapultou a magistratura para um lugar de destaque. Mas este papel que a revolução parecia reservar, naturalmente, para os magistrados, veio a mostrar-se incompatível com a realidade política e social dos mesmos. Um lento processo de aristocratização comprometeu a sua participação e colaboração na edificação do Estado de Direito que se hipotecava, de certa forma, a este importante grupo social, incrustado no atavismo das Faculdades de Leis e Cânones da Universidade de Coimbra. Perante a vontade política das Cortes Extraordinárias e a contundência dos deputados mais empenhados na reforma judicial, a adesão de alguns magistrados esmoreceu, a prática dos mais conservadores auto-justificou-se, e os desígnios contra-revolucionários de outros ganharam fundamento e razão de ser. É esta complexidade da conjuntura que explica, em nosso entender, parte das contradições e nebulosidades do triénio liberal.

A magistratura soube utilizar-se, com habilidade e inteligência, das vontagens que o novo regime lhe oferecia, conseguindo atar decisões políticas e boicotar a produção legislativa. É disso exemplo a improcedente Comissão do Código Criminal e a incipiente Comissão de Justiça Criminal. E uma dessas vantagens foi a facilidade com que argumentava decisões com base no *mágico* princípio da divisão tripartida do poder, uma insistência massuda, é certo, mas que se destinava a diminuir o peso do político e desenvolvia as virtualidades que o novo regime oferecia, de bandeja, ao poder judicial. Quando este estafado expediente não era utilizado, outros convergiam para idênticos resultados. Ou se encaminhavam os processos para novas apreciações — o que revelava, desde logo, inquietação — ou, então, invocava-se a justeza das sentenças, afastando o contágio da intervenção do poder executivo e legislativo. Este comportamento, que impede o sucesso do liberalismo, estende-se para fora da rotina do poder. A magistratura diminuiu a carga repressiva sobre os criminosos, sobretudo os de alto gabarito, fazendo dos indultos e

amnistias uma onda selvagem de perdão e benevolência; desprezou o papel e as acções das quadrilhas; comprou adeptos que calculavam atitudes na razão directa da instabilidade e irracionalidade; desautorizou o Estado e infamou, enfim, o regime. A renovação, em vez de se concretizar, insinuou-se nas palavras e nos propósitos. É tudo isto que explica as preocupações dos deputados mais conscientes, a indiscutível importância conferida aos assuntos relacionados com o poder judicial e a responsabilidade dos funcionários públicos. Colmatar a brecha aberta pela magistratura significava afrontá-la — por conseguinte, perder o apoio da mesma magistratura e pôr em xeque o comando burguês da revolução de 1820, descambando o movimento para a utopia e o desalento.

As Cortes Liberais desenvolveram, também, um factor pernicioso que contribuiu para a gradual interferência e autonomia da magistratura, ou seja, a manutenção de um Governo com funções reservadas, afastado de poder intervir com determinação e força decisória. O Governo Vintista era, em certa medida, a extensão administrativa do Congresso — por isso não se atrevia a grandes intervenções, preferindo a compensação do silêncio ou a apatia. A imagem de um regime com forte pendor parlamentar ofuscou o Governo, e contribuiu para o aparecimento de ministros receosos e cautelosos. Foi possível, deste modo, a valorização da administração pública do Antigo Regime que se vê, paradoxalmente, solicitada para um expediente de cariz revolucionário. É o caso, por exemplo, do Desembargo do Paço, da Casa da Suplicação, Relação do Norte e Junta do Tabaco, entre outras.

É neste contexto, de dinamismo e retracção, que se organiza a resposta do Estado Vintista à criminalidade — em termos teóricos, programáticos e práticos. O novo modelo de repressão incluía uma vertente filantrópica que não era surpresa em relação à época mariano-joanina, muito embora fosse mais insistente; e alterações estruturais que correspondiam ao ambiente histórico que se vivia no resto da Europa.

Inovações no campo económico, político e cultural tinham suscitado a conveniência de se modificarem instituições, estilos de organização e mentalidades. O Direito Natural defendeu e justificou o valor do *homem*, da *razão* e da *dignidade*, abrindo um vasto campo de confronto às fundamentações tradicionais do direito e, obviamente, a toda a legislação do Antigo Regime. Projectaram-se códigos simples, claros e racionais, compreensíveis ao maior número possível de cidadãos, de forma a constituirem verdadeiros instrumentos técnicos, e uma carta de sanções clara e objectiva. Este novo espírito burguês, difundido em Portugal — ainda que de forma oblonga — cultivava o método, a disciplina e a organização. A abordagem do corpo humano mudou também, e um novo paradoxo o envolveu: passou a ser considerado como interveniente na produtividade e máquina transformacional. Assim entendido, o corpo flagelado e/ou o cadáver tornaram-se inúteis; pelo contrário, o corpo poupado tornou-se predicado de vários proveitos.

