
**“BOA RAZÃO” E CODIFICAÇÃO PENAL:
APONTAMENTOS SOBRE A QUESTÃO PENAL
SETECENTISTA EM PORTUGAL (1769-1789)**

*“GOOD REASON” AND PENAL CODIFICA-
TION: NOTES ON THE EIGHTEENTH-CENTURY
PENAL PROBLEM IN PORTUGAL (1769-1789)^{1*}*

Alexander de Castro²

RESUMO: O intuito deste trabalho é analisar a relação entre a abertura jurídico-cultural iniciada em Portugal com a *Lei da boa razão* (1769) e com a reforma dos estatutos da Universidade de Coimbra (1772) e o projeto de código criminal redigido por Pascoal de Melo Freire e entregue à revisão em 1789. Através da reelaboração da compreensão da chamada questão penal setecentista com base na análise de certos aspectos das ideias de Cesare Beccaria, seu mais emblemático representante, procura-se compreender a recepção em Portugal da revolução paradigmática ocorrida no âmbito do conhecimento jurídico-penal no século

-
- 1 O presente trabalho contém material inédito que resultou de pesquisas efetuadas durante meu doutorado realizado com apoio da CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Ministério da Educação.
 - 2 Doutor em direito pela Università degli Studi di Firenze (Florença, Itália) - Pós-doutorado pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemanha).

XVIII, pondo em relevo a revisão filosófica que o inseriu, enquanto instrumento de controle social, no debate sobre a construção do Estado e a sua utilidade ao projeto autocrático iniciado por Pombal.

Palavras-chave: Boa razão; história do direito penal; questão penal setecentista; projeto de código criminal; Melo Freire.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the relation between the cultural legal opening initiated in Portugal with the *Law of good reason* (1769) and with the reform of the statutes of the University of Coimbra (1772) and the draft criminal code written by Pascoal de Melo Freire and delivered to review in 1789. Through the reelaboration of the understanding of the eighteenth-century penal problem based on the analysis of certain aspects of Cesare Beccaria's thought, its most emblematic representative, we seek to comprehend the reception in Portugal of the paradigm shift occurred in the 18th century within the criminal legal thought, highlighting the philosophical revision that inserted it, as a means of social control, inside the debate about the construction of modern state and its utility to the autocratic political agenda initiated by Pombal.

Key-words: Good reason; criminal law history; eighteenth-century penal problem; draft criminal code; Melo Freire.

1. INTRODUÇÃO

Em 1789, Pascoal de Melo Freire entregou à comissão de revisão seu projeto de código criminal,³ encomendado

3 Há basicamente três edições clássicas do projeto de Melo Freire disponíveis. As relações entre essas edições e seus organizadores seria ela mesma um

anos antes pela rainha Maria I, no âmbito de um mais amplo projeto de reestruturação legislativa do reino. O projeto não apenas coroava a trajetória pessoal de Melo Freire como professor de direito pátrio da Universidade de Coimbra, mas era também (ou ao menos deveria ter sido) o momento culminante de um programa de reformas jurídicas iniciado em 1769, com a reforma do sistema de fontes do direito atuado pela *Lei da boa razão*. O projeto de Melo Freire era também, de certa forma, o resultado do trabalho pedagógico de seu autor, enquanto professor de direito pátrio, nos seus esforços de atualização da doutrina jurídico-penal portuguesa, essa mesma tornada possível pela abertura jurídico-cultural promovida pelas reformas jurídicas pombalinas, em especial a reforma dos estatutos da Universidade de Coimbra de 1772. Desde a publicação da obra *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria⁴, o conhecimento sobre o direito penal tinha começado a passar por uma transição paradigmática destinada a adaptar a repressão penal às novas tarefas que lhe seriam exigidas como parte da construção das condições institucionais (e sociais) da fase final da evolução do Estado absolutista. Melo Freire, principal jurista do pombalismo, compreendeu a necessidade de submeter as leis penais nacionais a um processo de revisão e modernização orientado por aquele amplo debate sobre o direito criminal que tomou de assalto a comunidade letrada europeia a partir do impulso inicial de Beccaria. Graças à lucidez de Melo Freire, a *questão penal* setecentista ganha sua expressão portuguesa e o resultado foi um dos projetos de código penal que mais

interessante objeto de estudos de história das ideias jurídicas. Consultamos a três versões, mas decidimo-nos por basear nossas análises na terceira edição, com exceção da “Introdução” do autor, cuja versão usada é a que vem na segunda edição. As edições, em ordem cronológica, são FREIRE, 1823b; FREIRE, 1823; FREIRE, 1844b.

4 BECCARIA, 1984.

encontravam-se em compasso com o que o Século das Luzes havia idealizado.

2. As Reformas de 1769 e 1772: fontes do direito, currículo universitário e metodologia da ciência jurídica

A *Lei da boa razão* de 1769 dá início a um período de intensas transformações na cultura jurídica portuguesa.⁵ Preocupada fundamentalmente com a disciplina do sistema de fontes do direito, essa lei de interpretação e aplicação jurídicas foi o primeiro passo de uma abertura da ciência jurídica lusitana às intensas inovações pelas quais a cultura jurídica europeia vinha passando ao longo dos séculos XVII e XVIII. Como se sabe, o principal aspecto da *Lei* era a reafirmação da supremacia do direito pátrio português nos tribunais seculares e a consequente subsidiariedade das outras fontes de direito (algo que já se encontrava estabelecido nas *Ordenações Filipinas*, entretanto sem jamais ter sido efetivamente levado a sério). A maior parte do texto é dominada por disposições sobre a hierarquia entre as normas e critérios de validade do direito subsidiário. Entretanto, outro importante aspecto da *Lei* era o estímulo à modernização da cultura jurídica. Condenava-se o recurso a Acúrsio e Bártolo e "outros semelhantes Doutores da mesma Escola"⁶, requeria-se a consulta ao direito natural e às "Leis das Nações Christãs, iluminadas, e polidas"⁷, estimulava-se em suma o racionalismo jurídico, por cujo crivo todo o direito herdado de fora da autoridade

5 Veja-se WEHLING; WEHLING, 1997; ANTUNES, 2011; MERÊA, 1940; FALCON, 1996; SILVA, 1991, pp. 362ss.; MARCOS, 2006, pp. 163ss.

6 PORTUGAL, 1870, p. 730.

7 PORTUGAL, 1870, p. 728.

legislativa nacional deveria passar. Os dois aspectos eram, na verdade, complementares. O fim principal da *Lei da boa razão* era obviamente o fortalecimento da autoridade legislativa real, para o qual o racionalismo jurídico moderno tinha muito a contribuir. De fato, a geometrização teórica do direito típica do pensamento jusracionalista preparava o terreno para o Estado-legislador do tardo-absolutismo setecentista.⁸ Mas talvez seu traço mais interessante tenha sido as estratégias de correção e, por essa via, deslegitimação do direito romano pelo racionalismo jurídico (*boa razão*, direito natural, “Leis das Nações Christãs, iluminadas, e polidas”), algo que será de grande valia na modernização do direito em Portugal.

O sucesso das determinações da *Lei da boa razão* dependia de que os instrumentais teóricos apropriados fossem postos à disposição da classe jurídica lusitana, o que efetivamente demandava uma ampla revisão do ensino jurídico português. De tal forma, em 1772, as mudanças iniciadas com a *Lei da boa razão* de 1769 alcançaram uma segunda e complementar fase com a reforma dos estatutos da Universidade de Coimbra,⁹ onde se encontrava a única faculdade de direito do império português. Tratava-se efetivamente de criar as bases para uma verdadeira revolução jurídico-cultural que suplantasse uma cultura jurídica ainda profundamente arraigada aos intérpretes medievais do direito romano, extremamente refratária a inovações metodológicas e desconfiada das extravagâncias teóricas estrangeiras – como se sabe, nem mesmo o quinhentista *mos gallicus* ecoou com força no meio jurídico português.¹⁰

8 Veja-se STOLLEIS, 1988, p. 267ss.; STOLLEIS, 1990, p. 177.

9 Sobre as faculdades jurídicas nos novos estatutos, veja-se HESPANHA, 1978; MERÊA, 1957; MERÊA, 1947; GAUER, 1996, pp. 63-86; CAETANO, 1992, pp. 35-41.

