

Retido

tese D-24
UCP-ALB

**Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa**

**O Duplo Grau de Jurisdição
no Processo Penal Português.
Os Fundamentos Dogmáticos
do Novo Paradigma Judiciário.**

**Dissertação apresentada para obtenção
do grau de Doutor em Direito (Ciências Jurídicas)
TOMO I**

**Mestre Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque
Sob a orientação do
Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**



**Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa**

**O Duplo Grau de Jurisdição
no Processo Penal Português.
Os Fundamentos Dogmáticos
do Novo Paradigma Judiciário.**

**Dissertação apresentada para obtenção
do grau de Doutor em Direito (Ciências Jurídicas)**

**Mestre Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque
Sob a orientação do
Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**

“Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu’ a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous le regardez dans le rapport qu’ elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longuers, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté” - Montesquieu, De l’ Esprit des Lois, in Ouevres, 1964, p. 557.

Agradecimentos

O autor desta dissertação tem uma dívida incomensurável de gratidão para com as seguintes instituições e as pessoas que nelas trabalham, cumprindo aqui um dever de consciência ao reconhecer penhoradamente o seu auxílio: a Biblioteca da Universidade Católica Portuguesa, a Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, a Biblioteca da Faculdade de Direito de Coimbra, a Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, a Biblioteca da Procuradoria Geral da República, a Biblioteca da Ordem dos Advogados em Lisboa, a Biblioteca do Tribunal da Relação de Lisboa, o Arquivo Histórico e a Biblioteca da Assembleia da República, a Biblioteca da Academia Militar de Lisboa, a Biblioteca do Exército (polo do antigo Ministério da Guerra ou “polo dos paulistas”), o Arquivo Histórico Ultramarino, a Biblioteca da Sociedade de Geografia de Lisboa, a Biblioteca do Supremo Tribunal de Justiça, a Biblioteca do Tribunal Constitucional, a Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários, o Max-Planck-Institut für ausländische Strafrecht em Freiburg-im-Breisgau, o Juristisches Seminar e a Biblioteca da Universidade de Freiburg-im-Breisgau, o Juristisches Seminar da Universidade de Bonn, a Biblioteca da Universidade de Trier, o Juristisches Seminar da Freie Universität de Berlin, a Juristische Bibliothek da Universidade de Bern, a Biblioteca da Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales da Université de Lille 2, a Boots Library da Nottingham Trent University e a Hallward Library da University of Nottingham.

Plano da Dissertação

Introdução Metodológica

- 1. O objecto**
- 2. O instrumento**
- 3. O critério**

Título 1 °

A Jurisdição Penal Comum

Capítulo 1 °

O Paradigma Judiciário do final do Antigo Regime

- 1. O município e a administração da justiça criminal: da assembleia dos homens-bons à câmara dos vereadores e do juiz ordinário**
- 2. O senhorio e a administração da justiça criminal: os coutos e as honras e a política régia de cerceamento do âmbito da jurisdição senhorial**
- 3. O rei e a administração periférica da justiça criminal: os meirinhos, os corregedores e os juízes de fora**
- 4. O rei e a administração central da justiça criminal: a institucionalização dos tribunais superiores e a sedimentação do processo penal comum**
- 5. O último fôlego do Antigo Regime: o Ensaio de Código Criminal de Pascoal José de Mello Freire (1789)**

Capítulo 2 °

A Emergência do Paradigma Judiciário Liberal

- 1. A Constituição vintista e a primeira tentativa de criação de um novo processo: o Decreto das Cortes de 2.11.1822**
- 2. O Extracto de Projecto de Codigo de Delictos e Penas e da Ordem do Processo Criminal de José Maria Forjaz de Sampaio (1823)**

Capítulo 3 °

A Consagração do Paradigma Judiciário Liberal

- 1. A Carta Constitucional**
- 2. A Reforma Judiciária (1832)**
- 3. Os Projectos de Ordenações para o Reino (1831), o Projecto de Código Geral (1834) e o Projecto de Código Político (1838) de Silvestre Pinheiro Ferreira**
- 4. O Progetto di Codice di Procedura Criminale de Giovanni Carmignani (1836)**

Capítulo 4 °

A Revisão do Paradigma Judiciário Liberal

- 1. A Nova Reforma Judiciária (1836-1837)**
- 2. A Constituição setembrista**
- 3. O Projecto de Código do Processo Criminal de José Homem Corrêa Telles (1840)**
- 4. A Novíssima Reforma Judiciária (1841)**
- 5. O Projecto de Código do Processo Civil e Criminal de José Joaquim Sant' Anna (1847)**

Capítulo 5 °

A Crise do Paradigma Judiciário Liberal

- 1. A multiplicação de novas formas de processo especiais**
- 2. A criação da jurisdição penal da marinha mercante e da jurisdição penal aduaneira**
- 3. A restrição da competência das magistraturas populares**
- 4. A simplificação do processo comum: a reforma do processo preparatório e dos recursos**

Capítulo 6 °

A Frustração de Diversas Tentativas Doutrinárias de Recuperação do Paradigma Judiciário Liberal

- 1. O Projecto de Código de Processo Criminal (1874), o Projecto Definitivo de Código de Processo Criminal (1882), o Projecto de Código de Processo Penal (1886) de José da Cunha Navarro de Paiva**
- 2. O Projecto do Código do Processo Criminal de Alexandre Seabra (1886)**
- 3. A Proposta de Código de Processo Penal de José de Alpoim Borges Cabral (1899)**

Capítulo 7 °

A Exasperação da Crise do Paradigma Judiciário Liberal com a República

- 1. A legislação de emergência do governo provisório e a Constituição da República (1911)**
- 2. A reforma do processo preparatório**
- 3. O reforço da participação popular na administração da justiça**
- 4. O Projecto de Código de Processo Penal de Armando Marques Guedes**

(1916)

Capítulo 8 °

O Desmantelamento do Paradigma Judiciário Liberal pela Ditadura Militar e pelo Estado Novo

- 1. O Estatuto Judiciário de 1927**
- 2. O Código de Processo Penal (1929) e a legislação processual penal especial**
- 3. A Constituição da República do Estado Novo**
- 4. A consagração de um novo direito securitário na Reforma Prisional**
- 5. A reforma da jurisdição penal aduaneira e da marinha mercante**

Capítulo 9 °

A Consagração do Paradigma Judiciário Autoritário

- 1. A reforma da organização judiciária e do processo penal de 1945/1948**
- 2. O reforço interno do específico modelo consagrado**
- 3. A tentativa de renovação do modelo consagrado: a Lei n. 2/72, de 10.5**
- 4. O Anteprojecto de Código de Processo Penal de Vera Jardim e Maia Gonçalves (1973)**

Capítulo 10 °

A Revolução de 25 de Abril de 1974 e a transição para o novo CPP de 1987

- 1. A nova Constituição da República e a adaptação gradual do direito ordinário**
- 2. O Anteprojecto de Código de Projecto Penal de Maia Gonçalves (1983)**
- 3. A desconstrução jurisprudencial da estrutura do processo consagrado**

Título 2º

A Jurisdição Penal Militar

Capítulo 1º

O Paradigma Judiciário do final do Antigo Regime

1. A instituição das bases modernas da organização judiciária militar: da criação do Conselho de Guerra (1640) à reforma do Conde de Lippe (1763)
2. A regulamentação autónoma tardia do processo penal militar: o Alvará de 4.9.1765
3. O último fôlego do Antigo Regime: o Esboço de Projecto de Código Criminal Militar de Garção Stockler (1805) e o Código Penal Militar de 1820

Capítulo 2º

A Emergência do Paradigma Judiciário Liberal

1. As Cortes Constituintes de 1820 e o problema do foro militar
2. A primeira tentativa de criação de um novo tribunal superior e de um novo processo: o Decreto da Regência dos Açores de 4.11.1830
3. A criação do Supremo Conselho de Justiça Militar do Exército e da Marinha e a unificação dos tribunais superiores

Capítulo 3º

A Consagração do Paradigma Judiciário Liberal

1. Os antecedentes doutrinários: o Projecto de Código do Processo Criminal da Armada da Comissão presidida pelo Visconde da Granja (1857) e o

Projecto de Código de Justiça Militar de António Barros e Sá (1869)

2. O Código de Justiça Militar para o Exército de Terra de 1875

Capítulo 4º

A Extremação das Tendências Antagónicas Inerentes ao Específico Modelo Consagrado

**1. O Projecto de Código de Justiça Militar da Comissão presidida por
António Barros e Sá (1889)**

2. O Código de Justiça Militar de 1895

3. O Código de Justiça da Armada de 1899

Capítulo 5º

A Renovação Fracassada do Paradigma Judiciário Liberal pela República

1. O Código de Processo Criminal Militar de 1911

2. A tentação do recurso à justiça militar extraordinária

3. O Código de Justiça Militar de 1925

Capítulo 6º

A Compressão do Paradigma Judiciário Liberal

1. A criação dos tribunais militares especiais

2. As revisões fundamentais de 1931 e 1965

Capítulo 7º

**A Revolução de 25 de Abril de 1974
e a transição até à Constituição de 1976**

Título 3º

A Jurisdição Penal Ultramarina

Capítulo 1º

A Dificil Implantação do Paradigma Judiciário Liberal

- 1. A pluralidade de métodos de administração ultramarina no Antigo Regime**
- 2. As graves limitações do modelo judiciário consagrado na reforma de 1836/1837**
- 3. Os aperfeiçoamentos das reformas legislativas da Regeneração**
- 4. O cume do processo de evolução legislativa: o Regimento da Administração da Justiça nas Províncias Ultramarinas de 20.2.1894**

Capítulo 2º

A Crise do Paradigma Judiciário Liberal

- 1. A premência da legislação colonial de adaptação (1892-1908)**
- 2. A ruptura teórica com o anterior paradigma e o prenúncio de um novo paradigma**

Capítulo 3º

**A Consagração de um novo Paradigma
Judiciário Dualista**

1. A Constituição de 1911 e a ineficácia relativa da Lei n. 277, de 15.8.1914
2. O Projecto de Código do Processo Penal para a Província de Moçambique de Augusto Vasconcellos (1912)
3. A realização do novo paradigma pela Ditadura Militar
4. A redefinição do paradigma pelo Acto Colonial (1930) e pela Carta Orgânica do Império Colonial Português (1933)

Capítulo 4º

O Abandono do Paradigma Judiciário Dualista

1. O retorno à política de assimilação com a Revisão Constitucional de 1951
2. A inversão radical do legislador na reforma de 1961

Título 4º

A Emergência do Paradigma Judiciário Social

1. O princípio da proporcionalidade das restrições dos direitos fundamentais e a eficiência da acção pública de perseguição criminal
2. O conceito material de igualdade e a concretização do Estado de Direito social no processo penal
3. A transparência do exercício da justiça penal como instrumento de aperfeiçoamento da imparcialidade do tribunal

Conclusões

Introdução Metodológica

1. O Objecto

O objecto desta dissertação é o estudo do duplo grau de jurisdição no processo penal português, com base na crítica dos fundamentos dogmáticos do novo paradigma judiciário penal concretizado em 1987.

O Código de Processo Penal de 1987 concretizou um paradigma judiciário novo, cujos fundamentos dogmáticos se encontram no constitucionalismo liberal. A compreensão das principais soluções inovadoras daquele Código só se alcança com o conhecimento destes fundamentos.

A delimitação material do objecto da investigação partiu do pressuposto da existência de sub-ramos específicos do direito processual penal, com regulamentações próprias, distintas da regulamentação do processo penal comum. A idiosincrasia de cada uma destas regulamentações exigiu a análise em separado das mesmas, constituindo o estudo de cada um destes sub-ramos um título autónomo da dissertação.

A delimitação temporal do objecto da investigação obedeceu à circunstância, há muito constatada pela doutrina, de o processo penal ser um dos ramos do direito cuja evolução mais intimamente se liga às contingências da vida da *polis* e à mundividência subjacente à constituição política de cada sociedade.¹

O constitucionalismo liberal marcou o início de um novo período da vida política da nação, com repercussões profundas na administração da justiça criminal. Na discussão que teve lugar nas cortes constituintes foram aprovados os princípios de uma

¹ A título exemplificativo, Ernst Loshing, 1912: 6, Hermann Mannheim, 1925: 14, Franz Exner, 1935: 4, Heinrich Henkel, 1968: 86, e, entre nós, Abel de Andrade, 1925 a: 14, e Figueiredo Dias, 1976 b: 99.

nova organização judiciária e de um novo processo penal. Assim, a investigação inicia-se com um confronto entre os novos princípios do direito comum, militar e ultramarino consagrados pelos constituintes e os princípios que os antecederam.

A compreensão do direito processual penal português do século XIX e do início do século XX está estreitamente dependente da análise das suas fontes estrangeiras. Deste modo, a influência marcante do direito francês sobre o direito nacional obrigou ao estudo das fontes francesas e, em especial, do *Code d' Instruction Criminelle*, de 1808, do *Code de Justice Militaire pour les Armées de Terre*, de 1857, e do *Code de Justice Militaire pour l' Armée de Mer*, de 1858. O estudo destas fontes foi orientado pelo propósito de delimitar rigorosamente o âmbito das inovações importadas do âmbito das especificidades do direito nacional.

Por outro lado, tornou-se necessário o confronto do direito português com os direitos estrangeiros mais avançados mesmo quando não tivessem sido fonte do direito nacional, sendo de particular importância os primeiros diplomas reformadores publicados nos dois mais importantes Estados alemães, a *Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen*, decretada por Friedrich Wilhelm, rei da Prússia, a 3.1.1849, e a *Strafprozessordnung* austríaca, aprovada por Franz Joseph, o primeiro, imperador da Áustria, a 17.1.1850. O propósito deste estudo comparado foi o de determinar as vantagens e as deficiências do direito português em face das legislações europeias mais significativas. Só conjugando os resultados deste estudo comparado com o estudo das fontes, de acordo com a lição de Hans-Heinrich Jescheck, se conseguiu obter uma perspectiva objectiva da evolução da produção legislativa nacional.²

A partir de 1926 a orientação da reforma do direito processual penal português sofreu uma inflexão clara, rejeitando o legislador a influência do direito francês. Com efeito, as grandes reformas verificadas no processo penal comum nos anos de 1929 e 1945 e no processo penal militar nos anos de 1911, 1925, 1931 e 1965 em nada foram influenciadas pelos novos códigos franceses dos anos de 1928, 1938, 1956 e 1965. Em contrapartida, a influência do direito alemão na reforma do processo penal comum exigiu o estudo comparado daquele direito a partir da famosa reforma Emminger,

² Hans-Heinrich Jescheck, 1975 a: 10 a 17.

aprovada pela *Notverordnung über die Gerichtsverfassung*, de 4.1.1924. O processo penal militar e o processo penal ultramarino portugueses do século XX foram profundamente condicionados pela evolução da situação política, quer interna quer externa, não sendo tão evidente a influência do direito estrangeiro. A dissertação conclui-se, no que respeita ao direito comum, com a crítica do processo de desconstrução jurisprudencial da estrutura do Código de 1929 e de concretização de um programa de reforma do processo penal propugnado pela doutrina desde o início do século XX e, no que toca ao direito militar e ao direito ultramarino, com a apreciação das opções dos legisladores revolucionário e constituinte para a jurisdição militar e para a jurisdição ultramarina. A análise da produção legislativa no domínio militar desde 25.4.1974 até à aprovação do novo Código de Justiça Militar em 1977 e, designadamente, da criação de várias jurisdições militares extraordinárias naquele período, constituiu o último momento da investigação sobre a jurisdição penal militar.