Com base na aceitação dos novos princípios legitimadores do poder, a polícia teria de se afirmar, indiscutivelmente, e os tribunais deveriam constituir peças paradigmáticas do sistema liberal. A reformulação do aparelho judicial, como o reconhecimento desta percepção, teve ressonâncias imediatas no «maldito espírito de

corpo da magistratura». A função do juiz letrado foi substancialmente reduzida e, em seu lugar, abriu-se uma experiência *sui generis* em Portugal: a consagração dos juízes de facto e/ou jurados, com a dupla função de exercerem uma acção fiscalizadora sobre os profissionais da lei e de lhes fornecerem o veredicto dos *factos* em todo o processo crime. O tédio da autoridade secular da magistratura era, de repente, interrompido, a função do juiz cristalizada e os órgãos de soberania popular tornavam-se relevantes. A *perversão populista* atinge o expoente máximo no julgamento das pequenas causas criminais, exclusivamente reservadas a juízes electivos que as julgavam sem recurso. Uma autêntica aventura no terreno do poder judicial que marcava o fim da irresponsabilidade dos juízes, o churrilho de oportunismos e a corrupção.

Este programa e esta teoria — que abrangeram as áreas executiva, judicial e legislativa — não deixaram de fora a reflexão sobre a prática criminal. É patente uma nova ideologia quando o Ministro responsável pela segurança e justiça chama a atenção para as causas culturais e económicas, incitando o Governo e o Congresso a promoverem a instrução, o progresso e o bem-estar do povo. No seu entender, só a felicidade poderia acabar com a criminalidade.

Mas os objectivos do advento do liberalismo não foram, porém, conseguidos, e a relação da criminalidade — como fenómeno social e político — com o poder saído da revolução de 1820 torna nítida a distância entre os projectos e os resultados práticos.

Algumas das propostas foram implementadas, outras não tiveram tempo para se experimentarem, e outras, ainda, foram sujeitas ao fogo conservador e contra-revolucionário. Mas elas constituem um conjunto convergente que permite afirmar o esforço por uma reforma estrutural profunda. Poderá mesmo dizer-se que a segurança e a justiça foram duas áreas de preferências do liberalismo de 1820. Mas, se o curto período de um triénio é, já por si, limitativo, a dinâmica da resistência — pela mão de um grupo social altamente privilegiado como a magistratura — bloqueou a mudança. O baixíssimo nível de alfabetização do país, as dificuldades económicas, o estilo da administração pública e o perfil do Governo aumentaram as dificuldades em desmotivar inimigos e converter consciências. É bem verdade, também, que nos podemos interrogar sobre os quadros com que contava a revolução para se impôr, e se um certo ar de prosperidade legislativa e de dinamismo organizativo durante as Cortes Extraordinárias não se teria ficado a dever a uma reduzida élite, altamente hipotecada e empenhada na mudança e responsável, só por si, pela concretização de um razoável pacote legislativo, extinção da Intendência Geral da Polícia, constituição da Guarda Nacional, alterações administrativas, afastamento de algumas autoridades, acções pragmática para as prisões, formulação de princípios gerais de uma nova política penal, definição do papel dos militares e nova postura do funcionário público.

Certo é que a explicitação das dificuldades estruturais da revolução de 1820 se implicará, prospectivamente, por muitas décadas e constituirá — ao nível dos aparelhos administrativos e judiciais — o confronto claro entre uma dinâmica conservadora (de grande capacidade reprodutora) e o esforço de reforma e/ou revolução manietado pela dinâmica do próprio sistema de acção.

NOTAS

[1] Nos estudos dotados do século XIX continuam, ainda hoje, imprescindíveis as obras de José de Arriaga, *História da Revolução Portuguesa de 1820*, Porto, 1886/89; Adrien Balbi, *Essai statistique sur le royaume du Portugal et d'Algarve*, Paris, 1822, e Simão José da Luz Soriano, *História da Guerra Civil e do Estabelecimento do Governo Parlamentar em Portugal*, 3.ª época, tomos I, VII, Lisboa, Imprensa Nacional, 1880/90. Para a história portuguesa, de 1807 a 1820, consultor bibliografia na *História de Portugal*, de Joaquim Veríssimo Serrão, vol. VII, p. 341/342.

