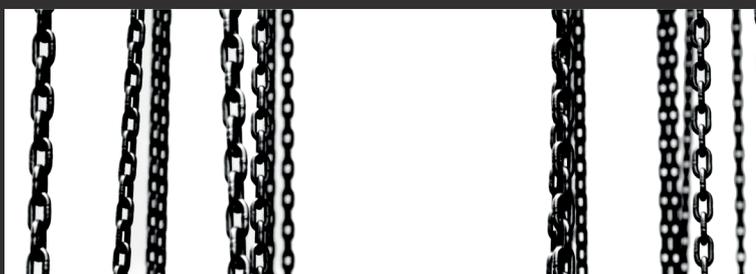


4

*Sílvia Alves*

# FUNDAMENTOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE:

*Um estudo de história do Direito Penal luso-brasileiro*



COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

*Coordenação: Cláudio Brandão*

D'PLÁCIDO  
EDITORA

# FUNDAMENTOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE:

*Um estudo de história do Direito Penal luso-brasileiro*



*Sílvia Alves*

# FUNDAMENTOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE:

*Um estudo de história do Direito Penal luso-brasileiro*

4

**COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA**

*Coordenação: Cláudio Brandão*



**D'PLÁCIDO**  
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2016, Sílvia Alves.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa**  
*Letícia Robini de Souza*  
*(Sob imagem de Martin Fisch para flickr.com)*

**Diagramação**  
*Christiane Moraes de Oliveira*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 3261 2801  
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

ALVES, Sílvia

Fundamentos da extinção da punibilidade: um estudo de história do Direito Penal luso-brasileiro -- Coleção Ciência Criminal Contemporânea -- vol. 4 -- Coordenação: Cláudio Brandão -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-294-7

1. Direito . 2. Direito Penal I. Título. II. Direito

CDU343

CDD341.5

*Ao Professor Cláudio Brandão agradeço a amizade e a honra que proporcionam a publicação no Brasil desse livro. Os laços inquebrantáveis que, de forma laboriosa e tão generosa, tem tecido, unindo docentes e estudantes universitários, deixaram já uma marca indelével na colaboração acadêmica e na produção científica dos nossos países.*



# NOTA PRÉVIA

O trabalho que agora se publica corresponde a um capítulo da tese de doutoramento em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e publicada em 2014, pela Fundação Calouste Gulbenkian, com o título “Punir e humanizar. O direito penal setecentista”. A extensão do texto impediu então a sua publicação integral e estas páginas acabaram por permanecer até hoje inéditas.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1. A PRESCRIÇÃO: É PRECISO UM FIM PARA TUDO</b> .....	<b>15</b>
<b>2. A MORTE DO AGENTE: <i>CRIMEN MORTE FINITUM EST</i></b> .....	<b>31</b>
<b>3. O PERDÃO RÉGIO</b> .....	<b>39</b>
3.1. A clemência, a graça e a lei.....	39
3.2. A juridicidade e os efeitos do direito de graça.....	42
3.3. O perdão genérico ou amnistia.....	45
3.4. O poder real e o poder de perdoar.....	49
3.5. Contestação humanitarista do direito de graça.....	58
3.6. A lei, a justiça e o perdão.....	69
3.7. As causas dos perdões – Felizes sucessos, alegrias públicas e faustíssimas ocasiões.....	77
3.8. Os crimes atrozes – A força da excepção.....	84
3.9. Os requisitos.....	101
3.9.1. O perdão da parte.....	102
3.9.2. A verificação das condições estabelecidas na lei.....	109
3.10. O perdão e a cumplicidade.....	112
3.11. Ser amado ou ser temido?.....	124
<b>4. O LIVRAMENTO: A MÁXIMA <i>NON BIS IN IDEM</i></b> .....	<b>127</b>
<b>5. A TRANSACÇÃO OU AJUSTE</b> .....	<b>135</b>
<b>PARA A CONSULTA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DO SÉCULO XVIII</b> .....	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>145</b>



# INTRODUÇÃO

Aos leitores que abrem estas páginas não precisarei certamente convencer da importância da história para uma verdadeira compreensão do direito penal. Ela permite perceber continuidades e surpreender rupturas. E provavelmente nenhum outro conhecimento nos prepara melhor para a construção do futuro.