10 Veja-se CRUZ, 1981, p. 365ss.

Os novos estatutos reorganizavam as faculdades de forma bastante detalhada, regulando inclusive os horários das aulas, vencimentos de lentes e substitutos, recessos e obviamente os pré-requisitos para o acesso de novos estudantes aos bancos universitários. Na faculdade de leis, o novo desenho curricular tinha como escopo, no espírito da *Lei da boa razão*, fomentar a modernização da ciência jurídica em torno da legislação nacional. Entre as novas disciplinas introduzidas estavam o direito pátrio, o direito natural – tanto o *ius publicum universalis* quanto o direito das gentes – a história do direito (romano e português) e a história geral (romana e portuguesa).

A introdução do curso de direito pátrio tinha como objetivo – por óbvio – dar aos alunos as condições de aplicar as leis nacionais. Direito natural, história do direito romano e história geral romana visavam fornecer referenciais teóricos capazes de favorecer a crítica ao direito romano e às escolas romanistas medievais. Assim, enquanto manifestação daquela *boa razão*, o direito natural ensinado no curso correspondente serviria como critério através do qual por em relevo o quão irracionais e extravagantes eram algumas das soluções do direito romano. De outro lado, a história romana e do direito romano deixariam claro os fundamentos históricos, circunstanciais, datados ou, na linguagem dos estatutos, “*civis*” daquelas soluções que se afastavam da *boa razão*. Tudo isso contribuiria para quebrar a aura do direito romano enquanto *ratio scripta*, mostrar sua mundanidade, sua dependência de contingências históricas e políticas, portanto, sua incapacidade para servir como modelo atemporal de raciocínio jurídico e mesmo para ser utilizado tal como recebido sem as devidas correções. Sendo ainda direito subsidiário, o direito romano não poderia obviamente ser abandonado. A sua análise crítica deveria, porém, levar à

criação de um *usus modernus* propriamente português das “leis imperiais”. De fato, isso tornaria o direito romano mais adaptado à cultura jurídica setecentista ao mesmo tempo em que destruiria a crença na sua superioridade, preparando assim sua futura proscricção. Por fim, os cursos de história portuguesa e do direito português, além de favorecer à valorização e correta interpretação do direito pátrio, tinham como principal objetivo justamente impedir que este fosse objeto das mesmas críticas jusnaturalistas endereçadas ao direito romano na medida em que justificava com base nos razões “civis” portuguesas os desvios que o legislador nacional se viu obrigado a cometer em relação à *boa razão*.

Além das mudanças curriculares, talvez a mais importante inovação diga respeito à metodologia da ciência jurídica e de sua pedagogia. A insatisfação com os métodos da ciência jurídica medieval ainda dominante na Universidade de Coimbra perpassa todo o discurso jurídico-reformista, desde a *Lei da boa razão*, passando pelo *Compêndio histórico*¹¹ e chegando até os novos estatutos. Como alternativa, além da crítica histórica e filológica humanista do direito romano (no modelo da escola “cujaciana”),¹² os estatutos inspiram-se nos modelos do jusracionismo moderno para desenhar a abordagem metodológica a ser seguida na faculdade de direito civil e, conseqüentemente, na própria ciência jurídica portuguesa. A metodologia da escola “cujaciana” era certamente útil para a desconstrução da aura de universalidade do direito romano e para frear a influência de outras indesejáveis escolas romanistas, mas muito mais seria necessário fazer para se mudar o *status quo* da ciência jurídica portuguesa e para proteger o direito pátrio. Assim os estatutos de 1772 procuraram favorecer uma construção sistemática do direito

11 PORTUGAL, 1771.

12 PORTUGAL, 1772, pp. 299-301.

no qual as normas particulares pudessem ser derivadas de princípios gerais e de axiomas fundantes. De tal forma, eles determinaram que o método de ensino jurídico deveria ser o chamado "método sintético", isto é, na exposição da matéria o professor deveria partir de "definições, e as divisões das Materias", passar "aos primeiros principios, e preceitos geraes mais simplicies, e mais faceis de se entenderem" e assim proceder dedutivamente até "as Conclusões mais particulares, formadas da combinação de maior numero de idéas, e por isso mais complicadas, e sublimes, e de intelligencia mais difficultosa".¹³ Esse método sintético deveria ser executado, diziam os estatutos, através do "caminho compendiário". Na prática, isso significava que os professores deveriam ensinar o direito através de "compêndios breves, claros e bem ordenados".¹⁴

O método escolástico, que dominou a Universidade de Coimbra até então, era acusado pelos reformistas de ser confuso e caótico. Essa contraposição refletia o confronto teórico através do qual a própria ciência moderna nasceu. Em geral, os proponentes da nova metodologia científica baseada em análise cartesiana de dados empíricos não viam nada além de um caos sem sentido de abstrações metafísicas na escolástica. Muitas tinham sido as expressões dessa nova metodologia no âmbito jurídico, tais como a escola moderna do direito natural (Hobbes, Locke), o romanismo cartesiano de Jean Domat e vários outros exemplos, tais como as obras de Pufendorf, Thomasius, Heineccius, etc. O conjunto dessa atitude teórica, que costuma ser denominado jusracionalismo, consistia precisamente em uma abordagem sistemática que, partindo de básicas noções auto-evidentes, demonstra suas consequências lógicas até suas mais específicas implicações.

13 PORTUGAL, 1772, p. 304.

14 PORTUGAL, 1772, p. 304.

De fato, o método demonstrativo, tomado de empréstimo às ciências matemáticas aparece nos novos estatutos como o centro da abordagem científica e é, assim, inserido – junto com o *método sintético* – na elaboração dos ditos compêndios.¹⁵ O “método científico e demonstrativo” garantiria a solidez e coesão do sistema jurídico, antes dissolvido no caos bartolístico de opiniões desprovidas de base legal em que o método tópico-dialógico tinha lançado a ciência jurídica. A sistematicidade, por sua vez, deveria garantir a certeza da lei já que vincularia, por meio da concatenação lógica, as conclusões particulares aos princípios gerais materializados no texto legal. E para garantir o resultado, ao lado e complementarmente ao método sintético também o método analítico deveria ser usado para que todas aquelas ideias gerais e abstratas pudessem ser deduzidas até suas consequências mais concretas e particulares.¹⁶ De tal forma, a coesão do direito, garantido pela construção jurídica sistemática do “método científico e demonstrativo” em suas fases analítica e sintética, eliminaria o espaço daquelas “falsas opiniões”¹⁷ criadas pela escolástica de glosadores e bartolistas.

3. A boa razão no direito criminal: sistematização do direito e questão penal

Desde o princípio o curso de direito pátrio ficou a cargo de Pascoal de Melo Freire. Por óbvio, era justamente no âmbito desse curso que o direito criminal era ensinado. Consequentemente, a codificação penal produzida por Melo Freire acabaria por ser uma consequência de sua atividade

15 PORTUGAL, 1772, p. 305.

16 PORTUGAL, 1772, pp. 306-7.

17 PORTUGAL, 1772, p. 7.

didático-pedagógica. Melo Freire levou a sério a tarefa de submeter o material jurídico a um tratamento lógico-sistematizante e fornecer uma apresentação ordenada do direito pátrio português.¹⁸ É bem verdade que tanto a *Lei da boa razão* quanto os novos estatutos procuraram evitar que também o direito pátrio fosse submetido ao crivo da *boa razão*: as mesmas "razões civis" que provavam a mundanidade do direito romano eram também as justificativas para aqueles momentos em que o legislador pátrio achou melhor, por questões conjunturais, afastar-se dos conselhos da *razão natural*. De outro lado, porém, não é simples separar a depuração lógica do material jurídico da sua correção material se o raciocínio parte, como de fato fez Melo Freire, à revelia das disposições dos novos estatutos, dos princípios básicos de uma dada abordagem da ciência jurídica. Admitindo como ponto de partida, digamos, o princípio da prevenção dos delitos como escopo último do sistema penal,¹⁹ Melo Freire via-se forçado a por de lado como logicamente incoerente tudo o que não concorresse para esse fim. A sistematização passava a não ser mais puramente lógico-formal. E de fato, no âmbito do direito penal, a conclamada abertura à ciência jurídica europeia, muitas vezes reivindicada pelos próprios novos estatutos, levava exatamente a isso. Posteriormente, com o processo de codificação e a necessidade de legislar *ex nihil* sem necessário respeito supersticioso pelo direito pátrio anterior, põe-se a tarefa de uma sistematização funcional da repressão penal – e funcional, obviamente, ao projeto político do absolutismo monárquico.