[2] Julião Soares de Azevedo, *Condições Económicas da Revolução Portuguesa de 1820*, Lisboa, Empresa Contemporânea de Edições, 1944.

[3] Fernando Piteira Santos, *Geografia e Economia da Revolução de 1820*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1962.

[4] Cf. os artigos «Liberalismo» e «Vintismo», in *Dicionário de História de Portugal* e «Introdução ao estudo do pensamento político português na época contemporânea (1820-1920)» in *Liberalismo, Socialismo, Republicanismo — Antologia do Pensamento Político Português*, 2.ª edição, Lisboa, 1979.

[5] Zília Maria Osório de Castro, *Manuel Borges Carneiro e a teoria do estado liberal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1976; *Idem, A sociedade e a soberania — doutrina de um vintista*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1979. De Jaime Raposo Costa, *A teoria da Liberdade — período de 1820 a 1823*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1976. De António J. da Silva Pereira, *O «tradicionalismo» vintista e o Astro da Lusitânia*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1976; *Idem, Estado de direito e «tradicionalismo» liberal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1979.

Não queremos deixar, igualmente, de fazer referência às obras de Victor de Sá, *A crise do liberalismo e as primeiras manifestações das ideias socialistas em Portugal* (1820/1852), Lisboa, Seara Nova, 1969; *Perspectivas do século XIX*, 2.ª ed., Porto, INOVA, 1976, e, mais recentemente, *Época Contemporânea Portuguesa — I, onde o Portugal velho acaba*, Lisboa, Livros Horizonte, 1981.

[6] As suas obras são indispensáveis: *Le Portugal Méditerranéen à la fin de l'Ancien Régime, XVIII^e — début du XIX^e siècle*, vols. I, II e III, Lisboa, I.N.I.C., 1979 (2.ª Edição); *Le Problème Agraire Portugais au temps des Premières Cortès Libérales*, Paris, 1968, e *Do Portugal de Antigo Regime ao Portugal Oitocentista*, Lisboa, Livros Horizonte, 1977 (2.ª Edição).

[7] Um grupo de historiadores do C.E.H.C.P., sob a direcção da Prof.ª Miriam Halpern Pereira, trabalha para a inventariação e estudo deste importante movimento peticionário sem o qual não é possível aquilatar da dimensão e estrutura do liberalismo vintista.

[8] Cf. *O Século XIX em Portugal*, in *Análise Social*, n.os 61/62, Lisboa, 1980, posteriormente reeditado pela Editorial Presença (coordenação de Jaime Reis, Maria Filomena Mónica e Maria de Lourdes Lima dos Santos).

[9] Cf. *O liberalismo na Península Ibérica na primeira metade do século XIX*, 2 vols., Sá da Costa, 1981. (Coordenação de Miriam Halpern Pereira, Maria de Fátima Sá e Melo Ferreira e João B. Serra).

[10] O seu artigo, intitulado *As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história* (pp. 237/265, edição em volume da Presença) é o único que conhecemos a abordar o problema da criminalidade na Revolução Liberal de 1820. De resto, este estudo é muito útil para quem esteja interessado na história das instituições judiciais do século XIX.

[11] O artigo do Prof. José Sebastião da Silva Dias, *O vintismo: realidades e estrangulamentos políticos* (pp. 303/307) é uma síntese da análise do cap. XI: «O Vintismo da gestação ao colapso» inserto em *Os primórdios da Maçonaria em Portugal*, vol. i, t. ii, I.N.I.C., Lisboa, 1980. Comunicação que, de certo modo, se repete no colóquio organizado pelo C.E.H.C.P., em que procura traçar as contradições do processo vintista e «classificar» os grupos de deputados em confronto.

[12] Luis Reis Torgal tem dedicado uma boa parte da sua investigação ao problema da «Contra-revolução» e ao «miguelismo», fenómenos imprescindíveis para a percepção das ocorrências revolucionárias. Nesta sua comunicação «A contra-revolução e a sua imprensa no vintismo: notas de uma investigação» (pp. 309/322) considera e levanta importantes interrogações que podem constituir pistas de investigação.