Não obstante, gostaria neste momento de partilhar o meu particular gosto e admiração pelo século XVIII. Trata-se de um tempo excepcional e de um verdadeiro laboratório jurídico. Nele se verifica a confluência ou mesmo o embate entre *dois* direitos penais: um, que vem do passado, corresponde ao direito penal do *ancien régime*, anterior à Revolução Francesa, e a ele se liga a terrível imagem da brutalidade penal; o outro encontra-se ligado ao *humanitarismo* e ao *reformismo*, tão característico da segunda metade do século, e identifica-se com o nascimento da nova *ciência penal* que anuncia a codificação do século seguinte.

Nada resultará mais divertido e desafiador para um historiador do que ver desfazerem-se, perante os nossos olhos que contemplam as fontes, as *ideias-feitas* e descortinar os motivos políticos do seu desenvolvimento.

O direito penal do *antigo regime* é na verdade muito mais refinado cientificamente do que estamos preparados para reconhecer à partida. Dele vemos sobretudo a sua face mais feroz e violenta, oferecida pela legislação régia. Afinal estamos a ser vitimados pela imagem que os homens de Setecentos desenharam e pintaram. Eles tomaram esse direito penal como a sua *bête noire*, que fustigaram impiedosamente, e trataram de nos preparar para a identificação do direito com uma pura produção (legislativa) do Estado. Eles escreveram o *Espírito das leis* (Montesquieu) e a *Ciência da legislação* (Filangieri). Eles encaminharam-nos na direcção da *escola da exegese*, na direcção do positivismo

jurídico. Eles identificaram a ancestral discricionariedade com o despotismo, a irracionalidade e a crueldade penal. Eles pretendiam um juiz que fosse a *boca que pronuncia as palavras da lei* (Montesquieu) ou o mero aplicador de um silogismo judiciário (Beccaria).

Esse direito penal antigo alicerçava-se, ao invés, sobre uma distinção que supunha uma relação pacífica, harmónica e profícua entre a lei e o *arbitrium iudicis*. Hoje e após o severo ataque reformista, falaríamos antes em discricionariedade judicial e, olhando com mais atenção para o século do despotismo esclarecido, poderíamos derramar alguma luz sobre alguns dos problemas existenciais do pensamento jurídico contemporâneo como a natureza criativa da função judicial. Essa distinção que, na realidade, configura um par perfeitamente complementar, permite identificar as penas *legais* ou *ordinárias*, previstas na lei, e as penas *arbitrárias* ou *extraordinárias*, fundadas do poder reconhecido aos juizes de *escolher* e modificar as penas da lei, existindo para tanto uma *causa*. Essas *causas* identificam-se por vezes com grandes temas da teoria geral da infracção como o erro ou o estado de necessidade. Elas foram cientificamente construídas e registadas pela doutrina. Aqui encontramos a face *civilizada* do direito penal antigo, normalmente esquecida, que transitaria para os códigos, ao longo do século XIX. Na sua sombra, não deixamos de nos defrontar com a perturbadora categoria dos *crimes atrozes*, significativamente também designados como *crimes exceptuados*, e perante a qual cediam todas as garantias processuais e se derrubavam todos os princípios substantivos. O seu regime jurídico era reservado aos *inimigos*...

Bem lidos, os humanitaristas não nos parecerão tão *revolucionários* como se anuncia. Existem muitos elementos de continuidade nesse direito penal que é transportado do *ius commune* até aos nossos dias. Quando termina o século, existe já um alinhamento entre a crítica doutrinária, a legislação humanizadora dos déspotas europeus e a prática judiciária.

O reformismo humanitarista pode não ser tão revolucionário como estaríamos disponíveis a aceitar e, certamente, devemos estar preparados para ler opiniões dos novos penalistas bem menos *humanitárias* do que as vetustas soluções apoiadas pelos seus colegas conservadores. Mas esta corrente do pensamento jurídico nunca nos defraudará pela sua capacidade de desenvolver uma reflexão livre e inovadora sobre grandes temas do direito penal. Ela reavalia os fins das penas, passa em revista o *arsenal* penal e inicia decisivos debates

que incluem a pena de morte. Os humanitaristas podem não ter sido rigorosos abolicionistas, ao contrário do que se pretende normalmente, mas quebraram para sempre o unanimismo que em torno desta pena historicamente se sedimentara. O reformismo sobretudo incorporou a nova metodologia jurídica, sintética e sistemática, no direito penal e preparou a codificação, que já se ensaia no século XVIII, como se exemplifica entre nós com Pascoal de Mello Freire.