A tarefa de reconfigurar o direito português com base na *boa razão* assumia traços particulares no âmbito do direito penal. Se a *boa razão* significava, entre outras coisas,

18 Veja-se SANTOS, 1992; SANTOS, 1993.

19 FREIRE, 1966, pp. 79-80.

a referência à literatura jusracionalista e à ciência jurídica estrangeira, então no âmbito jurídico-penal, essa *boa razão* acabava sendo levada para dentro de e manifestando-se sob a forma de uma verdadeira transição paradigmática,²⁰ a saber, aquela pela qual a penalística começou a passar, em ritmo cada vez mais acelerado, a partir da publicação de *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria,²¹ coincidindo portanto com o ápice do Iluminismo. Na verdade, desde os fins do século XVII começa a manifestar-se uma preocupação sistemática com o direito penal de tendências filosófico-políticas que ultrapassava o mero tratamento técnico do material jurídico. Esse fenômeno – que se desenvolve e amadurece plenamente na segunda metade século XVIII – foi chamado por Giovanni Tarello de “a questão penal” e é descrito pelo historiador italiano como um emaranhado de questões conexas sobre os fundamentos do direito penal.²² Tarello ensaiou a descrição de seus meandros teóricos e inclusive intuiu suas relações

20 A ideia de transição ou revolução paradigmática (“paradigm shift”) foi criada pela clássica obra de Thomas Kuhn. Veja-se KUHN, 2009. Baseada, sobretudo, na história das ciências naturais, ela reverberou com certa força na epistemologia das ciências sociais e humanas, por exemplo em SANTOS, 1988. Diversas outras tradições filosóficas tentam explicar as variações nas tentativas de compreensão da realidade social, muitas delas enfocando-as não apenas como ato passivo de compreensão, mas também como constituição de “tecnologias” ou “superestruturas” de poder e dominação. Em que pese a comprovada utilidade de muitas dessas abordagens, optou-se aqui pela mais simples noção de transição paradigmática justamente por ela não vir carregada de implicações teóricas pré-estabelecidas sobre os modos de constituição de estruturas de poder a partir de constituição ou reformulação de áreas do saber, o que abre espaço para que estes sejam inteiramente descritos com base nas particularidades do caso em análise, dispensando-se assim intermináveis discussões metodológicas completamente descabidas em um curto estudo, como o que apresentamos.

21 Para uma visão geral da obra de Beccaria, veja-se VIANELLO, 1938; BIAGINI, 1992. Uma interessante biografia de Beccaria encontra-se em ZORZI, 1996.

22 TARELLO, 1975, p. 15.

com as transformações político-sociais de então, mas terminou por apenas arranhar a superfície da "questão penal". A obra de Beccaria, publicada em 1764, funcionou como um potente catalizador dessa discussão, o que o coloca como objeto privilegiado de análise para quem quer que queira entender esse momento de intensas transformações nas ideias e instituições jurídico-penais.

O núcleo da questão penal e o que dá sentido ao conjunto de questões que Tarello descreve – e *Dos delitos e das penas* parece ilustrar isso com extrema clareza – são os problemas teóricos implicados na transformação do direito penal em um instrumento de efetivo controle social e repressão de comportamentos antissociais. A revisão filosófica dos fundamentos do direito penal encarnada na obra de Beccaria tinha como objetivo atualizar as práticas jurídico-penais à nova realidade institucional que se materializava em meados do século XVIII.²³ Durante o antigo regime e, sobretudo, durante as épocas dominadas pela monarquia corporativa, a indissociação entre Estado e sociedade encarnada na pluralidade de corpos política e juridicamente autônomos²⁴ impunha um papel bastante singular ao direito penal, se comparado com a sua função em sociedades contemporâneas. Ora, eram justamente aqueles poderes intermediários justapostos entre o Estado e o indivíduo que realizavam, no antigo regime, o controle social e a repressão dos comportamentos antissociais. Ao direito penal, vítima da endêmica falta de meios administrativos do poder central, restava um papel meramente simbólico: justamente porque pouco aplicado devido à insuficiência institucional dos métodos processual-

23 Sobre os aspectos dessa atualização, veja-se CASTRO; DAL RI JÚNIOR, 2008b; CASTRO, 2009; SBRICCOLI, 1997.

24 Sobre a pluralidade corporativa do antigo regime, veja-se GROSSI, 2003. Sobre a monarquia corporativa em Portugal, veja-se HESPANHA, 1994.

-persecutórios, sua severidade podia crescer indiscriminadamente de forma tal a adquirir um valor aterrorizante exatamente na medida em que era ineficaz. Sua ineficácia, entretanto, era extrema, mas não absoluta, nem podia ser. Era mesmo necessário, para que a ameaça fosse crível e o valor simbólico subsistisse, que alguns infelizes eventualmente caíssem nas malhas da defeituosa repressão penal.²⁵ Dentre esses, alguns poucos poderiam receber a execução da sentença mas para a maioria se reservava a concessão da graça (ou a comutação da pena) por parte do soberano. A utilidade do direito penal na monarquia corporativa estava justamente na conservação do poder carismático do rei que esse binômio *severidade-graça* implicava: o ato de misericórdia da concessão da graça não só reafirmava a sujeição ao poder monárquico, mas também recobria a figura do rei do carisma inerente a quem pode mudar sentenças e adequar punições à moderação dos sentimentos públicos, temperando assim a rigidez (e crueldade) do direito – no fim das contas, um certo paralelo jurídico ao caso dos monarcas que podiam curar escrúfulas.²⁶

Com a nova realidade institucional de meados do século XVIII nada disso fazia mais sentido. Os avanços dos meios de administração monárquica centralizada permitiam um acentuado desmantelamento das autonomias corporativas no seio daquela sociedade de sociedades do antigo regime²⁷. Os diversos corpos autônomos são pouco a pouco extirpados de seus meios de administração coercitiva em prol de um Estado cada vez mais monopólio do uso legítimo da força física. Por um lado, os corpos sociais autônomos perdiam

25 Sobre a ineficácia do direito penal no antigo regime português, veja-se HESPANHA, 1993.

26 BLOCH, 1999.

27 GROSSI, 2003.

sua capacidade de regular comportamentos. Por outro, o poder central já passava a contar com meios administrativos suficientes para impor por si só um controle social orientado às suas próprias finalidades.²⁸ Era não só possível, mas também necessário que o direito penal abandonasse seu papel simbólico em favor de uma atuação concreta sobre a sociedade (agora já em avançado processo de distinção em relação ao aparato administrativo estatal). Impunha-se assim uma racionalização do sistema penal.

Essa racionalização significava obviamente a adequação sistemática e funcional do sistema penal ao seu novo papel dentro do Estado absolutista. Racionalizá-lo significava adaptá-lo, enquanto meio, à consecução dos fins que eram-lhe assinalados: isto é, à efetivação do disciplinamento social. A reforma do direito penal é encampada, então, enquanto parte do projeto de modernização social idealizada por filósofos mais ou menos identificados com o ideário iluminista e concretamente elaborada por funcionários de autocratas ditos esclarecidos. Antes de mais nada, estabeleceu-se a prevenção do delito como finalidade máxima e princípio geral da repressão penal.²⁹ Note-se que estabelecer a prevenção do delito como finalidade principal do sistema punitivo equivale a assumir a tarefa de transformá-lo em um efetivo mecanismo de determinação de comportamentos no âmbito das interações quotidianas e repetitivas entre os membros da

28 De fato uma inteira disciplina nasce, ou pelo menos reconfigura-se, para a elaboração teórica desses meios, a saber, a prussiana ciência de polícia (*Polizeiwissenschaft*) e mais amplamente o cameralismo (a *Kameralwissenschaft*). Para uma visão geral da *Polizeiwissenschaft*, especialmente de seu nascimento e desenvolvimento nas áreas de língua alemã, veja-se STOLLEIS, 1988; SCHIERA, 1968. A ciência de polícia foi bastante influente em Portugal na época pombalina. Sobre isso, veja-se de SEELAENDER, 2003; *idem*, 2010; *idem*, 2010b, pp. 120-135; *idem*, 2011.