[13] Os objectos de estudo são muito diversificados, desde as práticas políticas, culturais e ideológicas, aos problemas financeiros, económicos e coloniais. É um volume muito interessante para a problemática vintista, de leitura obrigatória.

[14] A comunicação da Prof.ª Miriam Halpern Pereira «O Estado vintista e os conflitos no meio industrial» (pp. 31/63), conjuntamente com o artigo «A crise do Estado de Antigo Regime: Alguns problemas conceptuais e de cronologia» in *Ler História, n.º 2*, 1983 (pp. 3/14), constituem reflexões que procuram teorizar a perspectiva de transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, apesar de não serem esses os objectivos exclusivos. A Prof.ª Miriam Halpern Pereira começou por fazer incidir as suas atenções sobre a 2.ª metade do século XIX acabando, depois, por se deslocar para a problemática da transição e, obviamente, interessar-se pelo vintismo. À frente do C.E.H.C.P. orienta e coordena diversa investigação sobre o século XIX em Portugal. (Cfr., por exemplo, os conteúdos sobre as teses de *decadência* e/ou *subdesenvolvimento*, na sua dissertação de doutoramento, *Livre-Câmbio e Desenvolvimento Económico*, 2.ª Edição, Lisboa, Sá da Costa, 1983).

[15] Destacam-se as publicações de Telmo Verdelho, *As palavras e as ideias na Revolução liberal de 1820*, Coimbra, I.N.I.C., 1981, com uma excelente bibliografia do período de 1820/1823; de Luís Reis Torgal e Isabel Nobre Vargues, *A Revolução de 1820 e a Instrução Pública*, Porto, Paisagem, 1984, onde se acompanha o debate das Cortes sobre a instrução pública estudando, socialmente, os intervenientes e as posições políticas em confronto. Contém, além do mais, divulgação de documentos, bem seleccionados e cuidadosamente comentados. Conhecemos, ainda, duas dissertações: a de Maria Cândida Proença sobre o conceito de Regeneração, no triénio de 1820/1823, no âmbito do Mestrado em História dos séculos XIX e XX, da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa; e a dissertação de doutoramento sobre Borges Carneiro, de Zília Maria Osório de Castro.

[16] Este texto é produto, em parte, da investigação levada a cabo para a dissertação de Mestrado apresentada na F.C.S.H. da Universidade Nova de Lisboa, *O Vintismo e a Criminalidade*, entregue em Novembro de 1986 e discutida em Março de 1987.

[17] Os trabalhos mais valiosos, sobretudo pelo enquadramento e contexto que oferecem do panorama internacional, são os do Prof. Eduardo Correia, da Universidade de Coimbra. Com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias publicou uma série de lições de Direito Criminal que ajudam à sua compreensão para quem dele esteja arredado (Cf. *Direito Criminal*, tomo I, Coimbra, Livraria Almedina, 1971). Em «La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code Pénal Portugais de 1963», separata do vol. XVI do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1965, procede ao inventário do movimento legislativo que coloca a prisão no papel fundamental dos sistemas punitivos, em especial os casos americano e inglês. Para o Direito Português tem uma síntese evolutiva da penalidade, desde as *Ordenações Afonsinas* até finais do século XIX, in «Estudo sobre a evolução das Penas do Direito Português», volume I, in separata do vol. LIII do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

[18] Ver referências na nota n.º 10.

[19] António Manuel Hespanha, «O projecto de código criminal português de 1786. Ensaio de análise estrutural» in *La «Leopoldina» criminalita e giustizia criminale nelle riforme del settecento europeo*, II volume, pp. 1631-1642, (preprint).

[20] Designamos por contra-revolução a reacção ao processo revolucionário para a reconstituição da ordem subvertida. É preciso diferenciar a contra-revolução da acção desenvolvida pelos conservadores com o objectivo de travagem do processo revolucionário. Chamamos à atenção que a circunstância de uma grande vitalidade política que suscita um período de fermento revolucionário, no dizer de François Furet (Cf. *Ensaios sobre a Revolução Francesa*, Lisboa, a Regra do Jogo, 1978), conduz à ilusão de uma ruptura com o passado quando, na realidade, existe uma continuidade institucional que, no caso do liberalismo, é perspectivada em função das estruturas do poder do Estado. Furet critica, desta forma, a concepção de revolução avançada por Albert Soboul (Cf. *Comprendre la Révolution*, problèmes politiques de la révolution française, Paris, François Maspero, 1981; *idem, A Revolução Francesa*, Lisboa, Livros Horizonte, 1979, 2 volumes) para quem o processo de organização do novo Estado não podia ser concluído pelo *absolutismo esclarecido*, sob pena de negar os seus próprios fundamentos.