O direito penal setecentista configura um poderoso instrumento de controlo social. Ele define drasticamente os comportamentos reprovados, revelando os valores comuns mais prezados e os circunstanciais objectivos políticos do legislador; exerce de forma veemente a função repressiva; exhibe dramaticamente a força do poder e expõe inesperadamente a sua fragilidade, como sucede através das figuras da graça régia. Sob o colorido dos particularismos da época, aqui encontramos os problemas de sempre: refinamento científico, sensibilidade política e tensão entre a defesa social e a garantia dos direitos e da dignidade humana.



# A PRESCRIÇÃO: *É preciso um fim para tudo*

1

a. A prescrição<sup>1 2 3 4</sup>apaga todos os crimes<sup>5</sup> e determina a extinção do processo criminal<sup>6</sup>. Destrói ou extingue a *ação criminal*<sup>7 8</sup>. Impede a acusação<sup>9</sup>. Extingue *todo o conhecimento, acusação e inquirição sobre o crime*

<sup>1</sup> Pastoret, *Des Loix Pénales*, Tomo II, Quarta Parte, Capítulo XVI (*De la prescription des peines*), p.99.

<sup>2</sup> Robert-Joseph Pothier, *Oeuvres de Pothier*, Tomo 14, pp.564-566. Acima de tudo, o civilista condensou em numerosos dezoito tratados o direito vigente nas vésperas da Revolução.

<sup>3</sup> Guillaume Leyte, “Prescriptibilité et imprescriptibilité dans l’ancien droit français (Xve-xviiiie siècles)”, *Droits*, N°31, pp.3-18.

<sup>4</sup> Albéric Allard, *Histoire de la Justice Criminelle au Seizième Siècle...*, pp.360-362.

<sup>5</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português...”, Título XXXIII (*De que modos se dissolve a obrigação criminal*), § II, p.165.

<sup>6</sup> Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, Capítulo XLIII (*Dos modos por que se extingue o Processo Criminal*), §§CCCXXIII e CCCXXIV, p.240.

<sup>7</sup> Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles...*, Segunda Parte (*De l’instruction & de la preuve en matière criminelle*), Livro Primeiro (*De l’Instruction Criminelle en général*), Título IV (*De l’Accusé*), Capítulo I (*De ceux qui ne peuvent être accusés, ou des Exceptions en faveur de l’Accusé*), § I (*De l’Exception tirée de la Prescription du Crime*), I, p.108: «(...) tend à détruire l’action qu’on avoit originairement de poursuivre le crime (...); e II, p.109: «(...) frappe sur l’action (...).».

<sup>8</sup> Jousse, *Traité de la justice criminelle de France...*, Tomo Primeiro, Terceira Parte, Livro Primeiro (*De l’ordre judiciaire touchant les matières criminelles en général*), Título I (*De l’Action qui naît des crimes*), Capítulo II (*De l’Action criminelle publique*) Seção VII (*Comment s’éteint l’action criminelle publique*), p.580; e Capítulo III (*De l’Action criminelle privée*), Artigo II (*Si la prescription éteint l’action privée qui procede du crime*), p.600.

<sup>9</sup> Rousseau de La Combe, *Traité des Matières Criminelles...*, Terceira Parte (*De la manière de procéder en Matière Criminelle*), Capítulo I (*Des Plaintes, Dénonciations*

*público ou particular*<sup>10</sup>. Prescrito o malefício, o criminoso deixa de poder ser molestado, quer nos delitos públicos, quer nos delitos privados<sup>11</sup>.

O direito penal do antigo regime parece desconhecer a distinção entre a prescrição *da acção* e a prescrição *da pena*. E pode mesmo dizer-se que este tema era em geral negligenciado<sup>12</sup>.