29 BECCARIA, 1984, pp. 54-5 e 121.

sociedade civil, algo muito mais intenso e complexo do que o mero reforço de uma submissão política a um poder central distante e pouco regulador. Tudo o mais na estrutura do sistema penal deveria então passar a estar funcionalizado à realização do objetivo de desviar os indivíduos da prática de ações antissociais criminalizadas. Para tanto o direito penal deve ser, antes de tudo, judicialmente eficaz. Seus comandos devem ser aplicados de maneira inexorável sob a égide de uma espécie de princípio da certeza da punição,³⁰ de forma tal que o direito penal constitua um mecanismo cotidiano, regular e constante: para efetivamente disciplinar a sociedade, é necessário que as penas sigam-se aos delitos de forma aparentemente automática.³¹ Consequentemente, nenhuma graça ou comutação de pena deveria ter mais lugar.

Importantíssimo é compreender que aquilo pelo qual o iluminismo jurídico-penal – e em especial Beccaria – mais ficou conhecido, isto é, a humanização do sistema penal, era na verdade um pressuposto do incremento da eficácia judicial do sistema penal.³² Muito do que se encontra escrito sobre Beccaria ainda isola suas reivindicações de mitigação das penas do complexo contexto argumentativo de sua obra e, assim fazendo, populariza uma visão ingênua do filósofo-jurista milanês.³³

De fato, a excessiva severidade era – pensava Beccaria e os reformadores – um obstáculo à eficácia do direito

30 BECCARIA, 1984, pp. 83-4.

31 BECCARIA, 1984, p. 70ss.

32 CASTRO; DAL RI JÚNIOR, 2008b; CASTRO, 2009; *idem*, 2008.

33 Além das incontáveis introduções históricas dos manuais de direito penal, talvez quem mais tenha contribuído para fixar essa leitura de Beccaria e do iluminismo jurídico-penal em geral, dentre os historiadores do direito recentes, foi Mario Cattaneo. Veja-se, entre outras obras do autor sobre o tema, CATTANEO, 1974. Uma leitura semelhante também se encontra em MAESTRO, 1977.

penal, pois a brutalidade jurídico-penal só podia existir sob a condição da excepcionalidade. Mas uma vez instaurada, essa brutalidade tinha o poder de auto-perpetuar-se impedindo justamente o incremento da eficácia da lei penal mesmo quando os meios administrativos passavam a permiti-lo. Dito de outra forma, penas draconianas sabotavam o sistema penal ao justificar e até mesmo requerer a intervenção misericordiosa do soberano através da graça ou as interpretações humanizantes dos juízes. Humanizar o sistema penal a partir da legislação, para que não fosse necessário humanizá-lo em sua aplicação: era esse o lema implícito da obra de Beccaria. No fim das contas, Beccaria não foi o pioneiro da mitigação das penas. Esta já existia na prática jurídica,³⁴ contribuindo para a baixa eficácia sancionatória do direito penal do *Ancien Régime*. Ele apenas pediu que essa mitigação passasse das mãos dos juízes (e reis, na suplência daqueles) para a dos legisladores. A esse respeito, talvez valha a pena recordar uma das mais emblemáticas passagens de *Dos delitos e das penas*:

Mas se considere que a clemência é a virtude do legislador e não do executor das leis; que deve resplandecer no código, não nos juízos particulares; que mostrar aos homens que se podem perdoar os delitos e que a pena não é a sua consequência necessária é fomentar a lisonja da impunidade, é fazer acreditar que, podendo-se perdoar, as condenações não perdoadas são antes violências da força que emanações da justiça. O que se dirá pois quando o príncipe conceder a graça, isto é a segurança pública a um particular, e que com um ato privado de não esclarecida benevolência forma um público decreto de impunidade. Sejam, portanto, inexorável as leis, inexorável sejam os executores delas nos casos particulares, mas seja doce, indulgente, humano o legislador.³⁵

Essa humanização, por mais desejável que fosse em si mesma, era fundamentalmente um meio para um fim maior,

34 SBRICCOLI, 1997, pp.183-4.

35 BECCARIA, 1984, p. 128. [tradução nossa].

qual seja, o de tornar o direito penal um efetivo mecanismo de governo voltado ao controle social dentro do Estado tardo-absolutista da segunda metade do século XVIII. Tal o cerne da *questão penal* setecentista. Beccaria, desde muito cedo intelectual engajado no projeto do absolutismo esclarecido habsburgo no norte da Itália e posteriormente dedicado funcionário da coroa austríaca em Milão, compreendeu-a como poucos.³⁶ Evidentemente a racionalização do sistema penal não acabava aí. Uma série de outros princípios e ideias eram elencados por Beccaria: legalidade das penas (com proibição da interpretação), clareza da lei, abolição da pena de morte, abolição da tortura, celeridade da pena, proporção entre a pena e o delito, sistema persecutório, livre apreciação das provas, etc., tudo orientado pela máxima do utilitarismo nascente.³⁷ Com Beccaria, a ciência do direito penal entra definitivamente dentro do projeto de construção do Estado, precisamente em sua fase tardo-absolutista setecentista.³⁸

Não obstante seu caráter sintético e geral, *Dos delitos e das penas* foi a primeira obra filosófica dedicada exclusivamente ao direito penal a compreender o papel que caberia ao sistema penal dentro das transformações institucionais da época. De tal forma, sua publicação como que abriu um dique de reflexões político-filosóficas sobre o direito penal. De uma vez, o direito penal não apenas tornou-se objeto de reflexão filosófica autônoma e sistemática, a abordagem fi-

36 Sobre as relações de Beccaria com o absolutismo austríaco veja-se CASTRO; DAL RI JÚNIOR, 2008b; CASTRO, 2008; ZORZI, 1996. Sobre o contexto das reformas da coroa austríaca na Lombardia, veja-se CAPRA, 2000; CAPRA, 1981.

37 Sobre o utilitarismo em Beccaria, veja-se CASTRO, 2008; FRANCONI, 1990; ZARONE, 1971.

38 Sobre as relações práticas e teóricas de Beccaria com os problemas do Estado no século XVIII, veja-se CASTRO; DAL RI JÚNIOR, 2008b; CASTRO, 2009; CASTRO, 2008; CASTRO, 2007. SBRICCOLI, 1997, p. 181; CORPACI, 1965.

losófica tornou-se – ao menos nesse período de transição – o centro da investigação jurídico-penal. Compreender esse fato não parece difícil: indagar dos fundamentos últimos de uma ciência parece conduzir a reflexão naturalmente para fora dos limites dessa mesma ciência, em direção a seus fundamentos filosóficos. Praxistas e juristas tradicionais continuaram, por certo, a tratar o direito penal da forma como antes faziam. Porém, cada vez mais e mais era impossível discutir direito penal sem posicionar-se com relação a um certo número de importantes tópicos relativos à sua função dentro do aparato estatal moderno.³⁹ Na Inglaterra, com o “discípulo” de Beccaria, Jeremy Bentham⁴⁰, em França, onde a publicação do elogioso *Commentaire au Traité des délits et des peines* de Voltaire imediatamente levou à formação de um partido beccariano e de um anti-beccariano,⁴¹ na Alemanha de Karl Ferdinand Hommel⁴² e mesmo na Espanha de Manuel de Lardizábal y Uribe.

Não poderia haver dúvidas: no que dizia respeito ao direito penal, a *boa razão* tinha nos tópicos definidos pelos reformistas setecentistas um conjunto bem determinado de questões a tratar e de orientações gerais a seguir, ainda que as respostas particulares pudessem variar um pouco de autor para autor. Portanto, no âmbito jurídico-penal, a

39 SBRICCOLI, 1997, p. 181.

40 Para uma visão geral das reformas jurídicas propostas por Bentham, veja-se JUDSON, 1910. Para uma análise geral da obra jurídico-filosófica de Bentham dentro da evolução do liberalismo inglês sob a ótica da “projetualidade jurídica”, isto é, da centralidade do direito dentro do projeto de construção sócio-institucional moderna, veja-se COSTA, 1974. Sobre a teoria da punição de Bentham, veja-se BEDAU, 2004. Sobre a teoria da lei penal em Bentham, veja-se SONTAG, 2009.

41 Veja-se FIRPO, 1985. Para algumas análises pontuais da influência de Beccaria no espaço francófono (Suíça e Bélgica, sobretudo), veja-se PORRET, 1997.