[21] A crise de legitimação do Estado é uma crise do sistema judicial que, na última fase da monarquia absoluta, se traduzia essencialmente por:

a) Morosidade na resolução dos processos
b) Não aplicação da justiça
c) Insuficiência do número de tribunais, juízes e outros funcionários
d) Inexistência de códigos «racionais»
e) Emperramento da máquina judicial.

(Para teorização destes problemas Cf. Boaventura de Sousa Santos, *O Discurso e o Poder*, Coimbra, 1980; *idem, O Direito e a Comunidade: As transformações recentes da natureza do Poder do Estado nos países capitalistas avançados*, in «Revista Crítica de Ciências Sociais», n.º 10, Dezembro, 1982.)

[22] *Código Penal de 1852*, 5.ª edição, 1874, p. VIII.

[23] Cf. Eduardo Correia, «Estudo sobre a evolução das Penas no Direito Português», vol. LIII do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

[24] Sobre este assunto consultar a tese de doutoramento de José Esteves Pereira, *O Pensamento Político em Portugal no século XVIII*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1983.

[25] *Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber Singularis*, traduzido por Miguel Pinto de Meneses, no Boletim do Ministério da Justiça, n.os 155 e 156, Abril/Maio de 1966. A promoção da tradução das obras de Pascoal José de Melo Freire dos Reis ficou a dever-se à acção de Guilherme Braga da Cruz, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. As *Instituições do Direito Criminal Português* versam sobre o «livro terrível» das Ordenações (Livro Quinto) e a edição é de 1794. Além desta obra há a destacar a *Historiae Juris Civilis Lusitani, liber singularis*, de 1788, e *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, com início da publicação em 1789.

[26] O manuscrito do projecto encontra-se no Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Ministério da Justiça, Março 89, documentos n.os 1 e 2. A publicação só foi feita em 1823, por Miguel Setário, cônsul de Portugal na Rússia, mas «bastante incúria» com uma tabela de erratas. No mesmo ano, foi publicada uma outra edição, castigada dos erros, sendo corrector o sobrinho de Melo Freire, Francisco Freire de Melo. A edição que utilizámos é a terceira. Foi publicada em 1844, pela Imprensa da Universidade de Coimbra, e inclui as *provas*, isto é, a argumentação que serviu de fundamento a Melo Freire.

[27] *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 155, p. 49.

[28] Melo Freire faz referências a Thomásio, Gundling, Boehmer, Paulo Rizzi, Filipe Maria Renazzi, Puttman, Genuense, Filangieri, Pastoret, Mably, Vermeil, De Vouglans, Grócio, Bodin, Voltaire, Montesquieu, De Servant.

[29] *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 155, pp. 47/48.

[30] *Idem*, p. 48.

[31] *Idem*, p. 52.

[32] As penas não-capitais dividem-se em aflitiva, não-aflitiva, pecuniária, honesta, vil, legítima ou arbitrária. «A pena vil torna infame o delinquente, e tal é a de açoites, a de baraço e pregão, o corte de membro, a condenação, perpétua ou temporária, às galés ou trabalhos públicos» (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 155, p. 69).

[33] Acção repetida, por exemplo, no início do Século XIX, pelo advogado da Casa da Suplicação — Pereira e Sousa — que, em *Classes dos Crimes*, procede de igual modo, fornecendo uma espécie de compêndio com listagem de crimes e penas. Trata-se de uma obra fundamental para o estudo do crime. No capítulo II, *Das penas em geral*, § 18 a § 29 (pp. 18/33) são enunciadas as penas com as respectivas provas. (*Classes dos Crimes, por ordem sistemático, com as penas correspondentes*, por Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, 1816, 1.ª Edição, de 1803).

[34] *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 155, p. 81.

[35] *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas.* Auctor Paschoal José de Melo Freire, Terceira Edição, na Imprensa da Universidade, 1844, p. XIX.

[36] Sessão de 22 de Fevereiro de 1822, debate sobre o *projecto da Constituição, Diário das Cortes*, t. V, pp. 267-275.