Contudo, já no final do século XVIII, o código revolucionário francês de 1791 procede à diferenciação, a propósito da *prescrição em matéria penal*, entre prescrição da acção criminal e prescrição da pena<sup>13</sup>.

A lei e a doutrina circunscrevem a prescrição ao procedimento criminal. Invariavelmente, os penalistas estudam o tema a propósito do direito processual. A terminologia de enquadramento reflecte este alheamento no que toca à prescrição da pena. Jousse consagra um capítulo à *extinção da acção criminal*<sup>14</sup>. Vouglans dedica um par de páginas à *excepção* resultante da *prescrição do crime*<sup>15</sup>.

A última parte da Leopoldina inclui um preceito sobre prescrição dos delitos<sup>16</sup>. Para uma lista exaustiva que enuncia, fixa um prazo

---

*& Accusations*), Secção III (*Des Personnes qui peuvent être valablement accusées, & de la prescription des Crimes*), p.301.

<sup>10</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português..., Título I, § II, p.166.

<sup>11</sup> Manuel Lopes Ferreira, *Pratica Criminal...*, Tomo II, Tratado Segundo, Capítulo V, p.166: «(...) prescrito o malefício, não pode jamais por ele o Réu ser molestado, assim nos delitos públicos, como nos delitos privados (...)».

<sup>12</sup> Jean-Marie Carbasse, *Histoire du Droit Pénal...*, p.200: «(...) c’est un sujet que les sources n’abordent pas.». No mesmo sentido, embora com manifestas discrepâncias no que toca à emergência histórica do instituto, Levy Maria Jordão, *Commentario ao Código Penal portuguez*, comentário ao Art. 123º, p.260; e Franz von Listz, *Tratado de derecho penal...*, Tomo III, p.404 e 405.

<sup>13</sup> Primeira Parte, Título VI (*De la prescription en matière criminelle*), **Art. 1:** «Il ne pourra être intenté aucune **action criminelle** pour raison d’un crime, après trois années révolues, lorsque, dans cet intervalle, il n’aura été fait aucunes poursuites.»; e **Art. 3º:** «Aucun jugement de condamnation, rendu par un tribunal criminal, ne pourra être mis à execution, **quant à la peine**, après un laps de 20 années révolues, à compter du jour où ledit jugement aura été rendu.»; *Archives Parlementaires de 1787 a 1860*), Primeira Série (1787 à 1799), Tomo XXXI (*du 17 septembre au 30 septembre 1791*), p.329.

<sup>14</sup> Jousse, *Traité de la justice criminelle de France...*, Tomo Primeiro, Terceira Parte, Livro Primeiro, Título I, Capítulo II, Secção VII, pp.580-586.

<sup>15</sup> Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles...*, Segunda Parte, Livro Primeiro, Título IV, Capítulo I, § I (*De l’Exception tirée de la Prescription du Crime*), pp.108-110.

<sup>16</sup> A Leopoldina trata sucessivamente: do processo (*procedura*), das penas (*pena*), dos crimes (*reati*), e do juízo e causas de extinção (*giudizio e cause di estinzione*).

de dez anos para se *conhecer criminalmente, condenar e punir (conoscerne criminalmente, condannare, e punire)*<sup>17</sup>. Para os restantes delitos, o prazo é reduzido a cinco anos<sup>18</sup>.

Mello Freire elide a referência à acção e à pena, quer no seu manual, quer na obra legislativa, preferindo uma expressão de matriz romana: *modos de extinção da obrigação criminal*<sup>19</sup>.

Reconhece-se que o efeito é extinguir a *pena*<sup>20</sup>. Mas essa afirmação revela-se pouco significativa, uma vez que ambas as formas de prescrição actuam como causa extintiva da pena. Da pena em que se incorreu mas que não chegou a ser imposta por sentença. Da pena a que se foi condenado por sentença transitada em julgado.

À prescrição é atribuído um carácter meramente processual.

b. Três argumentos sustentavam a prescrição dos crimes.

Em primeiro lugar, considerava-se que o decurso do tempo implicava para o delinquento um sofrimento a que se devia colocar um termo. Pelos eventuais remorsos. E sobretudo pela incerteza em que havia vivido.