42 Sobre Hommel, veja-se CATTANEO, 1975.

modernização do direito português a cargo de Melo Freire possuía um sólido quadro de referências. De fato, como mencionamos acima, já na sistematização do direito precedente (do direito penal pátrio em vigor) manifesta-se com toda a força, pela pena do jurista de Ansião, a nova torrente de ideias que então caminhava para hegemonizar a ciência penal. Em suas *Instituições de direito criminal português*, o direito penal lusitano de então era inteiramente reorganizado sob os princípios do novo saber jurídico-penal nascido na transição paradigmática iluminista. Assim a prevenção do delito como fim último da punição torna-se o princípio norteador geral, servindo inclusive – aqui muito próximo de Beccaria – de critério determinante da justiça da pena, e a excessiva severidade punitiva, por gerar impunidade e perdão aos crimes, passa a ser odiável obstáculo à eficácia sancionatória do direito penal e, portanto, a um direito penal racional. Diz Melo Freire:

11. É justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal. 12. E é, pelo contrário, injusta a que for inútil ou cruel. 13. A atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delito, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública.⁴³

No contexto do absolutismo pombalino, a revolução paradigmática da ciência jurídico-penal vinha ao encontro das transformações institucionais pelas quais passava o país. Ao adotar o novo paradigma, qualquer sistematização lógico-formal do material jurídico-penal português levaria naturalmente a uma refuncionalização teórica do sistema penal pátrio em favor dos interesses programáticos do absolutismo pombalino. O processo de codificação seguiria naturalmente pelo mesmo caminho.

43 FREIRE, 1966, p. 80. Uma análise do direito penal setecentista português pela ótica da humanização em ALVES, 2014.

4. O projeto de código criminal: apontamentos sobre o papel da sistematização na comunicação entre o legislador e os destinatários da lei

José I morreu em 1777 e, com a ascensão de Maria I ao trono chegava ao fim o governo do Marquês de Pombal, por quem a nova rainha nutria profunda antipatia. Não obstante, Pascoal de Melo Freire garantiria que o pombalismo jurídico sobreviveria ao fim da autocracia pombalina por alguns anos, ao menos no plano da teoria. A parte final da empreitada jurídico-reformista setecentista em Portugal era a reformulação do sistema legal lusitano, etapa culminante das reformas do sistema de fontes (*Lei da boa razão*) e do sistema jurídico-pedagógico (estatutos de 1772). Mesmo com o fim do governo de Pombal, o projeto reformista foi adiante quase que inercialmente, talvez pela pressão de determinados interesses de setores da burocracia estatal beneficiados pelo conjunto das reformas ou pela simples necessidade, por questões de prestígio, de manter o país em compasso com os novos tempos da cultura jurídica europeia. Assim em 1786, depois de um início frustrado do esforço monárquico pela reformulação das Ordenações Filipinas, a coroa portuguesa convoca Melo Freire e encarrega-o de dois novos códigos, correspondentes aos livros II e V das Ordenações. Tratava-se respectivamente da parte correspondente ao direito público e ao direito penal.

Em 1789, Melo Freire entregou os dois projetos para a revisão.⁴⁴ A comissão de revisão iniciou os trabalhos pela análise do código de direito público e o primeiro parecer ficou a cargo de António Ribeiro dos Santos.⁴⁵ Daí seguiu-se,

44 FREIRE, 1844.

45 Sobre António Ribeiro dos Santos, veja-se PEREIRA, 1983.

no debate entre Ribeiro dos Santos e Melo Freire, um dos pontos altos da cultura jurídica lusitana.⁴⁶ Declinamos aqui da tarefa de descrevê-lo, no entanto. Importa apenas notar que o projeto de Melo Freire era o tardio design jurídico do absolutismo pombalino, reduzindo ao mínimo as limitações ao poder monárquico, notadamente à suas prerrogativas legislativas.⁴⁷ Ribeiro dos Santos, ao contrário, invocava toda a sorte de limitações corporativas e tradicionais à discricionariedade real, incluindo uma amplíssima concepção das leis fundamentais do reino,⁴⁸ cujos componentes regrediam até ao tempo dos reis visigóticos.⁴⁹ A extensão com a qual Ribeiro dos Santos conseguiu modernizar o significado prático desses tradicionais “*checks and balances*” corporativos e transformá-los em garantias mais ou menos modernas de uma liberdade individual e um equilíbrio institucional apropriados ao ainda por nascer liberalismo ibérico, é matéria que certamente merece mais análises. De qualquer forma, considerando o conjunto da reflexão jurídica lusitana da época, bem como a conjuntura política portuguesa, é difícil imaginar que Ribeiro dos Santos tenha avançado muito nessa direção.⁵⁰ A discussão entre os dois juristas foi amarga e acabou com o abandono das reuniões da comissão de revisão por parte de Melo Freire. Os trabalhos acabaram não se concluindo e o projeto do código de direito público foi abandonado. A revisão do código de direito criminal sequer foi iniciada. Conflitos políticos quase ao nível pessoal

46 SANTOS, 1789.

47 Para uma análise do “Novo Código” com referência à teoria da legislação, veja-se SEELAENDER, 2003, p.133ss.

48 Para um balanço geral da questão das leis fundamentais, veja-se SEELAENDER, 2006.

49 SANTOS, 1789, p. 8.

50 Para uma apreciação do debate, veja-se HESPANHA, 2009, pp. 43-4.

certamente tiveram algum papel na rejeição dos projetos de Melo Freire. De certa forma, a derrota dos projetos de Melo Freire foi a derrota definitiva do pombalismo que, no âmbito do pensamento jurídico, havia sobrevivido à queda do todo-poderoso marquês. O resultado é que a discussão da modernização legislativa portuguesa ficou estagnada por mais de duas décadas após o fracasso das reformas marianas.

De qualquer maneira, Melo Freire fez a sua parte. No fim de 1786 o jurista de Ansião entregou à comissão de revisão do novo código a introdução ao projeto de código criminal que ele estava preparando, acompanhada de um rascunho da primeira parte.⁵¹ Nela encontramos uma exposição da orientação teórica que guiou a obra, do significado que o novo código possuía com relação à cultura jurídico-penal lusitana e do modo como ele, enquanto tecnologia do controle social, deveria ter funcionado. Na introdução de 1786, Melo Freire critica duramente a irracionalidade do direito penal português contido no livro V das Ordenações Filipinas, uma sensível mudança de atitude em relação às suas *Instituições de direito criminal português*. No seu manual de direito pátrio, Melo Freire procurava contornar as deficiências do direito penal lusitano submetendo-o a uma sistematização não apenas lógico-formal, mas também – graças à adesão ao novo paradigma dominante na ciência penal – axiológica e sócio-funcional, de forma a modernizá-lo e torna-lo mais adequado à realização das novas funções que cabiam ao sistema penal no Estado absolutista tardo-setecentista. Na introdução de 1786, isso já não era mais necessário: tratava-se agora de ressaltar os enormes defeitos do texto filipino para confirmar a necessidade de sua completa e geral reforma.

O juízo de Melo Freire é severo. Segundo o ansianense, as Ordenações Filipinas não respeitavam aquela ordenação

51 HESPANHA, 1993, p. 289.

lógico-sistemática tão cara à *Lei da boa razão* e aos estatutos de 1772, pois “os delictos não se distinguem, nem se separão entre si pela sua ordem e classes” e “as doutrinas e regras geraes sobre os delictos, os delinquentes e as penas, e sobre as provas, indícios e presumpções são absolutamente omissas”. Mas o mais grave – continua Melo Freire – é que as Ordenações são uma legislação “inconsequente, injusta e cruel”, pois – por exemplo – preveem a punição dos hereges, mas deixam na prática as penas ao arbítrio dos juizes. A conclusão, portanto, é de que a sobredita Ordenação é “muito defeituosa”.⁵²

Seguem-se ainda diversas críticas a inúmeros outros defeitos das Ordenações, todos baseados no descompasso entre ela e as doutrinas tiradas do repertório jurídico-penal iluminista. A propósito, na mesma introdução Melo Freire não apenas explicita os fundamentos teóricos da codificação, mas demonstra clara compreensão do significado da mudança no conjunto de referências da ciência jurídico-penal. Para Melo Freire, com Beccaria, o conhecimento jurídico-penal atinge pela primeira vez o nível filosófico de reflexão. O século XVIII assiste, portanto, ao nascimento d’“esta parte da philosophia politica, tão importante e necessaria aos homens publicos, e tão vantajosa a toda humanidade”⁵³. Há não apenas uma descontinuidade profunda entre uma fase e outra, mas sobretudo – assim parece compreender Melo Freire – uma realocação do saber jurídico-penal, que passa agora a integrar a “filosofia política”, isto é, passa a fazer parte da reflexão sobre o Estado e suas relações com a sociedade civil. Discutir o direito penal é, portanto, discutir seus fundamentos políticos e sociais e não por acaso em momento de profunda crise daquelas relações políticas tradicionais

52 FREIRE, 1823c, pp. XVIII-XIX.

53 FREIRE, 1823c, p. I-II. Veja-se a esse respeito HESPANHA, 1993, p. 329.

que, originando-se na Idade Média, permaneceram vivas no seio da monarquia corporativa até meados do século XVIII (ao menos em Portugal, mas certamente também no além-Pirineus com variados graus de intensidade). Tal é justamente a essência da *questão penal* setecentista, que aqui se manifesta com toda a clareza no pensamento jurídico absolutista português pós-Pombal.