A necessidade de uma dissertação com o objecto definido resulta desde logo da inexistência de um estudo sobre os fundamentos dogmáticos do direito vigente.

A reforma do direito sancionatório deve ser sustentada, tal como ensinou Karl Peters, em uma análise empírica do funcionamento da organização judiciária penal e em um estudo dos fundamentos dogmáticos do direito vigente.³ A funcionalidade das soluções consagradas pelo legislador em 1987 já foi por mim testada, com base em uma análise estatística dos dados oficiais do Ministério da Justiça disponíveis, que permitiu concluir pela perfeita operacionalidade da fase de recursos e pela existência de um problema de inoperacionalidade na fase de inquérito e instrução e, menos acentuadamente, na fase de julgamento.⁴ Esta dissertação visa a realização daquele outro estudo sobre os fundamentos dogmáticos do direito vigente.

A emergência de um regime de protecção penal dos bens e interesses financeiros comunitários e a concomitante necessidade de harmonização, ao menos parcial, do direito processual penal dos Estados membros tornam ainda mais premente este estudo dos fundamentos dogmáticos do direito português, sob pena de aquela harmonização se realizar pelo mínimo denominador comum das garantias consagradas nos ordenamentos dos Estados membros, com prejuízo grave para o nível superior das

³ Karl Peters, 1963: 8 e 10, e, depois dele, Peter Reiss, 1978 a: 13.

consagradas no direito nacional. Do mesmo modo, a necessidade de uma reforma urgente da organização judiciária e do processo penal militares, que concretize as recentes opções constitucionais, justifica um estudo idêntico dos fundamentos dogmáticos do direito militar português, de modo a que a reforma em curso não ignore os ensinamentos retirados da evolução do direito positivo.

2. O Instrumento

A investigação com o âmbito temporal e material definido deparou com várias dificuldades básicas. A maior dificuldade encontrada foi a de o objecto da investigação constituir, em si mesmo, um objecto caótico, no sentido de que a produção legislativa no período definido e sobre os ramos do direito escolhidos foi imensa, desordenada e, muitas vezes, contraditória.⁵

⁴ Paulo Albuquerque, 2000: 353 a 365.

⁵ No âmbito da jurisdição penal comum, é muito significativo o retrato feito no final do século XIX pelo responsável máximo da administração da justiça portuguesa. O ministro da justiça, José Alpoim Cabral, afirmava em 1899 que “não será sem uma quasi vertigem, que sondaremos a confusão verdadeiramente pavorosa, dia a dia crescente, e hora a hora, que reina, há já tantos anos, nos domínios do processo penal”. E acrescentava: “podem contar-se por milhares – sem exagero se podem contar por milhares ! – as disposições que hoje regulam entre nós o processo penal, - e mesmo assim senhores, quantas e quantas lacunas, ainda nos assuntos mais triviaes !” (José Alpoim Cabral, 1899: 1). Dias da Silva (1903: 763) julgava a proposta apresentada pelo ministro naquele ano preferível “a essa cahotica e anarchica miscellanea que ahi está em vigor”. Marnoco e Souza (1907: 29) reiterava este juízo. Francisco Medeiros (1905: 31) criticava a “confusão babélica na legislação portugueza”. Da “infinidade diabólica de diplomas” posterior a 1840 falava Caeiro da Matta (1912: 3). A confusão e a dúvida no âmbito da legislação processual penal agravaram-se depois da República, como denunciou Armando Marques Guedes, ministro e deputado da nova situação, no preâmbulo do seu “Projecto de Código de Processo Penal” (Armando Marques Guedes, 1916: 8). Abel de Andrade (1925 a: 116) concluía que a multiplicidade de diplomas publicados sobre processo penal transformou “este ramo de direito num verdadeiro caos, tornando-se muito difficil saber com certeza e segurança quais são as disposições da velha Novissima Reforma Judiciária que ainda estão em vigor”. Cavaleiro de Ferreira falava da “quase impossibilidade de desvendar o sistema legal no labirinto da legislação extravagante dominada por princípios contraditórios” na fase antecedente ao CPP (Cavaleiro de Ferreira, 1986 a: 36). A situação não seria diferente depois de cinquenta anos de vigência do CPP de 1929, verificando-se “uma situação intolerável de grande complexidade e confusão” (Figueiredo Dias, 1979: 190, e Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues, 1986: 530). No âmbito da jurisdição militar, também reinou a confusão, sobretudo até à publicação do primeiro código de justiça militar, queixando-se José Cisneiros e Faria (1847: 5) do

Por esta razão, o instrumento privilegiado da investigação foi o tratamento exaustivo de todos os textos legislativos com relevância para o objecto da dissertação e do respectivo processo legislativo.

O segundo instrumento da investigação foi o estudo de todos os projectos de código de processo penal ou de organização judiciária, que previssem modificações relevantes para a administração da justiça penal, ainda que não tivessem sido aprovados.

Tem especial interesse o estudo de projectos habitualmente não mencionados pela doutrina, recuperando-os para a discussão científica, tais como o Extracto de Projecto de Código de Delictos e Penas e da Ordem do Processo Criminal, de José Maria Forjaz de Sampaio, os Projectos de Ordenações para o Reino, o Projecto de Código Geral e o Projecto de Código Político, de Silvestre Pinheiro Ferreira, o *Progetto di Codice di Procedura Criminale*, de Giovanni Carmignani, o Projecto de Código do Processo Civil e Criminal, de José Joaquim Sant' Anna, o Esboço de Projecto de Código Criminal Militar, de Garção Stockler, o Projecto de Código do Processo Criminal da Armada da Comissão presidida pelo Visconde da Granja, o Projecto de Código de Justiça Militar, de António Barros e Sá, e o Projecto de Código do Processo Penal para a Província de Moçambique, de Augusto Vasconcelos.

Neste âmbito, tem ainda um relevo muito particular a descoberta de textos desconhecidos e a sua revelação à comunidade jurídica. É o caso do manuscrito de José Homem Corrêa Telles, contendo um Projecto de Código de Processo Penal, que era até ao presente desconhecido. O estudo da ciência do direito ganha assim o significado de um ministério de preservação do património dogmático nacional.

O terceiro instrumento da investigação foi o estudo da jurisprudência criada com base nos diplomas legislativos, especialmente quando esta importava uma inflexão do sentido da interpretação do direito anterior, bem como da produção parecerística da Câmara Corporativa e da Comissão Constitucional. Assim, foi objecto de uma análise detida a jurisprudência da Comissão Constitucional, do Conselho da Revolução e do Tribunal Constitucional a propósito da crítica da desconstrução jurisprudencial da estrutura do processo consagrado no Código de Processo Penal de 1929.

O quarto e último instrumento foi a análise das fichas policiais nominativas

“estado de confusão em que se acha o nosso Foro Militar, em consequencia das muitas alterações nelle



dos presos políticos cuja primeira detenção teve lugar entre 1.1.1932 e 31.12.1960, que foram publicadas pela Presidência do Conselho de Ministros. Esta análise, que assenta no ensinamento de Eberhard Schmidt no que toca à distância entre o texto da lei e a prática judiciária e policial nos regimes políticos autoritários,⁶ revelou-se um contributo essencial para o esclarecimento do sentido da reforma do processo penal de 1945, em contraposição com o direito anterior.

3. O Critério

O desenvolvimento da investigação obedeceu a dois critérios de natureza instrumental, que podem ser designados pelos conceitos de paradigma judiciário e de modelo judiciário.⁷

O processo penal das ordens jurídicas democráticas contemporâneas constitui um método dialéctico de fixação da culpa jurídico-criminal do agente por um magistrado imparcial em relação às partes e independente em relação aos restantes poderes do Estado.⁸

A natureza dialéctica do processo penal tem como condições o princípio da imparcialidade do juiz face às partes⁹ e os princípios da imediação e da oralidade.¹⁰ Por

introduzidas pelas sucessivas reformas do systema e Legislação judicial”.

⁶ Eberhard Schmidt, 1947: 398, e 1965: 430, e, depois dele, muito particularmente, Albrecht Wagner, 1968: 360 a 363.

⁷ A natureza instrumental dos conceitos não permite extrapolações de natureza ontológica.

⁸ A culpa é o fundamento e o limite da imputação criminal, impondo-se hoje, quer no plano político-criminal, quer no plano jus-filosófico, um entendimento minimalista e prudente das teorias preventivas, mas que tenha consciência dos benefícios dogmáticos e práticos que estas tiveram na recriação do sentido social da imputação de um juízo de culpa no direito penal. O tema foi objecto do estudo do autor e os seus trabalhos encontram-se publicados (Introdução à Actual Discussão sobre o Problema da Culpa em Direito Penal, 1994, e, com outros desenvolvimentos, Ein unausrottbares Mißverständnis, Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuld begriff von Jakobs, 1998), constituindo o lastro filosófico e jurídico-penal desta dissertação.

⁹ Jürgen Meyer, 1965: 59 e 60, 90 a 93, Stefan Smid, 1989: 114 a 116, e Frauke Stamp, 1998: 146.

¹⁰ Jürgen Meyer, 1965: 78, Bertram Schmitt, 1992: 395, e Frauke Stamp, 1998: 145.

sua vez, o modo de consagração do princípio da acusação e do princípio da imediação na primeira instância determina uma conformação especial do âmbito do objecto e dos poderes do tribunal de recurso.¹¹

Assim, o conceito de paradigma judiciário tem uma dupla vertente, organizatória e processual. A vertente organizatória diz respeito à definição do estatuto dos magistrados, dos graus de jurisdição e da composição e competência dos tribunais em cada um desses graus e a vertente processual reporta-se à correlação entre a realização dos princípios da imediação e da acusação na primeira instância e a delimitação do objecto do recurso e dos poderes do tribunal de recurso. A fase processual do recurso é, pois, estudada, não isoladamente, mas enquanto parte do todo constituído pelo processo, assumindo uma importância fundamental a ponderação do grau de perfeição da realização daqueles princípios na primeira instância.

O conceito de modelo judiciário corresponde ao resultado da concretização de um paradigma judiciário em uma determinada sociedade e em um determinado tempo. A justificação deste conceito decorre do facto de um paradigma judiciário admitir múltiplas realizações históricas, constatando-se quer na evolução do processo penal comum quer na dos processos particulares investigados a concretização de um mesmo paradigma em modelos com especificidades próprias.

O estudo do processo penal comum permitiu identificar no período delimitado dois paradigmas judiciários, o liberal e o autoritário. Por contraposição com o paradigma do final do Antigo Regime, que assenta nos princípios do privilégio, da confusão de poderes e do inquisitório, o paradigma judiciário liberal caracteriza-se pela organização da administração da justiça de acordo com o princípio da igualdade formal de todos os cidadãos diante da lei e com o princípio da separação de poderes como garantia da independência do tribunal e pela consagração tendencial do princípio da acusação no processo penal como garantia da imparcialidade do juiz.

Por sua vez, o paradigma autoritário caracteriza-se pela confusão ou não separação de poderes, no sentido do exercício de poderes jurisdicionais pelas polícias ou por tribunais especiais com titulares amovíveis, da confiança do poder executivo, não sendo esse exercício sindicado judicialmente, e, tendencialmente, pela rejeição dos

¹¹ Herbert Tröndle, 1975: 90, Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 1975: 33, Peter Riess, 1978 a: 18, e Reinhard

princípios da acusação e da imediação.

O estudo do processo penal militar português permitiu identificar apenas um paradigma ao longo de todo o período delimitado, o paradigma liberal. A introdução das bases da moderna jurisdição penal e a criação de um processo penal militar autónomo ainda no Antigo Regime também foram estudadas na medida indispensável para a compreensão do direito posterior.

O estudo do processo penal ultramarino permitiu identificar dois paradigmas judiciários distintos, o liberal e o dualista, caracterizando este último a negação do princípio fundamental do paradigma liberal da igualdade formal de todos os cidadãos diante da lei. No período delimitado da investigação prevaleceu o paradigma liberal, com um intervalo de precisamente cinquenta anos, de 1911 a 1961, em que foi tentada a consagração do paradigma judiciário dualista.

Título 1º

A Jurisdição Penal Comum

Capítulo 1 °

O Paradigma Judiciário do final do Antigo Regime

1. O município e a administração da justiça criminal: da assembleia dos homens-bons à câmara dos vereadores e do juiz ordinário

No século XIV, a divisão do país em concelhos constituía um facto consumado.¹² Na maioria dos concelhos perfeitos havia dois juizes, também designados por alcaides ou alvazis, que eram escolhidos pelos vizinhos, normalmente pelo período de um ano, sendo em alguns casos confirmados pelo rei ou por um representante seu.¹³

¹² Paulo Merêa, 1929: 496.

¹³ A classificação dos concelhos portugueses em perfeitos e imperfeitos foi introduzida por Alexandre Herculano (1980: 92, 113 a 169, 199). De acordo com o foral que constituía o concelho, Alexandre Herculano atribuiu aos concelhos perfeitos duas características fundamentais: a existência em todos eles de uma magistratura duunviral e a divisão dos burgueses em cavaleiros vilãos e peões. Estes concelhos dividiam-se em quatro tipos: os daqueles cujo foral seguia o foral dado a Salamanca, que eram os concelhos mais antigos, os concelhos cujo foral seguia os forais dados aos burgos de Santarém e Lisboa, que constituíam “o verdadeiro tipo nacional”, os concelhos cujo foral seguia o foral de Ávila, e ainda os de um quarto tipo, não identificável em particular com nenhum dos anteriores. Distintos dos concelhos perfeitos eram os concelhos rudimentares, que se caracterizavam por ter um magistrado fiscal, sem jurisdição cível e criminal, e os concelhos imperfeitos, em que se instituíam um poder jurisdicional exercido por um juiz local, eleito pelo povo ou nomeado pelo senhor, e uma organização administrativa municipal mais ou menos incompleta. A classificação de Herculano foi posteriormente muito discutida e revista

A partir do reinado de D. Afonso IV ocorreu uma alteração significativa da estrutura da organização municipal.