A *certeza e segurança do seu direito* constitui, segundo Mello Freire, o *fundamento geral* da prescrição<sup>21</sup>. A incerteza é igualmente valorizada por conservadores e reformistas. Por Vouglans<sup>22</sup> ou por Beccaria<sup>23</sup>.

---

Dário Zuliani, *La Leopoldina. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo. La Riforma Penale di Pietro Leopoldo*, Volume II, pp.8-10.

<sup>17</sup> Vd. *Riforma della Legislazione Criminale negli Stati di S.A.R. Il Gran-Duca di Toscana*, § CXIV.

<sup>18</sup> Idem. A Leopoldina prevê ainda um prazo especial – um ano – para os ilícitos praticados por oficiais régios.

<sup>19</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português...”, Título XXXIII (*De que modos se dissolve a obrigação criminal*), pp.165-168.

<sup>20</sup> Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles...*, Segunda Parte, Livro Primeiro, Título IV, Capítulo I, § I,V, p.110: «(...) cette prescription de vingt années, a l'effet de décharger en même-tems, & de la **peine** (...)».

<sup>21</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português...”, Título I, § II, p.165: «Assim se estabeleceu, ou para que as demandas tenham um termo, e cada um, enfim, possua a certeza e segurança do seu direito, e isto constitui o fundamento geral da introdução da prescrição (...)».

<sup>22</sup> *Les lois criminelles...*, Segunda Parte, Livro Primeiro, Título IV, Capítulo I, § I,V, p.109: «(...) empêcher que l'accusé ne demeure perpétuellement dans l'incertitude de son état (...)».

<sup>23</sup> *Dos delitos e das penas...*, § XXX (*Processos e prescrições*), p.130: «(...) eliminar com a prescrição a incerteza da sorte de um cidadão (...)».

Carregando o peso da ameaça da pena, o criminoso expiara de certo modo a sua falta<sup>24 25 26 27 28</sup>. Apresentava-se como *verosímil* que o delinquente *durante tanto tempo* houvesse *emendado os seus costumes* e regressado ao *caminho da virtude*<sup>29 30</sup>. Ferrière lembra que não se trata de uma *inocência justificada* mas de um *pagamento da pena devida ao crime*, que se presume estar feito pelas *inquiétudes* do criminoso<sup>31</sup>. Segundo Vouglans, a incerteza quanto seu estado expunha-o a uma *nova pena*<sup>32</sup>.

Em segundo lugar, constatava-se que a sociedade acabava por perder o interesse na condenação<sup>33</sup>. Porque o crime caíra no esque-

---

<sup>24</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português..., Título I, § II, pp.165 e 166: «(...) sofrido com o remorso da consciência o suficiente suplício.».

<sup>25</sup> Rousseau de La Combe, *Traité des Matières Criminelles...*, Terceira Parte, Capítulo I, Secção III, pp.301 e 302: «Les raisons qui ont fait adopter ces Loix en France au sujet de la prescription du crime, sont que celui qui a porté si longtemps son crime, & l'inquiétude d'être poursuivi, est réputé assez puni (...)».

<sup>26</sup> Thorillon, *Idées sur les Loix Criminelles*, Tomo I, Título I, § IV, Art. 114 (*Prescription*), p.311: «(...) après un temps a assez souffert, a assez expié sa faute pour méritier, sinon un pardon absolu, du moins d'être allégé de partie du pois de la peine qui le menaçoit depuis cet instant.».

<sup>27</sup> Este argumentário é sintetizado por André Laingui, em nota introdutória à Causa 29 da obra de Tiraquellus: «(...) le crime est tombé dans l'obli et dans la mesure où le délinquant este demeuré dans l'ombre pendant plusieurs années, il est à présumer qu'il s'est amendé (...) Une lourde peine se révélerait inutile puisque l'un des buts de la peine est la correction du coupable (...)» (*De Poenis Temperandis*, p.160).

<sup>28</sup> Levy Maria Jordão faz referência ao «(...) fundamento das torturas morais que o condenado devia ter sofrido (...)»; *Commentario ao Codigo Penal portuguez*, comentário ao Art. 123º, pp.260 e 261.

<sup>29</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português..., Título I, § II, p.165.