Revelador, porém, é analisar também o que Melo Freire estava rejeitando, isto é, as referências tradicionais do pensamento jurídico-penal. O símbolo maior da fase anterior do conhecimento penalístico era Prospero Farinacci, autor no qual – diz Melo Freire – “para tudo se acha doutrina”⁵⁴. O ansianense colhe de modo perspicaz e sintético aquilo que era o traço principal do pensamento jurídico pré-iluminista, isto é, o seu caráter tópico: Farinacci oferecia argumentos em todas as direções. Essa característica constituía, em âmbito científico, o principal obstáculo para a introdução de uma diretriz sistemática no direito penal. Ainda que o tipo de sistematização proposto pela nova ciência jurídico-penal não se exaurisse em seu aspecto lógico-formal, é também óbvio que esse mesmo aspecto era condição de possibilidade de uma sistematização sócio-funcional do sistema penal.

O projeto de Melo Freire tenta, portanto, avançar na organização sistemática do material legislativo. Sob o ponto de vista da estruturação temática, interessante em si mesmo, mas tangencialmente importante para o tema aqui tratado, convém ter em mente a descrição de seus aspectos fundamentais. O projeto contém 66 títulos, aglutináveis em três partes fundamentais, a saber, a) o tratamento dos delitos em geral nos 4 primeiros títulos (“sua divisão, das

54 FREIRE, 1823c, p. XIII. Veja-se aqui também HESPANHA, 1993, pp. 329-331. Sobre a rejeição de Melo Freire a Farinacci, veja-se SANTOS, 1993, p. 329-30.

pessoas capazes de delinquir, dos diversos delinquentes, e diversidade das penas”⁵⁵) e os delitos em espécie, do título 5 até o título 44; b) questões processuais relativas à natureza, força e diversidade das provas, aos indícios e às presunções jurídicas, às questões de juramento judicial, à acusação, à defesa, ao exame e interrogatório das testemunhas, etc.; c) a ordem do processo.⁵⁶

Mais importante, porém, é ressaltar que o projeto avançava singularmente na sistematização axiológica, isto é, na estruturação do sistema de proporcionalidade das penas que implicitamente definia a hierarquia dos valores juridicamente tutelados pelo sistema penal e que, por sua vez, traduzia juridicamente uma nova organização social.⁵⁷ Os fundamentos teóricos dessa estratégia encontram-se nas páginas da filosofia jurídico-penal iluminista e possuem um acentuado traço de utopia social, oriundo sobretudo da orientação utilitarista com que Beccaria, sob a influência de Helvetius, desenvolveu suas ideias. O adágio iluminista beccariano da proporcionalidade entre o delito e a pena referia-se não somente à intensidade da violação à lei, mas também e, sobretudo, à importância do “bem jurídico” tutelado. O direito penal voltado à prevenção do delito era fundamentalmente uma relação de comunicação entre o legislador e o destinatário da norma, isto é, o cidadão e não mais o jurista especializado. A lei simplesmente comunicava ao súdito a hierarquia de valores, decididos supostamente segundo a tutela do “bem comum”, transmitindo assim o comportamento desejado. Por “bem comum” entendia-se, no contexto do nascente utilitarismo que – conforme mencio-

55 FREIRE, 1823c, p. V.

56 FREIRE, 1844b.

57 Para uma análise pormenorizada de alguns aspectos do novo tratamento dos bens jurídico-penais, veja-se HESPANHA, 1993, p. 335ss.

namos – perpassava a obra de Beccaria, a fusão *optimal* dos interesses individuais.⁵⁸ De tal forma, a lei penal (mas não só) transmitia ao súdito-destinatário a racionalidade social elaborada pelo legislador, uma racionalidade que supostamente sintetizava e harmonizava da forma mais perfeita os próprios interesses individuais, maximizando sua gratificação. A lei, portanto, ensinava ao indivíduo que comportar-se de acordo com ela e concorrer para o bem geral e a solidez da arquitetura social era a melhor forma de patrocinar os próprios interesses individuais de cada um.

Para aqueles incapazes de compreender a utilidade ao mesmo tempo social e individual da obediência ao legislador, restavam as punições moderadas, mas inexoráveis de um sistema penal regular e constante (e não mais esporádico e simbólico) pronto a adestrar pela dor aqueles incapazes de disciplinar-se em função do próprio interesse individual absorvido e dissolvido no geral. Em que extensão exatamente Melo Freire – jurista informado filosoficamente e não filósofo-jurista à moda de Beccaria – compartilhava dessas utópicas crenças sociais que estão na base da doutrina penal utilitarista-iluminista de Beccaria, é matéria que permanece aberta. Certo é que o senso prático de alguém acostumado ao foro judicial como Melo Freire não lhe permitia a subscrição sem reservas de ao menos um ponto central da filosofia jurídico-penal iluminista que descrevemos, a saber, a completa eliminação de qualquer intermediário na comunicação entre o legislador e os súditos destinatários da norma, materializada na proibição beccariana de interpretar a lei penal. Era dessa ideia que advinha um outro dogma caro ao iluminismo jurídico-penal, isto é, o princípio da clareza da lei. Só uma lei clara poderia dispensar intérpretes. A sistematicidade é um dos componentes dessa clareza: um conjunto de leis penais

58 Veja-se CASTRO, 2008. Veja-se também FRANCONI, 1990.

contraditórias entre si não pode, por óbvio, ser considerado claro, nem tampouco dispensar a interpretação. Obviamente Melo Freire esforçou-se ao máximo no trabalho de “clarificação” das disposições do código, mas sem nunca se deixar enganar: ao invés de eliminar os intermediários, o que se poderia fazer era no máximo domesticá-los. Em outras palavras, uma comunicação perfeita e sem intermediários entre o legislador e os súditos-destinatários estava fora de questão.⁵⁹

Aqui fica mais fácil entender a repulsa de Melo Freire pela ciência jurídico-penal anterior. A casuística da penalística tradicional era o reino dos especialistas.⁶⁰ Nela o direito tornava-se não apenas muito mais difícil de ser entendido, mas, sobretudo, muito mais incerto.⁶¹ Em substância, o direito penal era um importante instrumento de racionalização social, isto é, de disciplinamento dos comportamentos através de uma ação comunicativa entre soberano-legislador e súditos que não deveria ser atrapalhada pela interferência desagregadora dos juristas técnicos com sua linguagem criptografada e com seus interesses corporativos. Essa era a tese central do iluminismo jurídico-penal. Ciente de seu caráter ligeiramente utópico, Melo Freire procurou, de qualquer forma, materializa-la ao grau máximo em seu trabalho pedagógico e legislativo, porém sem se deixar iludir. Unindo às doutrinas filosóficas jurídico-penais seu conhecimento técnico-jurídico, Melo Freire fez o máximo para dar apli-

59 No âmbito de suas pesquisas sobre a assim chamada “forma-código”, Paolo Cappellini deu um espaço privilegiado à questão da comunicação entre o emitente da norma e seu destinatário enquanto o cidadão e não mais o jurista. Veja-se CAPPELLINI, 2002. Sobre o mesmo tema em Bentham, veja-se SONTAG, 2011.

60 Também Hespanha põe em evidência as consequências cognitivas entre a casuística e o método sintético-axiomático. Veja-se HESPANHA, 1993, p. 330.

61 Sobre incerteza jurídica como consequência da casuística, veja-se HESPANHA, 1993, p. 331.

cabilidade concreta aos princípios do novo paradigma que se afirmava na ciência jurídica, princípios esses formulados justamente em seu momento de maior abstração, isto é, durante a transição filosófica de meados do Século XVIII por meio da qual o direito penal sofreu a mudança de rota que o inseriu definitivamente dentro da discussão política moderna. Graças à pena de Melo Freire, a *questão penal* setecentista manifestava-se com toda a força em Portugal.