Na assembleia dos homens-bons que se reunia com os juizes para administrar justiça e decidir dos assuntos públicos do município passam a só ter assento os vereadores ou vedores, que eram funcionários permanentes e eleitos em representação do povo, restringindo-se deste modo a participação popular na gestão do município.¹⁴

D. Afonso IV atribuiu aos vereadores presididos pelos juizes das terras competência para conhecer dos crimes de injúrias verbais e de furto de pequena monta, sem apelação nem agravo. Tratando-se de injúrias atrozes, a competência pertencia apenas aos juizes, com recurso de apelação para os ouvidores do crime da corte.

Esta competência dos juizes da terra ou “juizes hordenairos”, que foi consagrada pelas Ordenações Afonsinas, manteve-se até ao final do Antigo Regime.¹⁵

(Theophilo Braga, 1868: 44 a 47, Lino Netto, 1898: 9 a 13, Fortunato de Almeida, 1922: 437 a 443, e, sobretudo, Torquato de Souza Soares, 1931: 11 a 13, 153 a 158, e 1970: 137 a 140). É fundamental não olvidar que os forais constituem uma panóplia variadíssima, que só dificilmente e com prejuízo do pormenor permite a abstracção de tipos, com características autónomas e com uma idiosincracia própria. Como Alexandre Herculano (1980: 169) o disse já, “a história dos municípios é a história das individualidades”. Igual advertência, no sentido de evitar generalizações perigosas quando se estuda a administração local portuguesa nos séculos XII e XIII, fez também Marcello Caetano (1981: 215 e 223).

¹⁴ A primeira menção a estes vedores surge no regimento dos corregedores de 1340, que estabeleceu a obrigação de os corregedores porem em cada vila ou lugar do seu julgado cinco ou seis homens-bons ou mais se vissem que se tratava de lugar que o merecesse, com a função de prover ao bom vereamento da vila e de decidir com os juizes de todos os feitos importantes e daqueles em que eles tivessem dúvidas. Marcello Caetano (1981: 323) considera que o texto do regimento dos corregedores recolheu uma ordenação régia prévia, sugerindo que terá sido emitida nos finais de 1338 ou começo de 1339, na sequência das reformas da justiça ocorridas no ano de 1337. Marcello Caetano dá também notícia de que o número destes funcionários foi reduzido a dois ou três logo nos anos seguintes, tendo o aparecimento dos vereadores nos concelhos começado por volta dos anos de 1342 a 1344. O direito de eleição dos juizes ordinários e dos vereadores era inalienável e ao seu exercício não se podiam opor os senhores (Mello Freire, 1967, n. 163: 73 e 74). A carta régia de 12.6.1391 regulou o modo de eleição dos vereadores, consagrando o sistema da arca dos pelouros, que sobreviveu, com revisões várias, até à revolução liberal (Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 23, §§ 43 a 46, Ordenações Manuelinas, Livro I, Título 46, Ordenações Filipinas, Livro I, Título 67). Antes dessa data a prática era a da eleição directa dos juizes e dos vereadores pela assembleia dos vizinhos, que dava lugar a irregularidades e a tumultos. O novo sistema tinha a vantagem de a nomeação dos funcionários se operar pela escolha aleatória do funcionário de entre uma lista de cidadãos idóneos, que eram por sua vez escolhidos por seis vizinhos apontados pelo corregedor e pelos homens-bons da terra. A restrição da participação popular na administração municipal, sobretudo a partir do reinado de D. Manuel, é tida como o início do processo de decadência dos concelhos (Lino Netto, 1898: 37, 39, 50 e 51).

¹⁵ António Hespanha (1994: 259 a 267) procedeu a uma avaliação quantitativa dos oficiais ocupados na administração pública na primeira metade do século XVII. Desta investigação resulta a enorme preponderância dos funcionários da administração concelhia (80 %) sobre os da administração régia central (9%) ou periférica (9%) e ainda sobre os da administração senhorial (2 %). Também é muito significativo que, de entre os funcionários da administração concelhia e da administração real periférica, mais de ¼ se ocupasse de funções jurisdicionais e quase metade tivesse funções de polícia. Destes dados quantitativos conclui-se, por um lado, que as funções jurisdicionais e de polícia tinham um grande peso

Assim, os juízes ordinários, em audiência com os vereadores, julgavam as injúrias verbais, os pequenos furtos e os recursos nas questões de almotaçaria.¹⁶

O processo para julgamento das injúrias verbais consistia na apresentação da petição de injúria verbal, na citação, na contestação, com eventual reconvenção restrita à matéria das injúrias, na produção da prova e na prolação da sentença. Nesta forma de processo não era admissível a réplica nem a tréplica, não se dava vista às partes para alegarem a final por escrito e não se lhes dava os nomes das testemunhas para contradita, apenas se admitindo a dedução das contraditas públicas e notórias oralmente e estando as partes presentes no julgamento.¹⁷

Embora a lei desse voto ao juiz em câmara com os vereadores, a praxe no final do Antigo Regime era distinta, sentenciando os vereadores em assembleia sem o juiz quando a câmara dispunha de um assessor letrado. O juiz só votava em caso de empate. A sentença era escrita pelo escrivão da câmara e assinada pelos vereadores com o nome inteiro e pelo juiz somente com o apelido. Havendo assessor, este também subscrevia a sentença com o nome inteiro, embora não tivesse voto. O juiz assinava o nome inteiro quando votasse a desempatar. A sentença devia mencionar os fundamentos da absolvição ou da condenação e não admitia recurso.¹⁸

Ao invés, as injúrias atrozes e todos os outros crimes que não fossem puníveis com pena capital eram, em regra, julgados pelos juízes segundo a forma do processo ordinário, admitindo as decisões proferidas nestes processos apelação e agravo para os ouvidores do crime da corte.¹⁹

As questões de almotaçaria, julgadas sumariamente em primeira instância pelo almotacé, eram decididas pelos juízes quando tivessem valor até seiscentos reis.²⁰ Nas

na administração pública e, por outro, que o funcionalismo concelhio predominava sobre o restante funcionalismo público. Não admira, pois, que na fase final do Antigo Regime a doutrina se queixasse do excesso de magistrados e de tribunais (“os povos que padecião antes por falta de LL. e de Magist.os padecerão e padecem ainda hoje por demasiadas LL. e demasiados Magistrados”, Ricardo Nogueira, 1786 a: 206, e Manoel Salvador, 1821: 4 e 38).

¹⁶ Ordenações Afonsinas, Livro I, Títulos 26, §§ 27 e 28, e 27, §§ 13 e 17, Ordenações Manuelinas, Livro I, Títulos 44, §§ 43, 44 e 45, e 46, § 16, e Ordenações Filipinas, Livro I, Títulos 65, §§ 23, 24 e 25, e 66, § 5.

¹⁷ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 65, § 25.

¹⁸ A praxe vem descrita em Martins da Costa (1731: 79 e 80) e Caetano Gomes (1820: 236 e 237).

¹⁹ Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 26, § 27, *in fine*, Ordenações Manuelinas, Livro I, Título 44, § 46, e Ordenações Filipinas, Livro I, Título 65, § 26.

²⁰ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 68, § 2. A origem deste magistrado municipal é vista, desde Alexandre Herculano (1980: 319 a 325), no oficial das cidades árabes, o *al muhtasib*, que tinha amplas funções de polícia. Alexandre Herculano salienta que nos concelhos da família do foral de Salamanca e

causas de valor superior e até seis mil reis despachavam os juizes com os vereadores em câmara, sem outro recurso. Acima do valor de seis mil reis ou quando os almotacés tivessem aplicado penas corporais os recursos subiam ao Tribunal da Relação.²¹

Além destes magistrados, nos concelhos da família do foral de Salamanca surgiam também os jurados de aldeia, umas vezes escolhidos pelos juizes do concelho e outras pelos próprios vizinhos da aldeia, tendo competência para conhecer de pequenas causas cíveis relativas a bens móveis e de contravenções de posturas e transgressões municipais, nas povoações circundantes da sede do concelho, cabendo por vezes recurso deles para a sede do concelho.²²

2. O senhorio e a administração da justiça criminal: os coutos e as honras e a política régia de cerceamento do âmbito da jurisdição senhorial

Tal como na monarquia asturo-leonesa, o rei português concedia terras aos

nos da família de Ávila e Évora não havia almotacés e só com o tempo é que a instituição penetrou nestes concelhos, embora com uma outra designação, a de *andadores*. Nos forais da família de Santarém e Lisboa, os almotacés surgiram frequentemente, com funções muito amplas de polícia e, designadamente, de controlo e punição da falsificação de pesos e medidas, sendo eleitos anualmente, por doze pares, um para cada mês do ano, pelos vizinhos com o acordo do alcaide. Estes magistrados julgavam em processo sumaríssimo, “sem estrepito, nem forma alguma de Juízo”, reduzindo a prova a escrito quando a decisão tivesse por objecto situações jurídicas permanentes (Pinheiro Ferreira, 1825: 40 e 41).

²¹ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 65, § 23. A brevidade das causas de almotacaria derivava da natureza de polícia das mesmas, “que pedem prompta expedição” (Ricardo Nogueira, 1786 a: 220). A doutrina exigia, no entanto, a formação de um processo escrito para garantia de interposição de recurso, censurando severamente a prática das “sentenças absolutas, como quotidianamente se está vendo” (Almeida e Sousa, 1828 b: 370 e 371).

²² Ordenações Manuelinas, Livro I, Título 44, §§ 64 e 68, e Ordenações Filipinas, Livro I, Título 65, §§ 73 e 74. Estes magistrados estão na origem dos juizes pedâneos ou de vintena, os quais nunca tiveram poder jurisdicional criminal. O aparecimento dos jurados de aldeia constituiu um meio de resolução das tensões existentes entre a sede do concelho e as povoações circundantes, mantendo, contudo, os vizinhos da sede do concelho o ascendente sobre estes magistrados, quer por via do juramento que os jurados da aldeia tinham de ir prestar à sede do concelho, quer por força do recurso que cabia destes jurados para o concelho, como, por exemplo, acontecia do jurado da aldeia de Belmonte para o concelho da Covilhã (Alexandre Herculano, 1980: 252 a 259, e António Hespanha, 1982 a: 232).

nobres e às corporações eclesiásticas através de uma carta de couto, em que eram discriminados os respectivos poderes jurisdicionais e imunidades.²³ Coutar uma terra era, nas palavras de D. Diniz, “escusar os seus moradores da hoste e do fossado, do foro e de toda a peita”.²⁴ O rei recompensava deste modo os esforços dos senhores que com ele faziam a guerra e, simultaneamente, prosseguia uma política de povoamento das terras.

Assim, surgiram os coutos como terras isentas concedidas pelo rei. Ao invés, as honras eram terras que eram imunes independentemente do coutamento e apenas por força de serem propriedade de um nobre.²⁵

Estas terras privilegiadas foram sendo alargadas pelos proprietários, que através de artifícios vários procuravam aumentar não só o âmbito do seu domínio territorial como o dos poderes conferidos, em prejuízo dos direitos de soberania do monarca.²⁶ Acresce que as doações incluíam frequentemente cláusulas gerais, muito

²³ O regime jurídico desta concessão era, em regra, o da tenência beneficinal, isto é, o de uma concessão temporária, não hereditária, livremente revogável pelo donatário e gratuita, o que, aliás, se compreende atento o carácter de recompensa pelos serviços prestados ao rei que tinham a maioria destas concessões. Sobre a natureza jurídica destas concessões e sobre a inexistência da promessa de vassalagem pessoal do tenente nas concessões do monarca português, o que constitui característica fundamental para as distinguir das concessões feudais típicas de além-Pirineus, António Hespanha (1982 a: 155 e 156). Já Mello Freire (1967: n. 163, p. 19 e 20) tinha sustentado esta tese, com base em quinze factos, que teriam contribuído “para diminuir ou totalmente abolir o direito feudal”, entre eles se encontrando “as apelações sempre concedidas dos nobres e seus juizes para o Rei ou sua Cúria” e “a abolição integral de todos os serviços pessoais, com excepção dos serviços militares”. O regime senhorial português caracterizava-se pela cumulação de traços específicos do direito civil com outros do direito público e, designadamente, pela transferência por acto régio do poder jurisdicional, razão pela qual Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque (1998: 578) falam, com toda a propriedade, em uma fusão do domínio e da soberania, da fruição da terra e do exercício de poderes de natureza pública. Pondo em evidência a origem asturo-leonesa da prática da concessão de cartas de couto e de doações de terras e de privilégios pelos monarcas portugueses, Caetano do Amaral, 1945: 170 e 171.

²⁴ Coelho da Rocha, 1861: 67.

²⁵ Souza e Sampaio, 1793: 139 a 141, Gama Barros, 1945: 438, Marnoco e Souza, 1910 b: 321, Paulo Merêa, 1929: 503, e Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque, 1998: 579. Diferentemente, Anastasio de Figueiredo (1792 b: 110 a 114), que distinguia os coutos por serem terras isentas das justiças do rei, ao invés das honras, em que os privilégios concedidos a certos senhores relativamente aos moradores das suas terras tinham sobretudo natureza fiscal e a concessão de poder jurisdicional era accidental e limitada às causas cíveis, e Marcello Caetano (1981: 226, 228 e 325), que, invocando a circunstância de que a maior parte das cartas de couto só refere as isenções tributárias, conclui que a proibição da entrada de funcionários régios e o exercício de jurisdição autónoma resultariam do costume, sendo certo que a ideia de que os domínios territoriais dos nobres deviam ser imunes pelo simples facto de lhes pertencerem derivou da circunstância de em tempos o rei conceder préstamos a nobres para remunerar serviços prestados ao rei e à comunidade, generalizando-se posteriormente a imunidade das terras da fidalguia como privilégio inerente à sua condição e à função pública da nobreza.

²⁶ Os excessos dos senhores das terras estão descritos numa carta régia de D. Diniz, incluída nas Ordenações Afonsinas (Livro II, Título 56). Como afirmou Paulo Merêa (1929: 504), a extensão e os limites dos direitos dos senhores e donatários resultavam da resistência que o rei podia de facto opor ao seu exercício.

amplas, como a de que se atribuíam “todos os seus Direitos Fiscaes, e Reais” ou a de que “o districto privilegiado ficava inteiramente alienado do Real poder, e livre para o Donatario” ou ainda a de que “nenhum homem pudesse entrar nas Terras assim privilegiadas, para exigir cousa alguma, ou exercitar acto judicial”, o que propiciava o abuso por parte do donatário. Daí terem surgido as inquirições determinadas pelo rei, com vista a identificar os títulos justificativos do domínio da terra e a fixar o âmbito e os limites dos poderes exercidos pelo senhor da terra.