[37] Palavras do deputado João Victorino no debate sobre o *Projecto da Responsabilidade dos Funcionários Públicos.* (Sessão de 14 de Março de 1823, *Diário das Cortes*, t. IX, p. 172).

[38] Deputado Gouvêa Durão no debate sobre a criação de *Novas Relações.* O direito e a capacidade de agraciar do Rei tinha sido uma questão polémica no seio dos publicistas mais famosos do fim do século e prendia-se tanto com a questão da penalidade como da orgânica do Estado. Filangieri, Pastoret e Bentham recusam-no, ao contrário de Montesquieu, Puffendorf, Grócio e Melo Freire. O argumento dos primeiros é de que o direito de perdoar só tinha sentido no tempo da barbaridade penal: uma vez moderadas as leis, o agraciamento constitui quebra das promessas da lei criminal. (Sessão de 16 de Outubro de 1822, *Diário das Cortes*, t. VII, pp. 806-809).

[39] *Bases da Constituição*, Secção I, art. 11.º e *Constituição*, Título I, art. 9.º. Na defesa da igualdade perante a lei distinguiram-se Fernandes Tomaz e Borges Carneiro.

[40] Cf. *Bases da Constituição*, Secção I, arts. 4.º, 5.º, 6.º. A *Constituição repetirá os mesmos princípios no Título I, arts. 4.º e 5.º, e regulará os casos em que é admissível a prisão sem culpa formada; Título V, cap. II, arts. 204.º, 205.º e 206.º (achados em flagrante delito, furto com arrombamento ou com violência feita à pessoa, furto doméstico, assassínio, crimes relativos à Segurança do Estado, nos casos em que as Cortes suspendam as formalidades judiciais com rebelião e invasão). Alguns deputados defendem que só excepcionalmente deverá acontecer a prisão. É o caso de Margiochi que só admite a prisão em caso eminente de perigo para a Pátria ou em flagrante delito (Sessão de 13 de Fevereiro de 1821, Diário das Cortes*, t. I, pp. 83-85); de Corrêa Seabra, que só a defende depois da sentença (Sessão de 26 de Setembro de 1821, *Diário das Cortes*, t. III, pp. 2.415/6); ou de Martins Bastos: «aqueles crimes em que não conhecem pena de morte, pode o réu ser solto» (Sessão de 3 de Outubro de 1821, *Diário das Cortes*, t. III, p. 2.490).

[41] A igualdade perante a lei, intransigentemente defendida por Fernandes Tomaz e Borges Carneiro, entre outros, constitui o suporte para a defesa da graduação e proporcionalidade das penas, de acordo com as condições agravantes ou atenuantes. No projecto sobre a *Responsabilidade dos Funcionários Públicos* afirmava João Victorino: «O que a sabedoria tem mostrado, que mais se aproxima à justiça, à razão, e à experiência, é dar a possível graduação às penas sancionadas numa lei (...) meter entre o máximo e o mínimo da pena muitas articulações, e entre cada uma delas arranjar os diferentes graus de crime» (Sessão de 11 de Março de 1823, *Diário das Cortes*, t. IX, p. 119).

[42] Várias são as intervenções deste tipo, das quais destacamos as dos deputados Sarmento e Castelo Branco. (Sessões de 30 de Janeiro e de 15 de Outubro de 1822, *Diário das Cortes*, t. V, pp. 47-50, e t. VII, pp. 793-798).

[43] Debate sobre o direito de agraciar do Rei, *projecto da Constituição*. (Sessão de 26 de Novembro de 1821, *Diário das Cortes*, t. IV, pp. 3.220-3.225).

[44] Gouvêa Durão: «Qualquer réu pode ser considerado como um devedor civil; quem comete um crime, constitui-se devedor de uma pena, e quem comete mais crimes, de mais penas se constitue devedor». (Debate sobre *dúvidas de foro militar* apresentadas pelo Governador das armas da província da Estremadura, Sessão de 6 de Setembro de 1822, *Diário das Cortes*, t. VII, pp. 365/6). Ou ainda, Mariano de Azevedo: «O crime é de facto que obriga a certa indemnização, e a certa pena; assim como é um facto qualquer contrato que obriga a tudo que as partes nele convieram». (Debate sobre o *projecto da Responsabilidade dos Funcionários Públicos*, Sessão de 15 de Janeiro de 1823, *Diário das Cortes*, t. VIII, pp. 475-480).