CONCLUSÃO

Em 1769, a cultura jurídica portuguesa começou a passar por um intenso período de reformas com a promulgação da *Lei da boa razão*. O principal intuito da lei foi a reforma do sistema de fontes do direito em Portugal, tendo como objetivo o reforço do direito pátrio perante outras fontes. No meio do caminho, a lei de 1769 acabou também dando um primeiro impulso à abertura da ciência jurídica lusitana a um maior intercâmbio com o pensamento jurídico europeu. Em 1772, as mudanças iniciadas com a *Lei da boa razão* de 1769 alcançaram uma segunda e complementar fase com a reforma dos estatutos da Universidade de Coimbra, onde se encontravam as únicas faculdades de direito do Império português (cânones e leis). Essa reforma introduziu o ensino do direito pátrio, do direito natural e da história do direito na faculdade de leis e impôs medidas de racionalização metodológica do direito. Procurava-se fundamentalmente criar uma ciência jurídica de índole lógico-sistematizante inspirada no jusracionalismo jurídico e centrada sobre o direito pátrio português, notadamente a legislação real.

No âmbito jurídico-penal, graças ao trabalho de Pascoal de Melo Freire (professor de direito pátrio da Universidade de Coimbra), essas mudanças metodológicas e

conteudísticas iriam se repercutir na inserção da discussão jurídico-penal portuguesa dentro da transição paradigmática pela qual, sobretudo após a publicação de *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria em 1764, o direito penal então passava. O ápice dessa transição paradigmática, que se afirmava de forma visceralmente rápida por toda a Europa ilustrada, consistia precisamente em uma revisão filosófica do direito penal que conscientemente inseria-o dentro do debate sobre o construção do Estado e suas tarefas perante a sociedade civil na segunda metade do século XVIII. Dito de outra forma, o direito penal será agora sistematicamente considerado no âmbito da reflexão sobre os fundamentos da convivência política e social humanas num contexto de ampliação da distinção entre Estado e sociedade civil em que aspectos importantes dos resquícios medievais próprios do *Ancien Régime* eram superados. O resultado disso é que o direito penal daí resultante passa a ser concebido como um instrumento de disciplinamento social e repressão a comportamentos indesejados, trabalho que previamente ficara reservado aos corpos sociais intermediários subsistentes na monarquia corporativa, aqueles mesmos que estavam em vias de eliminação devido à sempre crescente centralização político-administrativa. O cerne da *questão penal* setecentista, à qual aludiu Giovanni Tarello, estava – entendemos nós – exatamente nesse processo de preparação do sistema penal para as novas tarefas que lhe seriam atribuídas no âmbito do projeto político-jurídico das monarquias absolutistas tardo-setecentistas, isto é, durante a derradeira fase da concentração dos meios de administração coercitiva. Era, afinal, a isso que grande parte das principais discussões jurídico-penais filosóficas diziam respeito em última instância.

Depois da reforma das fontes (1769) e do ensino jurídico (1772), a terceira fase das reformas jurídicas portuguesas de-

veria ser a preparação de novos códigos que reformulariam a estrutura jurídica do reino de Portugal e completariam a reforma jurídico-cultural que estava em curso. O próprio Melo Freire escreveu os projetos dos códigos de direito público e criminal (apresentados para revisão em 1789), que porém não foram nunca promulgados. Na introdução do código de direito criminal, Melo Freire afirma que o projeto é o resultado da revolução filosófica do saber jurídico-penal (com referência a Beccaria e Montesquieu, entre outros) e manifesta sua repulsa pelas tradicionais referências teóricas, especialmente Prospero Farinacci. Através da crítica a Farinacci revela-se a perspectiva da qual Melo Freire enfrentava a tarefa de redigir o projeto de código: para Melo Freire, Farinacci era substancialmente o símbolo da ausência de unidade sistemática no direito criminal. Nesse sentido, o código de direito criminal de Melo Freire representou bem o espírito jusracionalista da *Lei da boa razão* e dos estatutos de 1772, dando uma materialização legal à orientação "sintético-axiomática" que deveria guiar o ensino do direito na Universidade de Coimbra.

Pelo lado das suas referências iluministas, através das quais muito da nova abordagem ao sistema penal foi construído, a sistematização da lei penal em si mesma não era uma bandeira muito difundida, mas estava implícita em um dos principais objetivos teóricos da reforma penal, isto é, a comunicação direta entre legislador e súditos, reivindicação que se mostraria um tanto utópica, mas que foi elemento essencial da fase de elaboração da orientação geral do novo paradigma jurídico-penal. Primeiro, porque se se tratava de eliminar (ou reduzir o máximo possível) os intermediários entre rei-legislador e súdito, então era fundamental eliminar (ou limitar) a interpretação da lei penal. A lei deveria, portanto, ser clara, o que quer dizer que deveria também ser ao

menos tendencialmente sistemática, pois uma lei contraditória consigo mesma demandaria a interpretação e, assim, a intervenção de *experts*. Segundo, porque se trava também de comunicar aos súditos, através da lei penal, a hierarquia de valores nos quais se fundava a própria organização social. Assim, uma sistematização não apenas lógico-formal, mas também axiológica que refletisse para os súditos a própria organização social decidida segundo o “bem-comum”. Para Melo Freire, jurista filosoficamente informado e não filósofo-jurista, eram evidentes os percalços técnicos da execução dessas ideias e seu caráter ligeiramente utópico. Entretanto, seu preparo técnico e experiência caminharam no sentido não de negar o ideário jurídico-filosófico da reforma penal, mas de dar-lhe o máximo de aplicabilidade possível.

FONTES

BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. In: BECCARIA, Cesare. *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*. A cura di Luigi Firpo. Vol. I. Milano: Mediobranca, 1984, pp. 15-129.

FREIRE (DOS REIS), Paschoal José de Mello. *O novo código do direito publico de Portugal, com as provas*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844.

FREIRE, Paschoal José de Mello. *Código Criminal intentado pela Rainha D. Maria I, com as provas*, 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844b.

FREIRE, Paschoal José de Mello. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*. Segunda edição, castigada dos erros. Organizado por Francisco Freire de Mello. Lisboa: Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823.

FREIRE, Paschoal José de Mello. *Ensaio do Código Criminal a*

que mandou proceder a Rainha fidelíssima D. Maria I. Organizado por Miguel Setáro. Lisboa: na Typ. Maigrense, 1823b.

FREIRE, Pascoal José de Mello. Introdução. In: MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, Segunda edição, castigada dos erros. Organizado por Francisco Freire de Mello. Lisboa: Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823c.

FREIRE, Pascoal José de Melo. *Instituições de direito criminal português*. Tradução de Miguel Pinto de Menezes. Boletim do Ministerio da Justiça, n. 155-156, Lisboa, Ministério da Justiça, 1966.

PORTUGAL. *Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos denominados jesuítas e dos estragos feitos nas sciencias e nos professores e diretores que a regiam pelas maquinações, e publicações dos novos estatutos por eles fabricados*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1771.

PORTUGAL. *Estatutos da Universidade de Coimbra*. Vol. 1, Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772.

PORTUGAL. Lei de 18 de Agosto de 1769. Declarando a authority do Direito Romano, e Canonico, Assentos, Estylos, e Costumes. In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*. 14. ed. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870, pp. 725-30.

SANTOS, António Ribeiro dos. *Notas ao plano do novo código de direito publico de Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1789.

Referências bibliográficas

ALVES, Sílvia. *Punir e humanizar: O direito penal setecentista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Fundação para a Ciência e Tecnologia, 2014.

ANTUNES, Álvaro de Araújo. Pelo rei, com razão: comentários sobre as reformas pombalinas no campo jurídico. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, Ano 172, n. 452, pp. 15-50, 2011.

BEDAU, Hugo. Bentham's theory of punishment: origin and content. *Journal of Bentham Studies*. London, vol. 7, pp. 1-15, 2004.

BIAGINI, Enza. *Introduzioe a Beccaria*. Roma-Bari: Editori Laterza, 1992.

BLOCH, Marc. *Reis Taumaturgos: o caráter sobrenatural do poder régio: França e Inglaterra*. Tradução de Júlia Mainard. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

CAETANO, Marcello. *História do direito português (1140-1495)*. 3. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1992.