<sup>30</sup> Franz von Listz, *Tratado de derecho penal...*, Tomo III, p.405: «La ciencia de la época del Derecho común veía, sobre todo, el fundamento jurídico de la prescripción en la emmienda presunta del delincuente (prescripción adquisitiva) (...)».

<sup>31</sup> Ferrière, *Dictionnaire de Droit...*, Tomo II, voz *Prescription de crime*, p.343.

<sup>32</sup> Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles...*, Segunda Parte, Livro Primeiro, Título IV, Capítulo I, § I,V, p.109: «(...) exposé à une nouvelle peine, après avoir déjà expié son crime par la crainte de ses remords qui l'ont poursuivi pendant un si long-tems.».

<sup>33</sup> Thorillon, *Idées sur les Loix Criminelles*, Tomo I, Título I, § IV, Art. 114 (*Prescription*), p.311: «Enfin parce qu'il n'y a plus le même intérêt pour la Société, qui ayant oublié le crime, par exemple, depuis vingt ans, n'a pas besoin de la leçon d'une punition qu'elle ne sauroit pas avoir été encourue.».

cimento. Porque o tempo decorrido representava a medida do seu fracasso e uma demonstração de impunidade. Que exemplo ou *lição* se poderia esperar da pena? A sua utilidade esboroara-se<sup>34</sup>. O tempo apagara o *exemplo da impunidade*<sup>35</sup>.

Finalmente, com o transcorrer dos meses e dos anos, a prova fragilizava-se; tornava-se mais difícil e menos segura<sup>36 37 38 39 40</sup>. A própria legislação se revela sensível a esta dificuldade. As Ordenações Afonsinas integram a lei de D. João I, *O de Boa Memória*, que encurtou o prazo de prescrição no crime de estupro porque com o decurso do *tempo, que assim é grande aqueles que são demandados não podem haver provas*<sup>41</sup>.

Esta fundamentação serviu para, analogamente, defender a quase-prescrição, a que Tiraquellus dedica um capítulo da sua obra. O crime antigo – mas ainda não prescrito – devia ter uma punição atenuada ou mitigada, se o criminoso tivesse entretanto vivido honestamente, revelando-se

---

<sup>34</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português..., Título I, § II, p.165: «(...) após o decurso do tempo legítimo, já não é necessária a punição (...)».

<sup>35</sup> Beccaria, *Dos delitos e das penas...*, § XXX, p.130: «(...) a obscuridade em que têm estado envolvidos por longo tempo os delitos apaga o exemplo da impunidade, mas permanece para o réu o poder de se tornar melhor.».

<sup>36</sup> Pascoal José de Mello Freire, “Instituições de Direito Criminal Português..., Título I, § II, p.165: «(...) dificuldade da prova, que é a razão especial que agrada a Thomásio (...)».

<sup>37</sup> Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles...*, Segunda Parte, Livro Primeiro, Título IV, Capítulo I, § I, V, p.109: «(...) le dépérissement des preuves que l'accusé auroit pu avoir pour établir son innocence, ou du moins pour atténuer son crime (...)».

<sup>38</sup> Rousseau de La Combe, *Traité des Matières Criminelles...*, Terceira Parte, Capítulo I, Secção III, p.302: «(...) pendant ce long tems les preuves qu'un accusé pourroit avoir de son innocence, seroient déperies; qu'au contraire un accusateur peut se servir de ce temps pour pratiquer des preuves; qu'enfin on panche toujours à présumer l'innocence, & qu'on regarde comme favorable tout ce qui va à la décharge.».

<sup>39</sup> Thorillon, *Idées sur les Loix Criminelles*, Tomo I, Título I, § IV, Art. 114 (*Prescription*), p.311: «(...) les preuves même du crime, ou périssent, ou deviennent équivoques, après un certain laps de temps.».

<sup>40</sup> Levy Maria Jordão, *Commentario ao Código Penal portuguez*, Comentário ao Art. 123º, p.260: «(...) dificuldade de obter, depois de decorrido certo espaço de tempo, a prova da culpabilidade ou da inocência (...)».