Assim, à medida que o país se libertava da guerra e se definiam as fronteiras a sul, o monarca foi procurando sedimentar o seu poder entre os senhores, quer controlando o âmbito das doações já feitas quer adoptando uma política de doações mais restrita ou mesmo revogando doações anteriores.

O regime das doações, incluindo as de poderes jurisdicionais, foi fixado em definitivo pelos Títulos 24 e 40 do Livro II das Ordenações Afonsinas. Estas regras, que se opunham em aspectos importantes ao direito comum, permaneceram em vigor praticamente até ao final do Antigo Regime, sendo recolhidas nos Títulos 15 e 107, do Livro II das Ordenações Manuelinas e nos Títulos 26 e 45, do Livro II das Ordenações Filipinas.

Os donatários não tinham jurisdição própria, mas apenas a que resultava expressamente da carta de doação, e os reis podiam limitá-la ou abrogá-la, conforme fosse do interesse público. A doação de direitos reais e, designadamente, de poderes jurisdicionais tinha de ser feita por acto expresse,²⁷ não sendo permitidas as doações genéricas, nem sendo admitida a aquisição por prescrição destes poderes contra o rei.²⁸

As doações de poderes jurisdicionais conferiam aos donatários apenas a competência para conhecer dos feitos cíveis e criminais por via de apelação,²⁹ através dos seus ouvidores,³⁰ cabendo ainda recurso para o rei.³¹ O recurso das decisões dos

²⁷ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, §§ 1, 2, 3, 6, 9 e 11, e Livro II, Título 27, § 2.

²⁸ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, §§ 1, 2, 10, 55, 56.

²⁹ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, §§ 32, 41, 48 e 74.

³⁰ Ordenações Filipinas, Título II, 45, § 43. Em caso algum os senhores podiam substituir-se aos ouvidores e conhecer eles mesmos os recursos (Jorge de Cabêdo, 1604: 403).

³¹ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, § 50 ou 45, e Livro III, Título 71. O regedor da Casa da Suplicação tinha o encargo de vigiar os excessos dos donatários (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 1, § 39), sendo estivo agravar-se para o efeito do senhor da terra ou do seu ouvidor para o regedor (Ricardo Nogueira, 1858: volume VII, p. 222). O recurso para o rei das decisões dos magistrados postos pelos senhores constituiu o instrumento fundamental da política régia de sujeição do poder jurisdicional dos

ouvidores nas apelações crime era oficioso³² e a denegação pelos senhores das terras de apelação das suas sentenças ou das proferidas pelos seus oficiais devolvia o feito ao corregedor ou aos desembargadores, segundo a escolha do agravado.³³

Os senhores e os seus ouvidores não conheciam de agravos dos juizes das terras, subindo os agravos em matéria cível ao corregedor da comarca ou aos desembargadores dos agravos e os do crime ao corregedor da comarca ou ao corregedor da corte.³⁴ Os senhores também não conheciam das acções novas, nem dos delitos por via de querela ou devassa oficiosa.³⁵ Contudo, as doações concediam, por vezes, o direito de correição.³⁶ Usando o senhor de competências defesas ou não as tendo nas doações, era o respectivo acto de nenhum valor.³⁷

A vigência deste regime cessou, no que se reporta à concessão de poderes jurisdicionais, com a publicação da Lei de 19.7.1790, que revogou o § 53 do Título 58 do Livro I e o § 9, do Título 122 do Livro V das Ordenações. “Tendo em vista, que o uso, e exercicio práctico da Justiça, e os meios de ella se conseguir sejam iguaes e uniformes”, o monarca determinou a abolição de todas as isenções de correição, “sem embargo das Doações, e Concessões, que se acharem feitas, por mais claras, terminantes, e exuberantes que sejam as Clausulas, e Expressões com que se acharem concebidas”, e a extinção de todas as ouvidorias concedidas aos donatários, fossem elas apenas com direito de conhecimento das apelações dos juizes de primeira instância das terras compreendidas nas suas doações ou também com isenção de correição.³⁸

Com a cessação dos poderes jurisdicionais dos donatários de correição e de conhecimento dos recursos dos juizes das terras, por via da incorporação desses poderes no âmbito da jurisdição real, os ouvidores das honras e dos coutos senhoriais foram

senhores das terras, que teve, como se verá adiante no texto, o seu epílogo em 1790 (Verissimo Alvares da Silva, 1796: 65 a 70, e Lino Netto, 1898: XXVI e XXVII).

³² Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, § 49.

³³ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, § 28.

³⁴ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, § 48.

³⁵ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, § 50.

³⁶ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, §§ 8 e 10. O direito de correição dos senhores não obstava mesmo nestes casos ao sumo império do monarca e ao direito de syndicar os abusos dos senhores e dos seus ouvidores (João Pedro Ribeiro, 1792 b: 187, 214 e 225).

³⁷ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, §§ 55 e 56.

³⁸ Pouco tempo antes da publicação desta lei, Mello Freire concluiu o projecto do “Novo Código de Processo Público”, que correspondia ao livro II das Ordenações, e nele já se previa a revogação do direito de correição e a abolição da jurisdição criminal dos donatários, mantendo apenas a competência para conhecer em segunda instância das causas cíveis (Mello Freire, 1844: 174 e 434).

substituídos por corregedores, nos lugares das ouvidorias que pela sua extensão pudessem formar uma comarca, e por juizes de fora, nos lugares que não tivessem extensão para tanto,³⁹ devendo reger-se pelo Título 58 do Livro I das Ordenações Filipinas e não mais lhes sendo aplicável o disposto no Título 71 do Livro III das Ordenações Filipinas a propósito das apelações.⁴⁰

Deste modo, extinguiu-se também a competência dos senhores para conhecer das apelações, passando aquele recurso a ser interposto do juiz de fora ou do juiz ordinário para a Relação de Lisboa ou para a do Porto, conforme a que fosse territorialmente competente.⁴¹

3. O rei e a administração periférica da justiça criminal: os meirinhos, os corregedores e os juizes de fora

No reinado de D. Afonso IV o meirinho-mór da comarca deu lugar ao corregedor da comarca, que se diferenciava do anterior magistrado por várias ordens de razões: o novo magistrado já não era um fidalgo, mas era, em regra, um letrado, tinha

³⁹ Antes deste diploma, já a Lei de 10 de Janeiro de 1692 tinha devassado os coutos dos homiziados. Estes coutos, que eram distintos dos coutos senhoriais, constituíam um espaço excluído da jurisdição criminal régia. Os coutos dos homiziados foram instituídos pelos monarcas desde D. Diniz. Nestas terras, geralmente localizadas em zonas fronteiriças ou de difícil povoamento, obtinham refúgio todos os criminosos, com a exceção dos acusados por crime de traição ou aleivosia, não podendo ser perseguidos criminalmente nessas terras e sendo-lhes permitido sair do couto em certo período do ano. Os homiziados que cometessem crimes durante os dois meses que andassem livremente no reino perdiam o privilégio do couto. Alguns forais garantiam também asilo aos homiziados, mas esse asilo não se impunha às justiças do rei. A Lei de 10.1.1692 aboliu apenas os coutos de homiziados e não revogou as imunidades conferidas por outros direitos (João Pedro Ribeiro, 1792 a: 177 a 179, Mello Freire, 1844: 435, e Almeida e Sousa, 1828 b: 217). Caracterizando a imunidade oferecida pelos coutos de homiziados como uma causa de “extinção, no espaço, do procedimento criminal”, Eduardo Correia, 1977 a: 87 e 102.

⁴⁰ O Alvará de 7.1.1792 veio esclarecer que as ouvidorias e as isenções de correição estavam definitivamente extintas, apesar de não ter sido ainda concluída a nova demarcação das comarcas ordenada pela anterior lei de 1790, e que as causas pendentes nas ouvidorias deviam passar de imediato para as Relações competentes. Em 1793, havia vinte e três comarcas e ainda dezoito ouvidorias segundo informava Souza e Sampaio (1793: 190).

funções jurisdicionais e administrativas melhor definidas e, sobretudo, constituía uma magistratura permanente.⁴²

Nos vários regimentos que lhe foram dados fixaram-se múltiplas competências de polícia, de milícia, de fiscalização dos órgãos da administração pública local e jurisdicionais. Contudo, o monarca, munindo-se de cautelas para não ferir as susceptibilidades dos diferentes estados da nação, consagrou claramente o princípio da excepcionalidade da intervenção jurisdicional deste magistrado e, por isso, ordenou a este magistrado que não tomasse para si feito crime nem cível e que não conhecesse de qualquer apelação, nem de agravo de quaisquer sentenças definitivas.⁴³ Ao princípio consagrado, admitiam-se, no entanto, três importantes excepções.

A primeira era a do conhecimento em primeira instância, por acção nova ou por avocação, dos “feitos d’ Alcaide, ou de Juiz, ou dos que forem Vogados, ou Procuradores, ou Tabelliaes, ou doutros quaeesquer poderosos”,⁴⁴ bem como dos “feitos dos Fidalgos, e dos Abades, e Priores da sua Correição”.⁴⁵ A atribuição desta competência ocorria sempre que “os Juizes disserem, que nom podem por algua direita razom fazer direito, nem justiça delles, ou forem sospeitos”, com a ressalva dos feitos abrangidos pelo privilégio do foro eclesiástico.⁴⁶ A segunda excepção era a do

⁴¹ Mello Freire, 1967, n. 163: 111, 112, e n. 171: 140, e o seu anotador, Almeida e Souza, 1836: 48. A lei nova não prejudicou, contudo, a manutenção do privilégio dos juízes de primeira instância das terras dos donatários (Caetano Pereira, 1834 a: 23).

⁴² O meirinho-mór da comarca surgiu na sequência das reformas régias da administração do governo dos distritos, que tiveram lugar na segunda metade do século XIII e que determinaram a limitação da competência dos tenentes ao exercício de funções militares e a introdução destes novos magistrados régios com função jurisdicionais ao nível local (João Pedro Ribeiro, 1792 b: 212 e 213, Gama Barros, 1954: 129 e 141, e Marcello Caetano, 1981: 322).

⁴³ Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 23, §§ 5 a 7.

⁴⁴ Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 23, § 5.

⁴⁵ Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 23, § 7.

⁴⁶ A obediência filial do rei de Portugal à Igreja de Roma e a doutrina do direito canónico da imunidade dos clérigos e da Igreja da jurisdição secular constituíram os factores decisivos para o reconhecimento pelo monarca português do privilégio do foro eclesiástico, quer em matéria cível, quer em matéria criminal, tendo-se verificado uma mudança substancial da teoria da imunidade no final do Antigo Regime (Coelho da Rocha, 1861: 180 e 181, e Lopes Praça, 1881: 51 a 61). Nas causas crimes vigorava o foro privilegiado dos clérigos, com três excepções: a dos clérigos moradores na corte, a do crime de lesa-majestade e a dos cavaleiros das ordens militares que não tivessem tença ou comenda com renda bastante (Ordenações Filipinas, Livro II, Título 4, Título 12, § 2, Livro III, Título 2, § 6, Livro V, Título 1, § último, Título 88, § 16). Os clérigos que tinham o privilégio do foro eram os clérigos de ordens sacras e os de ordens menores beneficiados (Ordenações Filipinas, Livro II, Título 1, §§ 4 e 27). Estes clérigos deviam ser remetidos oficiosamente pelo juiz secular ao juiz eclesiástico, não precisando de usar a excepção declinatoria do foro, salvo se houvesse dúvida sobre se o clérigo tinha aquelas qualidades ou se as havia obtido depois do delito (Livro II, Título 1, § 21). Os clérigos minoristas simples não beneficiavam senão de um privilégio declinatorio nas causas crimes, pelo que podiam ser acusados e

conhecimento em recurso de agravo das decisões interlocutórias, cartas testemunháveis e petições de agravo dos juizes das terras da respectiva comarca e em recurso de apelação dos feitos que, atento o seu valor, não tinham mais de uma instância. Por fim, a última excepção era a da competência para devassar e pronunciar certos crimes mais graves e mandar reabrir processos criminais findos quando o livramento fosse por conluio ou falsa prova.

A nomeação de juizes de fora iniciou-se no reinado de D. Diniz,⁴⁷ mas foi a

juílgados perante a justiça secular se não declinassem essa jurisdição com a excepção declinatória. Só o clérigo minorista simples que andasse com hábito clerical e tonsura, bem como com uma carta de adicto a uma igreja ao tempo do crime e da prisão podia excepcionar a declinatória para o juízo eclesiástico. As disposições antinómicas das Ordenações suscitavam dúvidas sobre o âmbito do ónus da prova do clérigo minorista (Virissimo Alvares da Silva, 1780: 64 a 70, Borges Carneiro, 1826: 244 e 245, e Almeida e Sousa, 1828 b: 151). Discutia-se a situação dos clérigos que não tivessem superior ordinário no reino, como os bispos e os arcebispos, pois o recurso interposto para o Papa punha em causa a soberania do monarca (Ricardo Nogueira, 1786 b: 20 a 23, Souza e Sampaio, 1794: 4 e 5, Borges Carneiro, 1826: 245 e 248). Contudo, os crimes praticados pelos eclesiásticos podiam ainda ser punidos pela justiça secular quando os seus autores não fossem castigados pelos Bispos como por justiça o deviam fazer, actuando o monarca “não como Juiz, mas como seu Rei e Senhor, por os castigar, e evitar, que taes maleficios se não commettessem” (Ordenações Filipinas, Livro II, Título 3, na sequência já das Ordenações Manuelinas, Livro II, Título 2, e das Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 15, §§ 21 e 27). A doutrina não poupava a distinção legal. “Distinção sofistica, a que obrigava a recorrer a impossibilid. em q. se achavão de conciliar o systema q. seguião sobre o fundam. da imunid. pessoal dos Cler.os com a conservação do socego publico, perturbado m.tas vezes pelos delitos destas pessoas” era como caracterizava Ricardo Nogueira (1786 a: 147) a justificação teórica dada pelo legislador para a atribuição de competência à justiça secular. Borges Carneiro (1826: 249) informava que esta punição régia era muito praticada com os que perturbavam o sossego público e os que cometiam crimes mistos. Esta competência dos tribunais régios manteve-se como um meio de impedir os abusos da jurisdição eclesiástica (Marnoco e Souza, 1910 b: 337), tendo mesmo sido proposta por Mello Freire, no título XVII do “Código do Direito Publico”, a par da manutenção do privilégio do foro pessoal dos clérigos nas causas crimes comuns, a remessa obrigatória dos autos para a Relação, devendo nela ser julgados em segunda e última instância (1844: 54 a 63). Os tribunais eclesiásticos tinham também competência em relação a determinados crimes cometidos por leigos e, designadamente, os cometidos contra eclesiásticos (Ordenações Filipinas, Livro II, Título 1, § 5, Título 9, § 3) e os crimes de foro misto (Mello Freire, 1966 b: n. 161, p. 170 e 187, e Borges Carneiro, 1826: 237 e 238). Os crimes de foro misto incluíam o adultério público, a bigamia, o lenocínio, o incesto, o perjúrio, o sacrilégio, a blasfémia, a simonia, a usura e a tavolagem (Ordenações Filipinas, Livro II, Título 9), sendo neles a jurisdição determinada pelo princípio da prevenção resultante da citação, da prisão ou da denúncia. Para a análise dos diferentes casos, Ricardo Nogueira, 1786 b: 188 a 197, e Caetano Pereira, 1820: 3. Também relativamente ao conhecimento destes crimes, afirmava Mello Freire (1966 b: n. 161, p. 187) que os juizes eclesiásticos só podiam aplicar as penas canónicas, cabendo aos juizes seculares as penas civis. A tese defendida nas lições de que “a doutrina das causas mistas, que emanou dos preconceitos dos Decretalistas, e tantos e tamanhos males e perturbações ocasionou, fosse um dia banida por lei pública” foi reafirmada pelo autor no projecto de um “Código do Direito Público”, que previa a abolição do foro misto (1844: 63 e 238). Ao invés, Almeida e Sousa (1828 b: 190) advogava a manutenção do foro misto, com a restrição de que o eclesiástico só deveria condenar com as penas canónicas. No entanto, Almeida e Sousa (1828 b: 28) informava que a prática, mesmo depois da Lei de 18.8.1769, era a de que os tribunais eclesiásticos puniam os delitos mistos com penas temporais.