[45] Críticas frequentes à penalidade do Antigo Regime eram a de se conservarem homens úteis à sociedade enclausurados nas prisões sem nada fazerem, ou a má gestão na remessa dos degredados.

[46] Sessão de 20 de Maio de 1822. Considerações tecidos à volta de uma *Indicação* do deputado Vilela sobre o *projecto das eleições para Deputados* na qual propunha que fossem excluídos de votar os acusados de perjúrio ou calúnia. (*Diário das Cortes*, t. VI, pp. 196/7).

[47] *Ibidem.*

[48] *Ibidem.* Também o deputado Castelo Branco o declara: «está de novo restituído à sociedade».

[49] Sessão de 9 de Maio de 1821, *Diário das Cortes*, t. I, p. 848.

[50] Sessão de 30 de Janeiro de 1822, *Diário das Cortes*, t. V, p. 48.

[51] Sessão de 22 de Fevereiro de 1822, *Diário das Cortes*, t. V, p. 273.

[52] Sessão de 10 de Maio de 1822, *Diário das Cortes*, t. VI, p. 139.

[53] *Diário de Lisboa*, n.° 55, de 8 de Março de 1860.

[54] *Breves considerações sobre a necessidade e meios de melhorar as Prisões em Portugal*, por D. Francisco d'Almeida, Paris, Officina Typographica de Casimir, 1834, pp. 6/7.

[55] Designamos por contra-revolução a reacção ao processo revolucionário para reconstituição da ordem subvertida. É preciso diferenciar a contra-revolução da acção desenvolvida pelos conservadores com o objectivo de travagem do proceso revolucionário. Chamamos à atenção que a circunstância de uma grande vitalidade política que suscita um período de fermento revolucionário, no dizer de François Furet (Cf. *Ensaios sobre a Revolução Francesa*, Lisboa, a Regra do Jogo, 1978), conduz à ilusão de uma ruptura com o passado quando, na realidade, existe uma continuidade institucional que, no caso de liberalismo, é perspectivada em função das estruturas do poder do Estado. Furet critica, desta forma, a concepção de revolução avançada por Albert Soboul (Cf. *Comprendre la Révolution*, problèmes politiques de la révolution française, Paris, François Maspero, 1981, *idem, A Revolução Francesa*, Lisboa, Livros Horizonte, 1979, 2 volumes) para quem o processo de organização do novo Estado não podia ser concluído pelo *absolutismo esclarecido*, sob pena de negar os seus próprios fundamentos.

[56] O balanço das disposições das Ordenações na ordem institucional e jurídica era favorável a uma prática jurídica local. Não exigia que os magistrados conhecessem o direito escrito mas que tivessem capacidade para solucionar os conflitos. Embora existissem juízes-de-fora, estes representavam, apenas, 10% do total do século XVII e 35% no fim do Antigo Regime, o que dá, para os juízes ordinários, o domínio da prática jurídica com as consequentes solidariedades

com juízes-de-fora e juízes das Relações. O processo de eleição garantia a predominância nas magistraturas a nobres, notáveis locais ou pessoas que eles influenciavam, assegurando, assim, o controlo político, económico e cultural, este último em articulação com o clero. (Cf. sobre esta problemática António Manuel Hespanha, *Savants et Rustiques — La violence douce de la raison juridique*, Frankfurt am Main, 1983).

[57] A determinação destas relações, a fertilidade da teoria sobre a construção do Estado-Nação e a organização social são peças nucleares no trabalho do filósofo francês Michel Foucault (Cf. *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Paris, Editions Gallimard, 1975, tradução portuguesa, *Vigiar e Punir. História da violência nas prisões*, Rio de Janeiro, Editora Vozes, Ltda, 1977) e no contra-paradigma ensaiado por Pieter Spierenburg (Cf. *The spectacle of suffering, executions and evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge University Press, Londres, 1.ª Edição 1984). A obra de Michel Foucault trouxe para a História uma importante reflexão sobre os processos metodológicos e selecção de objectos de estudos, abrindo uma polémica no campo epistemológico. Chamamos a atenção para o debate com Jacques Léonard e uma mesa redonda com um colectivo de historiadores em 20 de Maio de 1978 (Cf. Michelle Perrot, *L'impossible prison, recherches sur le système pénitentiare au XIX^e siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1980). A historiografia europeia, nos últimos dez anos, tem produzido uma abundante análise do que podemos designar por história dos modos de repressão e práticas do poder de Estado.