<sup>41</sup> O.A. L. V, T. 10 (*Que não possam demandar virgindade depois que passarem três anos*), § 1.

emendado<sup>42 43 44</sup>. Este entendimento aplicava-se apenas aos delitos *instantâneos* mas não aos continuados, como a heresia. Nestes casos, a passagem do tempo actuava, ao invés, como uma causa de agravamento da pena<sup>45</sup>.

Não obstante ser precedida por estas considerações, a literatura da época das Luzes revelou-se adversa à prescrição<sup>46</sup>.

Beccaria começa por defender a imprescritibilidade dos crimes *atrozes*, de que ficava *longa memória* nos homens – *não merecem qualquer prescrição em favor do réu que se escapou por meio da fuga*<sup>47</sup>.

Em relação aos restantes – *menores e obscuros* – entende que o prazo da prescrição devia ser estabelecido em conexão com a gravidade do crime<sup>48</sup>.

Bentham, que alude ao facto de esta *questão* ser ainda *debatida*, declara-se em princípio contrário à prescrição dos crimes<sup>49</sup>.

Em primeiro lugar, aponta o carácter inevitavelmente *arbitrário* do seu regime, quer quanto ao número de anos a partir do qual esse *privilégio* teria início, quer quanto à escolha dos crimes que permitiam beneficiar do *perdão*. Este argumento, além de atacar um dos maiores defeitos do direito criminal do antigo regime, na perspectiva da nova ideologia penal, demonstra que a prescrição estava longe de ser concebida como a regra ou, de outro modo, o peso da categoria dos crimes imprescritíveis.

Em segundo lugar, a prescrição faz sentir uma aversão de índole moral. Seria *odioso*, seria *funesto* que ao fim de alguns anos a *maldade* pudesse triunfar sobre a *inocência*. Bentham recusa *acordos* de tréguas com os celerados: que a *espada vingativa* da justiça permaneça suspensa sobre as suas cabeças. O espectáculo de um criminoso que goza em paz o fruto do seu delito, *protegido pelas leis que ele próprio violou*, seria um estímulo à criminalidade.

---

<sup>42</sup> Tiraquellus, *De Poenis Temperandis*, Causa 29, 4, 5, 6 e 7, pp.161 e 162.

<sup>43</sup> Com a distância de muitos séculos, o Código Penal de 1852, apesar de determinar que as penas perpétuas impostas por sentença transitada em julgado não prescreviam *em tempo algum*, mandava *substituir* a pena de morte, passados vinte anos, por qualquer das penas corporais perpétuas (Art. 124<sup>o</sup>).

<sup>44</sup> Aludindo à presunção do melhoramento do culpado, Levy Maria Jordão, *Comentário ao Código Penal português*, Comentário ao Art. 123<sup>o</sup>, p.260.

<sup>45</sup> Tiraquellus, *De Poenis Temperandis*, Causa 29, 3, p.161.

<sup>46</sup> Franz von Listz faz alusão a uma campanha contra a prescrição criminal; *Tratado de derecho penal...*, Tomo III, p.405. Sobre a sua evolução histórica vd. pp.404-406.

<sup>47</sup> Beccaria, *Dos delitos e das penas...*, § XXX, pp.129 e 130.

<sup>48</sup> Idem, pp. 130 e 131.

<sup>49</sup> *Traité de Législation Civile et Pénale*, Tomo II, *Principes du Code Pénal*, Terceira Parte (*Des Peines*), Capítulo III (*De la prescription en fait de Peines*), pp.390 e 391.

*A história do direito penal foi e permanece nos nossos dias como fonte de inspiração e reflexão profícua para juristas e não juristas. O século XVIII – que muitos identificam com o momento do nascimento da “ciência penal” – representa essa consciência histórica e uma trepidante eclosão de ideias. Entre um direito que vinha do passado e um direito novo que se anunciava através do reformismo humanitarista, emerge um discurso livre e crítico, em que se desenham novos princípios mas também se constata surpreendentes continuidades. Assim sucede com os “Fundamentos da extinção da punibilidade. Um estudo de história do Direito Penal Luso-Brasileiro”.*



**D'PLÁCIDO**  
EDITORA

[www.livrariadplacido.com.br](http://www.livrariadplacido.com.br)

ISBN 978-85-8425-294-7



9 788584 252947