⁴⁷ Paulo Merêa, 1929: 500. A doutrina disputou longamente sobre a origem dos juizes de fora. A opinião comum era a de Damião de Goes e João Pinto Ribeiro (1729: 31 e 49), que atribuía a D. Manuel a instituição destes magistrados com jurisdição ordinária, sendo as nomeações verificadas em reinados anteriores de magistrados com jurisdição extraordinária e temporária. Ao invés, Anastasio de Figueiredo

Lei de 21 de Março de 1349 que mandou nomear para os concelhos “juizes de fora parte”. Numa época em que grassava o mal da peste e em que se reacendiam as polémicas entre as jurisdições régia e eclesiástica sobre a competência para conhecer da abertura e execução dos testamentos, o rei providenciou com esta medida pela apresentação e execução dos testamentos a juizes por si postos. Contudo, esta ocasião foi de igual modo aproveitada pelo poder régio para intervir directamente na administração da justiça local em todos aqueles lugares e julgados em que “os juizes naturais da terra, de direito e razão hão muitos azos para não fazerem cumpridamente justiça”.

D. João I determinou que, quando a alguma terra ou lugar fosse enviado um juiz de fora, “os Juizes Hordenairos cessam, e nom deve hi aver outro, salvo aquelle que por Nós he enviado, e elle deve tomar conhecimento de todallas cousas, e feitos, de que tomavam conhecimento os hordenairos”.⁴⁸ A competência dos juizes de fora era, pois, idêntica à dos juizes ordinários, tendo o monarca vedado expressamente a competência simultânea ou concorrential destes seus juizes com os juizes locais numa mesma terra. O monarca atribuiu também a estes novos magistrados régios o conhecimento dos feitos crimes dos fidalgos ⁴⁹ e, mais tarde, o poder de concessão da ajuda do braço secular às decisões dos tribunais eclesiásticos,⁵⁰ sendo estas competências novas exercidas em concorrência com o corregedor da comarca.⁵¹ Quer este magistrado quer o juiz de fora

(1792 a: 32 e 43 a 45) e, depois dele, Fortunato de Almeida (1922: 407), atribuíram a D. Afonso IV as nomeações dos primeiros juizes de fora com competência ordinária, considerando que D. Manuel só aumentara o seu número e revira o modo de pagamento dos seus salários.

⁴⁸ Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 25.

⁴⁹ Ordenações Afonsinas, Livro I, Título 25, §§ 2, 3 e 13.

⁵⁰ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 8, § 1, na sequência do § 2 da Lei de 2.3.1568.

⁵¹ Após a conclusão do concílio de Trento, o regente português, Cardeal D. Henrique, promulgou as provisões de 12 de Setembro de 1564 e de 24 de Novembro do mesmo ano, que recebiam os decretos conciliares e regulavam a concessão da ajuda do braço secular para aplicação das sanções eclesiásticas aos barregueiros, amancebados e mancebas dos clérigos, atribuindo a competência para decidir dessa concessão ao corregedor da comarca com o acordo do juiz de fora. Informa Ricardo Nogueira (1786 b: 155) que “a aceitação indistinta” que tiveram os decretos conciliares pela lei de 1564 “fez que os Ecl.os entrassem a executar no foro externo as suas sent.as sem implorarem o auxilio do braço secular. A esta innovação e ás desordens que ella deve necessariamente causar no Estado acodio D. Sebast. com a cit. L. de 2 de M.ço de 1568”. Com efeito, D. Sebastião promulgou esta lei de 1568 com o propósito expresso de “atalhar alguns inconvenientes que se podiam seguir de os dictos Prelados, por sua auctoridade e de seus Ministros, fazerem a dicta execução”. O monarca determinou a ampliação da concessão da ajuda do braço secular a todos os casos da competência dos juizes eclesiásticos, bem como aos casos de foro misto, atribuindo a competência para decidir da concessão ao corregedor da comarca ou, na ausência deste, ao juiz de fora. O diploma admitia também, no seu parágrafo sexto, os juizes eclesiásticos a provar o “costume e posse immemorial, que não fosse contradita per seus officiaes, e fosse consentida pelos Reis seus antecessores” do direito de execução das suas sentenças proferidas sobre crimes de foro misto ou

iriam manter-se até ao final do Antigo Regime.⁵²

4. O rei e a administração central da justiça criminal: a institucionalização dos tribunais superiores e a sedimentação do processo penal comum

sobre feitos cíveis. Contudo, um ano depois, nova provisão do mesmo monarca, datada de 19.3.1569, veio introduzir uma alteração radical do sistema de execução das sentenças dos juizes eclesiásticos, que foi atribuída ao fervor religioso do monarca (Marcello Caetano, 1965: 21). No novo diploma legal, o rei conferiu aos juizes eclesiásticos a mais ampla competência para executar as sentenças proferidas em feitos da sua competência exclusiva ou em feitos de foro misto contra leigos, podendo os prelados encarcerar os leigos em certos casos e devendo as justiças seculares prestar a ajuda necessária, sem que pudessem verificar a regularidade do procedimento nos tribunais eclesiásticos. A provisão de 1569 foi confirmada pelo § 12 da provisão de 18 de Março de 1578, mas não foi incorporada nas Ordenações Filipinas e deixou de vigorar segundo a lei introdutória destas Ordenações. Os Títulos 8 e 9 do Livro II das Ordenações Filipinas recolheram a doutrina do diploma de 1568, constituindo a faculdade de os Bispos encarcerarem os leigos, prevista no § 13, do Título 1 do Livro II e recolhida da provisão de 1569, uma das frequentes antinomias em que incorreram os compiladores filipistas. A doutrina resolvia a antinomia, considerando que o § 13 regulamentava apenas a prisão do leigo antes da decisão final do juiz eclesiástico e que o caso da prisão de um leigo depois da sentença final do juiz eclesiástico era omissis e, portanto, devia ser incluído no regime geral estabelecido nos Títulos 8 e 9, isto é, dependia da ajuda do braço secular (Mendes de Castro, 1725: 291, Mello Freire, 1966 a: n. 155, p. 91, 1966 b: n. 161, pp. 192 a 194, e 1968: n. 175, p. 46, Ribeiro dos Santos, 1844: 87 e 88 (notas ao título III), Souza e Sampaio, 1793: 126 e 127, e 1794: 13, 33 e 40, Borges Carneiro, 1826: 216 e 239, Almeida e Sousa, 1828 a: 27, 191 a 196, Bernardino Carneiro, 1896: 433, e Marnoco e Souza, 1909: 43, 112 e 113, e 1910 b: 338, mas defendendo a recepção plena do concílio, Cândido Mendes de Almeida, 1866 a: CCXXII a CCXXXVIII, CCCLXVII a CCCLXXII). O processo consistia em um pedido de auxílio dirigido por carta precatória ao juízo competente. A ajuda dependia da verificação pelo juiz secular da competência do juiz eclesiástico do reino (Ordenações Filipinas, Livro II, Título 8, § 6), do esgotamento dos meios de recurso contra a decisão eclesiástica, da regularidade dos autos e mesmo da injustiça notória da decisão (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 6, § 19). O processo era decidido depois da audiência das partes, tendo o condenado o direito de vista diante do juiz secular para se opor, querendo, à concessão da ajuda. Da decisão do juiz secular cabia recurso e a proibição de apelação e agravo do § 3 do Título 8 do Livro II das Ordenações Filipinas valia apenas para a fase de execução da sentença eclesiástica em relação à qual a decisão de concessão de ajuda do braço secular já tinha transitado (Souza e Sampaio, 1794: 34. Caetano Gomes, 1820: 271, Borges Carneiro, 1826: 218, e Bernardino Carneiro, 1896: 433 e 434). Ricardo Nogueira (1786 b: 72, 164 e 165) informava, no entanto, que a praxe do seu tempo, que o autor considerava “abusiva”, era a de que os Bispos mandavam executar pelos seus oficiais as suas sentenças.

⁵² Ordenações Manuelinas, Livro I, Título 39, § 6, e Ordenações Filipinas, Livro I, Título 58, §§ 22 e 23, e Fortunato de Almeida, 1925: 339, e 1927: 239. O âmbito da competência do corregedor para conhecer por acção nova ou avocar causas em terras em que houvesse juiz de fora ou juiz ordinário era discutido, tendo-se firmado o entendimento de que esta competência só se verificava quando o juiz de fora fosse suspeito, ainda que as partes fossem poderosas, ou ele estivesse ausente (Almeida e Sousa, 1849: 15 e 16). Por outro lado, só os crimes graves ou cometidos por poderosos podiam ser propostos perante o corregedor ou por ele avocados ao juiz ordinário (Almeida e Sousa, 1849: 36 e 37).

Em 27 de Julho de 1582, Filipe I extinguiu a Casa do Cível de Lisboa e criou a Casa da Relação do Porto, realizando as pretensões das populações do norte do país e pondo fim “á oppressão que os moradores das ditas comarcas recebem em virem as ditas casas (da Suplicação e do Cível) com suas appellações, e agravos, e muitas vezes por casos tam leves, e tam pequenas contias, que importam menos, que a despesa que nisso fazem”.⁵³ O monarca determinou também, na mesma data, que a Casa da Suplicação se fixasse em Lisboa e não andasse mais com a corte, como até então, “pela muita oppressão que por essa causa recebiam as partes, que na dita casa tinham negocio, e pella muita despesa que o Regedor, Desembargadores, e mais Officiaes faziam nas mudanças della, e inquietação que recebiam, os quaes per melhor fazerem suas obrigações, convem estarem quietos, e dasseto em hum lugar”.⁵⁴

A Casa da Suplicação era constituída por um chanceler, dez desembargadores dos agravos e das apelações, quinze desembargadores extravagantes, dois corregedores do crime da corte,⁵⁵ dois corregedores das causas cíveis da corte, dois juizes dos feitos da coroa e fazenda, quatro ouvidores das apelações de casos crimes e um juiz da chancelaria.⁵⁶ A Casa do Porto tinha uma composição semelhante, mas um número

⁵³ A primeira relação fez-se na Casa do Porto a 4.1.1583, tendo o monarca nomeado governador do novo tribunal o último governador da Casa do Cível, razão pela qual se afirma comumente que a Casa do Cível foi transferida, embora com um nova organização, para a cidade do Porto (Anastasio de Figueiredo, 1790: 202 a 207, Magalhães e Silva, 1902: 41, e Fortunato de Almeida, 1927: 241 e 242). As Ordenações Filipinas consagraram definitivamente a Casa da Relação do Porto (Livro I, Título 35).

⁵⁴ O § 25 do Título I das Ordenações Filipinas confirmaria a fixação da Casa da Suplicação em Lisboa, “onde temos ordenado que a Casa sempre resida”.

⁵⁵ Estes magistrados tinham competência para julgar em primeira instância certas causas privilegiadas em razão das pessoas, do lugar e da natureza dos delitos. Em razão das pessoas, conheciam dos crimes dos cortesãos e dos procuradores e escrivães da Casa da Suplicação, em razão do lugar conheciam dos crimes cometidos onde o rei estivesse e em cinco léguas em redor e em razão da natureza dos crimes conheciam de certos crimes mais graves cometidos no distrito da Casa da Suplicação e, designadamente, os referidos no § 8 do Título 7 do Livro I das Ordenações. Cada corregedor conhecia por si só destas causas e nos crimes mais graves com adjuntos. Este magistrado tinha também competência para conhecer com adjuntos dos agravos crimes vindos do distrito da Suplicação, incluindo os agravos interpostos dos juizes do crime da cidade de Lisboa, bem como das apelações de certos crimes determinados por legislação extravagante, tais como o crime de jogos proibidos e o de uso de armas curtas (Gouvêa Pinto, 1820: 241 a 243). A competência do corregedor da corte podia ainda ser alargada às causas crimes em que fossem réus fidalgos e viúvas, se estes escolhessem como foro a corte, aplicando-se deste modo nas causas crimes o privilégio da escolha do juiz da corte pelos fidalgos e viúvas nas causas cíveis, previsto no § 5, do Título 5 do Livro III das Ordenações (Melchior Febo, 1713 a: 346, e 1713 b: 482).