CAPPELLINI, Paolo. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo (Orgs.). CODICI: UNA RIFLESSIONE DI FINE MILLENNIO. 1., 2000, Firenze, *Atti dell'incontro di studio*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 11-68.

CAPRA, Carlo. Il gruppo del "Caffè" e le riforme. In: FERRONE, Vincenzo; FRANCONI, Gianni. (Org.). *Cesare Beccaria: La pratica dei lumi*. Atti del Convegno. Firenze: Leo S. Olschki Editore, 2000, pp. 63-78.

CAPRA, Carlo. Lo sviluppo delle riforme asburgiche nello Stato di Milano. In: SCHIERA, Pierangelo. *La dinâmica statale*

austríaca nel XVIII e XIX secolo. Bologna: Società editrice il Mulino, 1981, pp. 161-187.

CASTRO, Alexander de. Beccaria e o direito penal do absolutismo esclarecido: O reformismo habsbúrgico e o Iluminismo na Lombardia austríaca. In: DE CASTRO, A.; DAL RI JÚNIOR, A.; SONTAG, R.; DE PAULO, A. *Iluminismo e Direito Penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, pp. 13-66.

CASTRO, Alexander de. O Contrato Social e os fundamentos contratualistas em Dos Delitos e das Penas de Cesare Beccaria. In: I SEMINÁRIO PROJETOS EM FOCO, 1., 2007, Florianópolis. *Anais eletrônicos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, pp. 1-15.

CASTRO, Alexander de. O utilitarismo de Cesare Beccaria e a eficácia do direito penal no Estado Absolutista. In: ENCONTRO DE HISTÓRIA DO DIREITO: A Construção do Direito Penal e do Processo Penal Modernos. 1., 2008, Florianópolis. *Anais eletrônicos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 3-14.

CASTRO, Alexander de; DAL RI JÚNIOR, Arno. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, n. 57, pp. 261-284, dez. 2008b.

CATTANEO, Mario A. Karl Ferdinand Hommel, il Beccaria tedesco. In: TARELLO, Giovanni (Org.). *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Volume 5. Bologna: Il Mulino, 1975, pp. 261-349.

CATTANEO, Mario A. *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*. Ferrara: De Salvia, 1974.

CORPACI, Francesco. *Ideologie e politica in Cesare Beccaria*. Milano: Giuffrè, 1965.

COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Vol. I: Da Hobbes a Bentham. Milano: Giuffrè Editore, 1974.

CRUZ, Gabriel Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. In: CRUZ, Gabriel Braga da. *Obras Esparsas*. Volume II: estudos de história do direito: direito moderno, 2ª parte, Coimbra: Coimbra Editora, 1981, pp. 245-436.

FALCON, Francisco José Calazans. As práticas do reformismo ilustrado pombalino no campo jurídico. *Revista de História das Ideias*. Coimbra, vol. 18, pp. 511-527, 1996.

FIRPO, Luigi. Voltaire e Beccaria. In AJELLO, Raffaele et al. (Org.). *L'età dei Lumi: Studi Storici sul Settecento Europeo in onore di Franco Venturi*. Volume Secondo. Napoli: Jovene Editore, 1985, pp. 923-966.

FRANCIONI, Gianni. Beccaria filosofo utilitarista. In: ROMAGNOLI, Sergio; PISAPIA, Gian Domenico (Orgs.). *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa: convegno di studi per il 250º anniversario della nascita*. Milano: Cariplo-Laterza, 1990, pp. 69-87.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A modernidade portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

GROSSI, Paolo. Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra medioevo ed età moderna. In: GROSSI, Paolo. *Società, diritto, stato: un recupero per il diritto*. 10 ed., Roma-Bari: Laterza, 2003, pp. 75-95.

HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 287-379.

HESPANHA, António Manuel. Forma e valores nos estatutos pombalinos da universidade (1772). In: HESPANHA, António Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, pp. 150-168.

HESPANHA, António Manuel. *Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Às Vésperas do Leviathan: Instituições e Poder Político - Portugal - Séc. XVII*. São Paulo: Almedina, 1994.

JUDSON, Frederick N. A Modern View of the Law Reforms of Jeremy Bentham. *Columbia Law Review*. New York, vol. 10, n. 1, pp. 41-54, jan., 1910.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Carlos Marques. Lisboa: Guerra & Paz, 2009.

MAESTRO, Marcello. *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale*. Milano: Feltrinelli, 1977.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 163ss.

MERÊA, M. Paulo. Direito romano, direito comum e boa razão. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 16, pp. 539-543, 1940.

MERÊA, M. Paulo. Lance de olhos sobre o ensino do direito (Cânones e Leis) desde 1772 até 1804. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 33, pp. 187-214, 1957.

MERÊA, M. Paulo. O ensino do direito. In: LOUREIRO, José Pinto (Org.). *Jurisconsultos portugueses do século XIX*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1947, pp. 149-190.

PEREIRA, José Esteves. *O pensamento político em Portugal no século XVIII*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1983.

PORRET, Michel. *Cesare Beccaria et la culture juridique des lumières: études historiques* éditée et présentées par Michel Porret. Genève: Librairie Droz S.A., 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*. São Paulo, vol.2, n.2, pp. 46-71, Maio/Aug. 1988.

SANTOS, Mario Leite. Melo Freire. Sistemática e autonomização do direito criminal português. *Direito e justiça*. Lisboa, v. 6, pp. 326-349, 1992.

SANTOS, Mario Leite. Melo Freire. Sistemática e autonomização do direito criminal português. *Direito e justiça*. Lisboa, v. 7, pp. 163-190, 1993.

SBRICCOLI, Mario. Beccaria ou l'avènement de l'ordre: le philosophie, les juristes et l'émergence de la question pénale. In: PORRET, Michel. *Cesare Beccaria et la culture juridique des lumières: études historiques* éditée et présentées par Michel Porret. Genève: Librairie Droz S.A., 1997, pp. 178-187.

SCHIERA, Pierangelo. *Il cameralismo e l'assolutismo tedesco: Dall'arte di governo alle scienze dello Stato*. Milano: A. Giuffrè, 1968.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na Idade Moderna: a doutrina das leis fundamentais. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, n. 53, pp. 197-232, dez. 2006.

SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. "Economia Civil" e "Polícia" no ensino do "Direito Pátrio" em Coimbra: Notas sobre as "Prelecções" de Ricardo Raymundo Nogueira.

Tempo: Revista do Departamento de História da UFF. Niterói, vol.17, n. 31, pp.35-63, 2011.

SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. A "Polícia" e as Funções do Estado: Notas sobre a "Polícia" do Antigo Regime. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, v. 49, p. 73-87, 2010.

SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. A Polícia e o Rei-Legislador. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *História do Direito Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional*. São Paulo: Editora Atlas, 2010b, pp. 120-135.

SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2003;

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1991, pp. 362ss.

SONTAG, Ricardo. Lei penal e exemplaridade econômica: a execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham. In: DE CASTRO, A.; DAL RI JÚNIOR, A.; SONTAG, R.; DE PAULO, A. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SONTAG, Ricardo. Teoria da legislação e direito penal em Jeremy Bentham: a questão dos destinatários. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (Org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp. 231-252.

STOLLEIS, Michael. "Condere leges et interpretari": Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit. In: STOLLEIS, Michael. *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990, pp. 167-196.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deuts-*

chland. Band 1: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600 bis 1800. München: Beck, 1988.

TARELLO, Giovanni. Il “problema penale” nel secolo XVIII. In: TARELLO, Giovanni (Org.). *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Vol. V. Genova: Il Mulino, 1975, pp.13-25.

VIANELLO, C. A. *La vita e l'opera di Cesare Beccaria*. Milano: Casa Editrice Ceschina, 1938.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José Mesquita Cavaleiro de Macedo. Despotismo Ilustrado e Uniformização Legislativa: O Direito Comum nos Períodos Pombalino e Pós-Pombalino. *Revista da Faculdade de Letras. Historia*. Porto, n. 14, pp. 413-428, 1997.

ZARONE, Giuseppe. *Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria*. Napoli: Istituto Italiano per gli studi storici, 1971.

ZORZI, Renzo. *Cesare Beccaria: Il Drama della Giustizia*. Milano: Bollati Borighieri editori, 1996.

Recebido em 11/12/2015.

Aprovado em 23/12/2015.

Alexander de Castro

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Institut für Rechtsgeschichte

Universitätsstrasse 14–16

48143 Münster - Alemanha

E-mail: alex.de.castro@hotmail.com

