

# Subsídios para a história das penas de substituição no ordenamento jurídico português <sup>[\*][1]</sup>

André Lamas Leite

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa)*  
*Investigador do CIJE/FDUP*

[\*] Corresponde, com algumas alterações, a parte da dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais defendida pelo autor, na FDUP, em 7/3/2016.

[1] É hoje essencial a obra de MIGUEL LOPES ROMÃO, *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2015, *passim*, mas em esp., pp. 44-48, 58-59, 65-71, 76-87, 92-105 e 705-717, para as questões que tocam mais de perto as problemáticas por nós abordadas. No estudo encontra-se, entre o mais, uma exposição muito

---

---

SUMÁRIO: I. As Ordenações do Reino. II. O percurso durante o séc. XIX. III. Excurso: o regime aplicável aos indígenas durante o Estado Novo. IV. A versão originária do actual Código Penal.

---

---

completa da pena de prisão no nosso país, remontando os seus antecedentes ao séc. XIII, mas só no séc. XIX assumindo uma feição «moderna», como veremos em texto, de verdadeira sanção e não simples meio de contenção ou coacção processual.

## I. AS ORDENAÇÕES DO REINO

Focando-nos apenas nos mecanismos que hoje apelidaríamos «de substituição», antes das Ordenações Afonsinas, as penas pecuniárias, para além de serem sanções hoje tidas como principais, poderiam funcionar como «subsidiárias da perda da paz», tal como acontecia com as penas corporais em face das sanções em *pecunia* que não fossem liquidadas.

Tal era particularmente visível nos forais, em que a pena de multa não isentava os delinquentes do cumprimento das sanções afitivas, mas, mesmo assim, até certo ponto, ao menos segundo alguns autores, podia ser encarada como uma «substituição», ao menos parcial, de alguns dos danos causados à sociedade por via do crime, algo que,

antes, já havia sido previsto, embora não em moldes completamente iguais, no Código Visigótico adoptado na Península. Bem se pode dizer que as instituições penais nacionais, nos séculos XI e XII resultavam de uma mescla da normaçaõ romana e visigótica<sup>[2]</sup>.

D. Afonso III reforçou a applicação das penas pecuniárias, em uma altura em que as finanças reais necessitavam de receita, sem preocupações de proporcionalidade entre a gravidade do delicto e da sanção e, sobretudo, com grandes desigualdades na sua applicação, consoante a classe social do agente<sup>[3]</sup>.

O panorama, para este efeito, não muda consideravelmente com a entrada em vigor das nossas primeiras Ordenações, registando-se sim, em geral, quanto às penas pecuniárias, uma diminuição considerável da sua previsão legal, ao invés do que depois se passa com a codificação Manuelina<sup>[4]</sup>. Note-se que estamos em face de penas applicadas quando aquelas a que o agente fora condenado não eram cumpridas — *subsidiárias* — e não verdadeiras sanções *substitutivas, i. e.*, applicadas em vez da pena principal<sup>[5]</sup>.

Subsiste, porém, neste ponto, uma dúvida no período das Ordenações: era comum, sobretudo nas penas mais graves ou perpetradas por agentes de mais elevada condição social, que as ditas sanções fossem presentes ao monarca para confirmação ou «substituição por uma pena mais branda»<sup>[6]</sup>. Tendo em conta os princípios

[2] ANTONIO D'AZEVEDO CASTELLO BRANCO, *Notice sur l'évolution du Droit Pénal Portugais*, Lisbonne: Imprimerie Nationale, 1888, pp. 4-5.

[3] FRANCISCO FREIRE DE MELLO, *Discurso sobre delictos e penas*, Londres: T. C. Hansard, 1816, p. 16, a que acrescia o problema da desvalorização da moeda (*ibidem*, p. 17).

[4] EDUARDO CORREIA, *Apontamentos sobre as penas e sua gradação no*

*Direito Criminal português (evolução e estado actual)*, Coimbra: Mário da Silva e Sousa (dactilografado), 1953, pp. 14-15, 27-29 e 41-42.

[5] A este propósito cabe referir o Decreto de 4/9/1867 que, no seu artigo 78.º, estabelecia que a prisão subsidiária por incumprimento da pena de multa fosse calculada à razão de 300 réis por dia de prisão, desde que inexistissem bens no respectivo património (ANTONIO LUIZ DE SOUSA HENRI-

QUES SECCO, *Código Penal Portuguez anotado*, 6.ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1881, p. 25), o que demonstra já a preocupação — ainda hoje consagrada na lei — de que a privação de liberdade fosse, quanto a esta sanção principal, *de facto*, a *ultima ratio*.

[6] PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, «Instituições de Direito Criminal português», *BMJ*, 155 (1966), p. 149.

jurídico-penais à época vigentes<sup>[7]</sup>, e mesmo aceitando que não teria existido ainda o «trânsito em julgado» aquando dessa intervenção régia, temos por mais fundamentada a ideia de que se trataria de uma manifestação de um verdadeiro «direito de graça» e não, tecnicamente, de uma «pena de substituição». Tal não importa que se não conclua no sentido de que as penas em estudo terão surgido, *rectius*, o pensamento basilar que lhes subjaz, por via dessa intervenção *in extremis* do rei, típica de uma magnificência do monarca, temperadora da severidade punitiva e instrumento político de largo alcance. Não se estranhará também, por isso, que ainda hoje as penas de substituição se entendam, em alguns círculos e por alguns autores, como «benesses», fruto de um lastro histórico que bebe nessas manifestações do «direito de graça».

## II. O PERCURSO DURANTE O SÉC. XIX

No séc. XIX, em linha com o que ia sucedendo pela Europa, as penas de prisão vão tomando o lugar das corporais, não sendo demais sublinhar a reforma de BARJONA DE FREITAS, de entre a qual avulta a abolição da pena de morte para os crimes comuns e a sua substituição por prisão maior celular perpétua, bem como a consagração do «sistema de Filadélfia corrigido» (isolamento em regime celular, mas com possibilidade de o recluso receber visitas). Existem ainda dois projectos em matéria sancionatória, da autoria de REBELO DA SILVA (somente para as colónias), outro de MANUEL DA VEIGA, de 1837, e um outro de JOSÉ LUCIANO DE CASTRO, em 1870, mas que não chegaram a ver a luz do dia<sup>[8]</sup>.

[7] Sobre o tema, cf. o nosso «Notas sobre os crimes omissivos no contexto do Direito Penal das Ordenações», *RFDUP*, III (2006), pp. 79-104.

[8] JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, «As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua História», *Análise Social*, XVI (63), 3.º (1980), pp. 593-594. Como informa

MANUEL MARIA CARDOSO LEAL, *José Luciano de Castro, na construção e na defesa da monarquia parlamentar*, dissertação de Mestrado em História Contemporânea, Lisboa: Faculdade