⁵⁶ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 5. Os magistrados dos tribunais superiores exerciam as suas funções a título vitalício, ao invés dos juizes de fora e dos corregedores, sendo todos escolhidos pelo monarca. O processo de selecção para estes cargos estava subordinado a vários requisitos de idade, sexo, naturalidade, condição social e patrimonial, habilitação científica, antiguidade e experiência, devendo a

menor de magistrados.⁵⁷

Nestes tribunais superiores eram julgados os crimes capitais em primeira instância, sendo despachados por seis juizes, com mais dois se necessário para que a decisão se vencesse por quatro votos conformes, e as apelações interpostas das decisões dos juizes ordinários e dos juizes de fora nas causas relativas a crimes que não fossem puníveis com pena capital.⁵⁸

A Casa da Suplicação conhecia das apelações e agravos interpostos, quer em causas crimes quer em causas cíveis, dos juizes das províncias da Estremadura, Alentejo, Algarve, da comarca de Castelo Branco e ainda das ilhas adjacentes,⁵⁹ dos agravos ordinários interpostos de certos juizes de superior graduação e ainda dos agravos interpostos em matéria cível da Casa do Porto.

A nova Relação do Porto tinha competência para decidir definitivamente as

escolha fazer-se entre as pessoas mais dignas, o que constituía um “limite ético, embora impreciso do ponto de vista jurídico, do direito real de proceder à nomeação dos juizes” (António Barbas Homem, 1998 b: 83, 89 a 102, 120 a 123, 471). Por outro lado, a nomeação vitalícia não obstava ao poder do monarca de livre demissão dos magistrados judiciais sempre que “Nós soubermos, e nos certificarmos em nossa consciencia, que alguns dos ditos Officiaes nos servem mal, e fazem o que não devem” (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 99). A demissão fundada em decisão tomada *ex informata conscientia* era justificada pelo próprio monarca com a circunstância de que “às vezes não há provas tão claras, porém há quanto basta para sermos certo, que somos delles mal servido, e elles errarem nos ditos Officios, de maneira que será mais serviço de Deos e nosso serem-lhes tirados, que deixal-os star nelles” (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 99). Não procedendo o monarca deste modo, podia ter lugar procedimento judicial contra os magistrados por erros de officio, sendo o juiz arguido suspenso quando o libelo fosse recebido e até “elle ser livre e achado por sem culpa do maleficio” (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 100). Agravando ainda mais esta situação de dependência dos magistrados judiciais, sucederam-se já no final do Antigo Regime múltiplos episódios de intervenção directa do monarca na administração da justiça, designadamente, declarando erróneas e nulas opiniões de magistrados e ordenando-lhes mesmo a condenação em determinado sentido (António Barbas Homem, 1998 b: 415 a 418).

⁵⁷ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 36, §3. António Hespanha (1994: 230 a 236) procedeu a uma apreciação quantitativa da prática destes dois tribunais superiores na primeira metade do século XVII, concluindo pela homogeneidade das práticas destes dois tribunais, com os recursos cíveis apresentando valores um pouco mais elevados do que os dos recursos nos feitos crimes, os quais se dividiam quase igualmente entre apelações e agravos. O Autor, reportando-se ainda ao referido período, concluiu também que cerca de 1/3 do movimento dos tribunais de primeira instância atingiria os tribunais superiores, embora esta altíssima taxa de recurso se restringisse aos tribunais onde se praticava um processo escrito.

⁵⁸ Ordenações Filipinas, Livro I, Títulos 11 e 41, e Livro III, Título 68, § 8. O regedor escolhia os juizes que “bem lhe parecer” para formar o tribunal (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 1, §§ 6 e 35). Por estilo das Relações, quando algum dos juizes votasse pela pena de cortamento de membro, de açoites ou de degredo por mais de cinco anos também tinha lugar o julgamento por seis juizes (Melchior Febo, 1713 a: 356, e Martins da Costa, 1745: 191).

⁵⁹ No final do Antigo Regime, o legislador criou duas Juntas, uma no Algarve e outra nos Açores, com competência para julgar definitivamente as apelações nos feitos crimes, não sendo os réus eclesiásticos nem militares. Os Alvarás de 15.5.1790 e de 15.11.1810, que instituíram aquelas Juntas, não só facilitaram o processamento destes processos como aliviaram a sobrecarga de trabalho dos ouvidores do crime da Casa da Suplicação.

apelações e os agravos das decisões crimes proferidas pelos juizes nas províncias de Trás-os-Montes, Entre-Douro e Minho e Beira, com excepção da comarca de Castelo Branco.

A lei regulamentava a estrutura da forma de processo ordinário, distinguindo uma fase preparatória, que podia ser aberta por uma querela ou por uma devassa, e uma fase de julgamento, que era aberta por uma acusação.

A forma de processo ordinário com base na querela estava prevista no Título 117 do Livro V das Ordenações Filipinas e consistia na apresentação da querela, na prestação de juramento de calúnia ou, no caso em que o quereloso não era o ofendido, de caução e na inquirição antes da citação do réu das testemunhas arroladas pelo quereloso.⁶⁰

A forma de processo ordinário com base na devassa estava prevista no Título 65 do Livro I das Ordenações Filipinas e consistia na investigação oficiosa de um crime cujo cometimento era certo, mas cujo autor era incerto, que se designava por devassa especial, ou mesmo na investigação da actividade de certas pessoas, sem o conhecimento prévio da verificação de qualquer crime, denominada como devassa geral. A lei proibia as devassas gerais, com a excepção da investigação sobre a prática de certos crimes graves e, designadamente, de crimes relacionados com o mau exercício dos officios da justiça. As devassas especiais também só eram admitidas na investigação de certos crimes fixados pela lei.⁶¹

Esta forma de processo assentava, em regra, na delação, mesmo secreta, do crime sem intenção de acusar pelo denunciante, que não era, por isso, obrigado a prestar caução nem a arrolar testemunhas.⁶² Após a delação, o juiz procedia à formação do corpo de delicto.⁶³

Findo o sumário da querela ou a devassa, o juiz proferia a pronúncia, em que se formava a culpa e se determinava a prisão do réu.⁶⁴ A prolação da pronúncia ou de

⁶⁰ Esta forma de processo ordinário teve a sua origem no costume e na lei nacionais, ao invés da forma de processo fundada na devassa, que teve a sua origem no processo canónico (Mello Freire, 1966 a: n. 156, p. 92, e Caetano Pereira, 1820: 20 e 34).

⁶¹ Sobre os casos de devassas gerais admitidas no direito nacional, Mateus Leitão, 1745: 233 a 238, e sobre os de devassas especiais, Mateus Leitão, 1745: 249 a 272.

⁶² Este era um aspecto do direito vigente que Mello Freire (1966 a: n. 156, pp. 101 a 103) criticava abertamente, restringindo a admissibilidade das denúncias ocultas.

⁶³ Ordenações Filipinas, Livro III, Título 62, § 1.

⁶⁴ Ordenações Filipinas, Livro V, Título 117 e 119, § 12.

não pronúncia cabia sempre ao juiz da culpa, mesmo nos processos julgados na Relação pelos corregedores. Nestes processos, o promotor da justiça das Casas da Suplicação e do Porto devia formar libelo contra o réu pronunciado quando não houvesse parte ou quando esta fosse lançada da acusação e se tivesse tomado o feito por parte da justiça.⁶⁵ Em nenhum outro tribunal do país havia promotor, sendo no resto do país o libelo dado pelo escrivão, que para o efeito oferecia o auto da queixa como libelo,⁶⁶ e promovendo o próprio juiz os termos da acusação na fase de julgamento.⁶⁷

Da pronúncia do juiz da culpa ou, quando o processo tivesse sido remetido ao tribunal superior, do despacho de sustentação da pronúncia proferido pelo corregedor do crime da corte, competia o agravo de injusta pronúncia.⁶⁸ No caso de agravo da decisão deste corregedor o recurso subia para a mesa dos agravos.⁶⁹

Concluída a fase preparatória do processo, com a confirmação da pronúncia, seguia-se a fase de julgamento. Esta fase assentava na dedução de uma acusação,⁷⁰ seguindo-se-lhe, de acordo com a ordem do processo prevista no Título 124 do Livro V das Ordenações Filipinas,⁷¹ os articulados,⁷² a produção da prova, a vista das provas

⁶⁵ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 15.

⁶⁶ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 15, § 6, e Livro V, Título 124, § 6. Com base nesta disposição e em outras anteriores, concluía Ferrão Mártens que a instituição do Ministério Público em Portugal não foi “criação de origem francesa” (1871: 300), desprezando esta conclusão, contudo, as características essenciais da estrutura moderna do Ministério Público, como adiante se verá melhor.

⁶⁷ Esta duplicidade do juiz, que desempenhava simultaneamente o papel de julgador e de acusador, colocava -o em uma situação psicológica insustentável e comprometia definitivamente a sua imparcialidade, constituindo a percepção da insustentabilidade da situação psicológica do juiz a base da crítica radical da doutrina ao processo do Antigo Regime (Eberhard Schmidt, 1947: 299, e 1964: 78 e 197, Wilfried Küper, 1967: 112 a 116, e Heinrich Henkel, 1968: 94).

⁶⁸ Era a prática consagrada pelo Assento do Tribunal da Relação do Porto de 9.3.1758 (Cândido Mendes de Almeida, 1869: 246). Em caso de pronúncia ou de não pronúncia o juiz devia apelar de ofício para o tribunal superior sempre que o réu estivesse preso (Ordenações Filipinas, Livro V, Título 122, § 4, Jorge de Cabêdo, 1602: 32 dos *aresta senatus*, Melchior Febo, 1713 a: 358, Gouvêa Pinto, 1820: 57, e Caetano Pereira, 1820: 202).

⁶⁹ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 7, § 18.

⁷⁰ Não se admitia a dedução de acusação sem prévia querela, salvo nos crimes particulares em que não fosse necessária querela e nos crimes públicos puníveis apenas com pena pecuniária. Nestes casos o processo iniciava-se com a dedução da acusação (Caetano Pereira, 1820: 99).

⁷¹ O Título 4 do Livro V das Ordenações Afonsinas e o Título 1 do Livro V das Manuelinas, bem como as leis de D. João III, de 5.7.1520 e 14.8.1529, que antecederam a ordenação do Título 124, tiveram a sua origem no processo acusatório romano (Mello Freire, 1966 a: n. 156, p. 92, e Caetano Pereira, 1820: 100).

⁷² Os articulados eram o libelo acusatório, a contrariedade, a réplica e a tréplica, não sendo admitidos quaisquer outros nem nas causas cíveis nem nas crimes, nos termos do § 27 do Título 20 do Livro III. A previsão no § 7 do mesmo Título 20 da apresentação de artigos cumulativos posteriores ao libelo, que já tinham sido abolidos pela Lei de 28.1.1578, foi uma das muitas antinomias das ordenações filipinas identificadas por Virissimo Álvares da Silva (1780: 127 a 130).

para alegações escritas, a repergunta facultativa das testemunhas pelo juiz ⁷³ e a prolação da sentença. ⁷⁴

A prova produzida no sumário da querela ou na devassa devia ser de novo produzida com citação do réu para ver jurar as testemunhas ⁷⁵ ou por ele ratificada no termo para contrariar, admitindo a lei duas exceções à obrigação de fazer as testemunhas judiciais: as testemunhas que estivessem fora do reino e as que tivessem entretanto falecido. ⁷⁶

Toda a prova no processo ordinário era produzida em audiência secreta. Se no processo civil o conteúdo das inquirições permanecia em segredo, conhecendo as partes apenas os nomes das testemunhas e os respectivos depoimentos até aos costumes, nos termos do § 4, do Título 62, do Livro III das Ordenações Filipinas, a prática recusava a aplicação desta disposição no processo penal, impondo como condição da abertura das

⁷³ Esta faculdade do juiz decorria do disposto pelo § 7, do Título 124, do Livro V das Ordenações Filipinas (Mello Freire, 1966 a: n. 156, p. 88, e Caetano Pereira, 1820: 176)

⁷⁴ Mello Freire (1966 a: n. 156, pp. 128 e 144) admitia a produção de prova pela defesa e pela acusação até à sentença, uma vez que nas causas crimes os termos probatórios não eram peremptórios. Diferentemente, Costa Franco (1765: 34) e Caetano Pereira (1820: 180) só admitiam a produção de prova pela defesa.

⁷⁵ Ordenações Filipinas, Livro III, Título 62, § 1. A repergunta era feita “como de novo, pondo tudo *ad extensum*, como se nunca fossem examinadas, ou perguntadas”, devendo as testemunhas prestar de novo juramento. Variando no seu depoimento as testemunhas podiam ser punidas como falsárias (Manoel Lopes Ferreira, 1767: 329 e 330). Esta doutrina não era uniforme, entendendo Mateus Leitão que as testemunhas eram livres de depor diferentemente na repergunta, devendo mesmo o “Juiz cauteloso advertir e informar as testemunhas, que são repetidas para que declarem a verdade sem medo de contradição, porque se deve permanecer na segunda declaração, sem fazer referência à primeira” (Mateus Leitão, 1745: 335). Manoel Lopes Ferreira (1767: 331) informava, também, que não se praticava a confrontação do réu com as testemunhas, depondo estas sobre os ditos daquele, ao invés do que se fazia em outras nações.

⁷⁶ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 24, § 20, e Livro III, Título 16, § 1, e Título 32, § 1, e Lei de 6.12.1612, § 18. Embora a lei de 1612 só mencionasse as testemunhas ouvidas nas devassas, a doutrina sempre considerou que os depoimentos das testemunhas ouvidas nos sumários das querelas também estavam sujeitos a este regime (Tomé Valasco, 1677: 84, e Vanguerve Cabral, 1757: 160 e 161). Discutia-se se o réu podia ser notificado para fazer as testemunhas judiciais na pessoa do seu procurador, fazendo a doutrina várias distinções (Melchior Febo, 1713 b: 501 e 502). A prática era, contudo, muito deficiente, censurando-a Mateus Leitão nestes termos veementes: “quase sempre os Réus costumam considerar como judiciais as declarações das testemunhas, sem que se repitam, sabendo que as testemunhas quase sempre confirmam a primeira declaração; todavia, alguns Juizes, não observando esta norma, obrigam prepotentemente os Réus a fazer o termo de Judiciaes, como dizem, e alguns declaram desastrosamente, mesmo quando não precedeu a cominação, que eles próprios têm as testemunhas como judiciais” (Mateus Leitão, 1745: 335). Mello Freire (1966 a: n. 156, pp. 108 e 130) ensinava que o depoimento das testemunhas tornadas judiciais pelo réu não fazia prova perfeita nos crimes mais graves e só valia nos crimes mais leves, puníveis com pena de multa, ficando mesmo então ressalvado o direito de o réu rejeitar essas testemunhas. Além disso, as testemunhas mortas e ausentes também não faziam fé nas causas crimes, mas apenas nas causas cíveis. Também Caetano Pereira (1820: 156) afastava o termo das judiciais nos crimes capitais e infamantes. No seu “Plano de Melhoramento”, Caetano Pereira previa a leitura de

inquirições que os réus estivessem presos, afiançados ou sob fiéis carcereiros.⁷⁷

A prova era registrada por escrito e produzida, em regra, diante de um “enqueredor” e não do juiz da culpa, com a exceção de certos crimes graves.⁷⁸ Nos processos pendentes nos tribunais superiores, os corregedores do crime na corte cometiam, em regra, aos juizes criminais dos bairros a inquirição das testemunhas.⁷⁹

Deste modo, a percepção dos meios de prova era, em regra, adquirida pelo

todo o sumário ao réu, para que ele pudesse conhecer as provas em que se fundamentava a acusação (Caetano Pereira, 1820: 250).

⁷⁷ Jorge de Cabêdo, 1602: 44 e 45 dos *aresta senatus*, Melchior Febo, 1713 b: 486, Vanguerve Cabral, 1757: 41, Caetano Pereira, 1820: 177, e Mello Freire, 1966 a: n. 156, p. 145. No caso do réu que tivesse carta de seguro, a ordenação do § 5 do Título 124 do Livro V mandava que a vista para arrazoar fosse feita com as inquirições cerradas, o que a doutrina restringia às cartas de seguro negativas, por o receio da fuga não se justificar em relação aos réus com cartas confessativas (Mateus Leitão, 1745: 208). A jurisprudência da Casa da Suplicação era, no entanto, a de se prender o que se livrasse seguro, principalmente em delitos graves, para segurança da pena, mas já não se o réu estivesse afiançado, mesmo que se tivesse ausentado para fora do país na pendência do processo (Melchior Febo, 1713 a: 357, e 1713 b: 477, e Martins da Costa, 1745: 211). A doutrina defendia uma posição muito favorável à liberdade do réu, nos termos da qual o réu seguro só devia ser preso nos feitos conclusos a final em que se achasse culpa (Melchior Febo, 1713 b: 498, e Mateus Leitão, 1745: 141 a 145), desaprovando deste modo “a prática segundo a qual alguns Juizes, no tempo de proferir a definitiva, ou no tempo da recepção da contrariedade, enviam imediatamente os Seguros para o cárcere, antes de examinarem os autos e deliberarem se o Seguro está em causa de absolvição ou de condenação” (Mateus Leitão, 1745: 141). A regra formulada pela doutrina era limitada, por força do § 4 da Lei de 6.12.1612, nas cartas de seguro negativas, em que os réus deviam ser encarcerados logo no momento do recebimento da contrariedade, se os delitos se encontrassem então provados para se lhes impor uma pena, mesmo arbitrária (Mateus Leitão, 1745: 149 a 151). Esta regra era ainda limitada, nos termos do § 3 da mesma lei de 1612, nas cartas confessativas, em que os réus deviam ser encarcerados logo no momento do recebimento da contrariedade se parecesse então ao juiz que a devassa lhes denega de forma clara a defesa alegada (Mateus Leitão, 1745: 153). A conclusão era a de que o princípio favorável das Ordenações se restringia depois de 1612 às cartas de seguros confessativas em caso de homicídio e às cartas de seguro negativas coarctadas, isto é, às cartas cuja concessão dependia da prévia verificação dos autos da inquirição pelo juiz, vigorando os novos princípios nas cartas confessativas ordinárias e nas cartas negativas cuja concessão não dependia daquela verificação (Mateus Leitão, 1745: 137, 138, 154 e 157). O réu que apresentasse novas testemunhas depois de abertas as inquirições tinha de jurar, nos termos análogos aos do § 3, do Título 63 do Livro III das Ordenações, que não tinha visto as inquirições por si nem por seu procurador (Melchior Febo, 1713 b: 457).

⁷⁸ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 86, §§ 1 e 3. O registo da prova por estes inquiridores era muito deficiente, pois “nem eles entendião o que perguntavão, nem dictavão aos Escrivaens o que a Testemunha respondia”, com a consequência de que os juizes julgavam por “depoimentos, que em vez de serem dictos de Testemunhas, erão composição d’ Inquiridores” (Ferreira Borges, 1826: 7 e 8). A doutrina alargava por isso o número das excepções em que a diligência era conduzida pelo juiz aos crimes de furto e de adultério (Manoel Lopes Ferreira, 1767: 339).

⁷⁹ Cândido Mendes de Almeida, 1870: 645. De acordo com a praxe, quando a causa fosse julgada por seis juizes, deviam também ser seis os juizes a mandar vir a testemunha à corte e não apenas o corregedor (Martins da Costa, 1745: 204). Em 1828, Borges Carneiro dava conta da raridade da diligência de inquirição de testemunhas na Relação, pois não havia dinheiro para lhes pagar as deslocções (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, p. 659). Por outro lado, as remessas dos réus para a Relação eram censuradas pela doutrina, que as consideravam como “muito prejudiciais á boa administração da Justiça, tanto a respeito dos culpados, como dos accusadores; porque a uns e a outros se difficultão os meios de conseguirem as provas necessarias; além do gravissimo incommodo que soffrem os Réos nas

jugador por interposta pessoa, mesmo nos processos julgados no Tribunal da Relação. O valor da imediação só era tido em conta na estrita medida em que se impunha ao “enqueredor” que registasse todas as reacções da testemunha durante o seu depoimento e o juiz podia, querendo, interrogar pessoalmente as testemunhas já ouvidas.⁸⁰

Por outro lado, a imparcialidade do tribunal era prejudicada não só pela faculdade de o julgador condenar por factos não constantes do libelo acusatório,⁸¹ como pela concentração na pessoa do mesmo magistrado de poderes de instrução e pronúncia do réu e de julgamento. Se nos processos por crimes graves o magistrado que dava a pronúncia ou a confirmava intervinha no julgamento, podendo influenciar os restantes membros do colectivo através da relação que lhes fazia do feito, nos restantes processos julgados pelo juiz ordinário e pelo juiz de fora o perigo da parcialidade do tribunal era ainda maior, pois o mesmo magistrado que dava a pronúncia proferia a decisão final.⁸² Para prevenir este perigo a lei previa duas garantias fundamentais da defesa: o dever de fundamentação da decisão⁸³ e, nos processos julgados na Relação, o recebimento da contrariedade por acórdão de seis juizes à vista da instrução e não apenas pelo corregedor.⁸⁴

conduções; a inquietação que fazem aos Povos, e despezas aos Concelhos, a que acresce o mal que resulta da acumulação de individuos nas Cadéas das relações” (Manoel Salvador, 1821: 8 e 9).

⁸⁰ Daí que uma das pretensões mais instantes da doutrina no final de Antigo Regime fosse a de que as inquirições no tribunal de primeira instância deveriam ser feitas apenas pelo juiz que instrua a culpa e no Tribunal da Relação pelo relator (Manuel Salvador, 1821: 48). Cinco anos depois, José Ferreira Borges insistiria de novo nesta questão, como se verá adiante.

⁸¹ A doutrina e a prática consideravam que o processo penal se regia por um princípio inverso ao consagrado no § 1 do Título 66 e no Título 63 do Livro III das Ordenações Filipinas para o processo civil (Costa Franco, 1765: 50, Manoel Lopes Ferreira, 1767: 430, Cardoso Soeiro, 1788: 50, e Caetano Pereira, 1820: 184).

⁸² Na sessão de 30.11.1821 das Cortes constituintes, o deputado Brito traçou um retrato do modo como estes processos eram julgados: por um lado, “as partes não allegão sua defeza com plena liberdade, temendo desagradar a quem as há de julgar” e, por outro, “o juiz ganha prevenções, ou a favor, ou contra alguma das partes conforme estas lisongeão, ou offendem o seu amor proprio” e “não adianta a conclusão dos processos, quando isso não toma interesse, ou por onerado de trabalho, ou porque receia comprometter-se com alguma pessoa poderosa, empenhada na decisão, e se o juiz toma nisso interesse, então precipita os trabalhos, e suffoca as partes com demasiada acceleração”, tudo razões que levavam o deputado a concluir que “a instrução de um processo, e sua decisão são duas attribuições, que indevidamente as nossas leis tem accumulado no mesmo juiz contra a pratica das nações cultas”. Para evitar este vício fundamental do direito do Antigo Regime o deputado Brito propunha que, em relação aos processos julgados nas Relações, “a instrucción dos processos pertença sómente aos corregedores do crime da Corte, e a decisão final delles aos aggravistas criminaes” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3290).

⁸³ Ordenações Filipinas, Livro III, Título 66, § 7. Sobre a relevância jurídica da fundamentação da sentença, todo o discurso X de Francisco de Almeida Botelho, 1790: 181 a 184, e Caetano Gomes, 1756: 32.

⁸⁴ Martins da Costa, 1745: 187 e 194, e Caetano Pereira, 1820: 121.

A forma de processo sumário não se encontrava regulamentada.⁸⁵ Esta forma de processo era usada no julgamento dos crimes capitais e, especialmente, nas visitas mensais do regedor com os corregedores do crime da corte às cadeias. Estes magistrados sentenciavam as causas “principalmente dos que forem presos por casos leves” à vista dos sumários das culpas e informações dos juizes dos bairros, que preparavam as culpas.⁸⁶

O terramoto de 1755 constituiu a ocasião em que o legislador regulamentou pela primeira vez, com algum pormenor, o processo sumário.

O Alvará de 4.11.1755 mandou formar processos “simplezmente verbaes, pelos quaes conste de méro facto, que com effeito são Réos” dos crimes de roubo, devendo estes autos ser remetidos à Casa da Suplicação e nesta ser julgados “sem interrupção de tempo” com o número de juizes previsto nas Ordenações para estes crimes, sendo a sentença executada no mesmo dia em que fosse proferida.

Mais tarde, o Alvará de 25.6.1760 criou o lugar de intendente geral da policia da corte e do reino, com ampla competência instrutória e policial, invocando como fundamento “huma longa e deciziva experiencia, que a Justiça contencioza, e a Policia da Corte, e do Reino, são entre si tão incompativeis, que cada huma dellas pela sua vastidão se faz quasi inaccessible ás forças de hum só Magistrado”.⁸⁷

⁸⁵ Mello Freire, 1966 a: n. 156, p. 79, e 1967: n. 168, p. 145, e Ricardo Nogueira, 1786 a: 46. Contudo, depois do terramoto, o legislador consagrou esta forma de processo em alguns diplomas fundamentais, como se verá adiante no texto.

⁸⁶ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 1, §§ 16 e 30. A doutrina afirmava que a forma de processo sumário tinha lugar “ou nos crimes leves que fazem objecto do conhecimento das Visitas, ou nos crimes muito graves, que se qualificão nas Relações” (Caetano Pereira, 1820: 107). No entanto, a prática era a de também nas visitas às cadeias se julgarem crimes graves, não se realizando nelas outra diligência de prova que não fosse a do interrogatório dos réus. Uma descrição impressiva da prática foi feita por Fernandes Thomaz, no seu discurso na sessão de 3.10.1822 das Cortes constituintes (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 669 e 670).

⁸⁷ A nova lei de policia mencionava também que os anteriores monarcas tinham promulgado desde 1603 várias leis e alvarás para “regularem a Policia da Corte, e Cidade de Lisboa”, que, no entanto, não eram devidamente observadas. Com efeito, a Lei de 12.3.1603 determinou a nomeação dos quadrilheiros por três anos para cada freguesia da cidade, com competência para investigar sumariamente e deter os autores de crimes, os vadios, os homens de má fama e os estrangeiros, que não justificassem a sua presença na cidade, cabendo a confirmação da prisão ao corregedor ou ao juiz do crime da cidade. Mais tarde, os Alvarás de 30.12.1605 e de 25.12.1608 organizaram a jurisdição criminal na cidade de Lisboa em dez bairros, divididos entre dois corregedores do crime da corte, quatro corregedores do crime da cidade e quatro juizes do crime da cidade, regulando de novo as suas competências, sempre com a ressalva da confirmação por estes julgadores da detenção feita pelos respectivos meirinhos, alcaides e quadrilheiros. Esta organização manteve-se até 1742, altura em que foi de novo revista em face do aumento populacional e dos limites das freguesias. Assim, o Alvará de 25.3.1742 dividiu a cidade em doze bairros, cada um com um corregedor do crime, suprimindo os juizes do crime da cidade. Os corregedores mantinham a sua anterior competência, mas não podiam despachar os processos de injúrias verbais no

Aos corregedores e aos juizes do crime de Lisboa foi concedida a competência para prender e autuar em processos investigatórios, sem limitação de tempo e de número de testemunhas, os suspeitos pela prática dos crimes de armas proibidas, insultos, jogos proibidos, sedição, ferimentos, latrocínios, homicídios e os que competissem por lei extravagante aos corregedores ou aos juizes do crime, observando aqueles magistrados as instruções do intendente geral da polícia. Finda a instrução sumária, eram os autos enviados ao intendente que, julgando o processo preparado para ser sentenciado, os remetia por sua vez aos corregedores do crime da corte. Estes sentenciavam os autos em relação na forma do Decreto de 4.11.1755, admitindo-se, contudo, a apresentação de

senado da câmara de Lisboa. O Alvará de 25.8.1753 determinou o regresso parcial à situação anterior a 1742, suprimindo sete corregedores e colocando nos seus lugares juizes do crime, que deviam ir ao senado despachar as causas de injúrias verbais. Nenhuma destas novas leis continha disposições modificando o direito relativamente à prisão sem culpa formada. Sobre a história dos quadrilheiros desde a sua instituição em 1383 até à criação da Intendência Geral da Polícia, concluindo que as reformas de 1605, 1608 e 1742 não resolveram o problema da segurança municipal, Fortunato de Almeida, 1925: 317 a 320, e 1927: 215 a 218, Augusto da Silva Carvalho, 1935: 158 a 160, Eduardo de Noronha, 1940: 35, 36, 75 a 78, Albino Lapa, 1942: 93 a 112, 127 a 134, e 1953: 13 a 21, António Borges, 1980: 39 a 49, 62 a 70, 118 a 121, António Pedro dos Santos, 1999: 19 a 21, 35 a 41, 47 a 49, e Domingos Vaz Chaves, 2000: 24 a 30. Não obstante o propósito do legislador de filiar a lei nova em uma tradição legislativa de cerca de cem anos, determinando mesmo a publicação simultânea das leis anteriores e da lei nova, existia uma diferença fundamental entre as leis de polícia anteriores a 1760 e a lei promulgada neste ano, que consistia na introdução por esta lei de amplos poderes instrutórios e de determinação da prisão dos suspeitos sem culpa formada. A verdadeira fonte da lei foi outra. A instituição do intendente geral de polícia na cidade de Lisboa constituiu uma importação para o direito nacional da iniciativa de Luís XIV, que criou por um édito de 15.3.1667 o lugar de *lieutenant général de police pour la ville de Paris*, tendo o monarca português reproduzido quase literalmente os fundamentos dados pela lei francesa para a instituição deste novo funcionário (*comme les fonctions de police et de justice sont souvent incompatibles et d'une trop grande étendue pour être exercées par un seul officier dans Paris, nous aurions résolu de les partager*). O novo funcionário encontrava-se na dependência do monarca e a sua tarefa principal era a de manter a ordem pública na cidade e a honra e os bons costumes nas famílias, competindo-lhe para o efeito, entre outros instrumentos, a execução de um poderoso meio extra-judiciário de prevenção e repressão do crime do final do Antigo Regime, as famosas *lettres de cachet*, também conhecidas por *lettres du roi*, *lettres closes*, ou *lettres du petit signet*, por contraposição às *lettres patentes* (Villalobos e Vasconcellos, 1786: 12 a 17, e 1787: 30 a 36, 112 a 115, 135 a 143, Faustin Hélie, 1867 b: 17 e 18, Frantz Funck-Brentano, 1926: 43 a 50, 76 a 80, Henry Buisson, 1950: 51 a 55, 98 a 102, Marcel Le Clère, 1957: 27 e 28, Brian Chapman, 1970: 28 a 30, Philip John Stead, 1983: 30, e Jean-Jacques Gleizal, 1993: 11 a 13). A separação em 1667 das matérias de polícia da função judicial e a centralização do controlo daquelas em um funcionário directamente subordinado ao monarca contribuiu, assim, para a constituição de uma nova função estadual autónoma da função judicial, a da polícia (Jean-Jacques Gleizal, 1993: 8), que em Portugal, teve, como se viu, o seu início um século depois. Não é, por isso, correcta a tese de Mascarenhas Barreto que filia a Intendência portuguesa no “sistema político-religioso instaurado, dez anos antes, por Oliver Cromwell, quando da perseguição que movia aos realistas ingleses, escoceses e irlandeses” (Mascarenhas Barreto, 1979: 88 e 89), como também não o é a tese de Patrícia Félix de que o alvará criador da Intendência foi uma transposição para o direito nacional da doutrina do *Traité de la Police* de Nicolas de Lamare, publicado em 1705 (Patrícia Félix, 1998: 147 e 160), sendo certo que a doutrina do tratado tinha sido há muito fixada pelo édito de 1667.

embargos pelo réu condenado por uma só vez e dentro de vinte e quatro horas.⁸⁸

A aplicação desta forma de processo foi generalizada a todo o país pelo Alvará de 20.12.1763, que determinou o julgamento nos termos previstos nos diplomas de 1755 e 1760 dos culpados por “roubos e homicídios voluntarios de preposito, e caso pensado”.⁸⁹ O legislador esclareceu o sentido da anterior lei de polícia, determinando que os processos investigatórios deviam incluir necessariamente o interrogatório do réu, além da inquirição de testemunhas, sendo concluídos no prazo improrrogável de oito dias após a prisão do réu e remetidos na área de jurisdição da Casa da Suplicação ao intendente geral da polícia e na da Relação do Porto ao respectivo governador.⁹⁰

⁸⁸ Esta faculdade do réu condenado era, na prática, ilusória atentas as dificuldades de comunicação da época que impediam a realização de diligências de preparação da defesa (Diamantino Trindade e Manuel dos Reis de Jesus, 1998: 465). A insuficiência da regulamentação legal levou a que Mello Freire tivesse submetido a organização da polícia e da sua jurisdição a uma crítica radical nas provas ao título XLII do Código de Direito Público. O autor propunha a criação de um tribunal na corte, o Senado e Junta da Polícia, composto pelo intendente geral da polícia, por dois corregedores do crime da corte e por vários outros magistrados e funcionários, sendo todos nomeados pelo monarca (“é para admirar que em Portugal, aonde com facilidade se cria um tribunal, ou junta de homens para cousas menores, se não tenha creado para a policia, Mello Freire, 1844: 355). O Senado teria competência para julgar todas as matérias de policia, com recurso imediato para o rei. O Senado podia também punir com pena até doze mil réis e dois meses de prisão sem apelação nem agravo. Em caso algum a detenção dos réus pela policia podia exceder dois meses, sem ordem expressa do rei, devendo, na falta desta, ser os autos remetidos às justiças ordinárias (Mello Freire, 1844: 140, 141, 354 a 361). Em consonância com esta reforma, o § 9 do título XXIII do Ensaio de Código Criminal atribuiu ao intendente a faculdade de estabelecer providências e até de fixar penas mais graves do que as do Ensaio desde que ficassem dentro da alçada do intendente (Mello Freire, 1823: 98 e 338). Mais tarde, o seu sobrinho, Francisco Freire de Mello, também criticaria a confusão característica do final do Antigo Regime entre a regulamentação das questões de policia e a legislação de segurança interna e externa, entre a prevenção do crime e a perseguição aos desordeiros e agitadores políticos (Francisco Freire de Mello, 1822: 30 a 37). A crítica do processo e, em especial, do sumário sem limitação de tempo e sem determinado número de testemunhas, tornou-se mesmo uma das bandeiras dos liberais (Ferreira de Moira, 1826: n. II, p. 49).

⁸⁹ Do mesmo modo, a lei de 1763 ampliou a todo o reino a disposição do Alvará de 14.8.1751, que previa a competência cumulativa de todos os juizes régios e dos juizes dos donatários para perseguir na provincia do Alentejo, no reino do Algarve e nas comarcas de Santarém e de Setúbal os réus culpados destes crimes, respectivamente, nas terras dos donatários e nas da coroa. Multiplicando-se as ofensas aos magistrados no exercício das suas funções e porque “as primeiras obrigaçoens temporaes dos Vassallos consistem no respeito ao seu Rey, na reverencia ás suas Leys, na veneração aos seus Magistrados, na odediencia aos mandados dos seus Ministros”, o monarca determinou também, pelo Alvará de 24.10.1764, o julgamento dos crimes de resistência com armas a juizes e funcionários judiciais e administrativos na forma de processo sumário, em uma só instância, na Relação do distrito competente. Além dos crimes graves, as Ordenações já previam o julgamento sumário do crime de resistência feita a oficial de justiça e de injúria feita a julgador ou oficial de justiça (Livro V, Títulos 49, § 4, e 50, § 4) e ainda dos crimes cometidos por vadios e ociosos (Livro V, Título 68, § 1). O novo diploma de 1763 distinguia-se não só por ter ampliado as disposições da lei de policia a todo o país, mas também por ter restringido fortemente o arbitrio dos magistrados no exercício dos poderes instrutórios e na manutenção da prisão dos suspeitos à ordem dos processos instrutórios de policia, ao invés do que pretende Salgado Zenha (1968: 36).

⁹⁰ Os poderes do intendente decorrentes da regulamentação “asfixiante” do diploma de 1760 (Espinosa Gomes da Silva, 1991: 351) aumentaram ainda substancialmente com a determinação do Alvará de 5.2.1771, segundo a qual o intendente passava a ter poderes de julgamento nas visitas das cadeias. Na

Assim, a doutrina entendia que a forma de processo sumário devia conter cinco actos substanciais: o corpo de delicto, o sumário de testemunhas, o interrogatório do réu, a vista dos autos ao réu, não se fazendo judiciais as testemunhas, e a sentença.⁹¹

sequência da publicação da lei de polícia no ano de 1760, as visitas das cadeias pelo regedor da Casa de Suplicação deixaram de se fazer, o que levou o monarca a determinar que passassem a ser feitas pelo intendente. A prática severa do intendente levantou objecções (“Diferentes penas tinham então estas victimas desgraçadas; huns são expatriados, outros voltavam para os segredos, outros vão para a inquisição, e poucos são postos em liberdade, porem em condições tão violentas e penosas, que melhor fôra ficarem na cadeia”, João Baptista de Gouveia, 1835: VI). Decorridos nove anos, o monarca ponderou que estas novas atribuições “não são as mais proporcionadas aos uteis fins, de que se necessita, para se conseguir que haja nos meus Dominios huma verdadeira Policia, como hoje se vê praticada em outros Reinos”, pelo que determinou, pelo Alvará de 15.1.1780, que o regedor da Casa da Suplicação procedesse de novo ao julgamento nas visitas das cadeias, nos termos prescritos pelas Ordenações. Esta diminuição da competência do intendente era apenas aparente (Latino Coelho, 1885: 373 e 1916: 321, Oliveira Martins, 1948: 24 e 25, e Patrícia Félix, 1998: 50), pois o mesmo diploma conferiu ao intendente competência para castigar os “crimes que não necessitam de outro castigo, mais do que alguma correção”, podendo os autores destes crimes ser presos pelo tempo que o intendente julgasse “proporcionado á desordem que tiverem cometido, e lhe parecer necessario para a emenda”. A única limitação destes poderes correccionais do intendente decorria da necessidade de ele dar conta à secretaria de Estado dos negócios do reino do que pretendia fazer quando fosse preciso prender os autores daqueles factos “por tempo dilatado, ou entender que lhes deve impôr alguma pena maior”. O intendente ficou, pois, investido no poder de castigar livremente quaisquer crimes que devessem ser punidos com pena correccional e com prévio conhecimento superior os crimes que devessem ser punidos com pena maior, sendo a sua alçada definida em função da pena concreta previsivelmente aplicada e não da pena abstracta prevista para o crime. A actividade da Intendência Geral gerou conflitos com os tribunais e, designadamente, com o Desembargo do Paço, tendo até ao final do Antigo Regime a Intendência procurado aumentar os seus poderes jurisdicionais. As propostas do intendente apresentadas ao secretário de Estado dos negócios do Reino, que não tiveram sucesso, visavam o reforço da discricionariedade da Intendência na perseguição dos crimes violentos e políticos e a concessão de poderes para desterrar os criminosos para as colónias (Latino Coelho, 1885: 387 a 389, José Lopes Subtil, 1994: 272 a 274, e Maria Correia Biléu, 1995: 70 a 72), mantendo-se sempre o intendente em uma posição subordinada ao secretário de Estado dos negócios do reino (Mello Freire, 1844: 354, e, de um ponto de vista retrospectivo, Patrícia Félix, 1998: 59 a 61 e 68). Esta resistência ao alargamento dos poderes do intendente evitou que o intendente dispusesse de um poder discricionário como o do seu congénere francês, que podia emitir as *lettres de cachet*, com base nas quais qualquer individuo podia ser detido por um periodo indefinido, sem necessidade de ser presente a um juiz. A requerimento dos interessados, o intendente francês procedia previamente a uma investigação secreta e sumária sobre o assunto que suscitava o pedido de detenção e, considerando-a oportuna, emitia a ordem, que não era fundamentada, nem dada a conhecer a terceiros (Frantz Funck-Brentano, 1926: 59 a 75). Embora de início as *lettres de cachet* fossem previamente assinadas pelo ministro da *maison du roi* ou pelo próprio rei, no reinado de Luís XV prescindiu-se desta exigência, sendo criadas as *lettres d'anticipation*, que eram logo cumpridas e só posteriormente submetidas à chancela real. Estas ordens de detenção podiam ser aplicadas quer em questões de natureza política quer em questões de natureza criminal, militar, religiosa e até familiar, podendo inclusivamente ser impostas a pessoas que tivessem sido absolvidas pelos tribunais (Frantz Funck-Brentano, 1926: 51 a 58, 83 a 94, Henry Buisson, 1950: 102 a 111, e Leon Radzinowicz, 1956: 549 e 550). Se em França a separação dos poderes policiais e jurisdicionais soçobrou diante da amplitude dos poderes de detenção ilimitada do intendente, em Portugal o legislador admitiu abertamente em 1780 a inconveniência do propósito organizativo de 1760 e a necessidade da concessão de poderes de natureza jurisdicional ao intendente. Em França manteve-se, pois, a aparência da distinção entre os poderes policiais e os judiciais, sob o exercício quotidiano de um poder ilimitado de detenção do intendente, enquanto em Portugal se pôs de parte aquela distinção teórica, subordinando, no entanto, o exercício dos poderes de natureza jurisdicional do intendente a limites legais e a um controlo administrativo officioso.

⁹¹ A prática dos tribunais sempre foi a de não se fazerem judiciais as testemunhas no processo sumário, ao que a maioria da doutrina dava o seu assentimento (Melchior Febo, 1713 b: 508 e 513, Costa Franco,

A terceira forma de processo prevista pela lei nacional era a de processo para julgamento de réus ausentes. Esta forma de processo só era aplicável no julgamento de réus pronunciados pela prática de crimes graves, puníveis com pena de morte natural ou civil ou com pena corporal, ou pela prática de outros crimes, a requerimento do ofendido, sendo desconhecido o local onde o réu se encontrava ⁹² ou acolhendo-se o réu na casa de um grande ou procurando asilo em uma igreja. ⁹³

1765: 47, Cardoso Soeiro, 1788: 52 a 54, e Caetano Pereira, 1820: 234). Ao invés, Mello Freire criticava o legislador e não poupava a praxe, censurando aquele por não definir, “contra o que era de desejar”, os elementos necessários e os dispensáveis do processo e a praxe por não assegurar a defesa do réu. O autor identificava o processo sumário com o “processo do direito natural”, onde eram dispensadas as solenidades do processo ordinário, mas não as partes substanciais do processo. Entre estas, o autor contava as exceções ao juiz e a contradita às testemunhas, para o que as testemunhas oferecidas na inquirição deviam ser reexaminadas diante do réu, ainda que ele não quisesse ou mesmo a tal se opusesse. A praxe era criticada precisamente porque “a razão natural e civil, e a recta ordem dos juízos, que rigorosamente se deve observar, sobretudo nas causas capitais, parecem exigir ao máximo este reexame das testemunhas” (Mello Freire, 1966 a: n. 156, pp. 80 e 109, e 1967: n. 168, pp. 138 e 145). Se as garantias dos réus julgados em processo sumário se mostravam, pois, diminuídas, elas eram ainda menores no Tribunal da Inconfidência criado pelo Decreto de 9.12.1758, para julgar os implicados no atentado contra a pessoa do monarca de 3.9.1758. No processo sumário e verbal do qual constasse apenas a verdade das culpas, com dispensa das formalidades e nulidades provenientes do direito comum e do direito pátrio, deviam ser observados apenas “os termos do Direito Natural e Divino”, sendo a sentença executada no próprio dia da sua leitura. A utilização dos tormentos, há muito afastados da prática judicial e autorizados de novo pelo Decreto de 20.12.1758, e a punição com penas não previstas na lei ao tempo dos factos, que foi sancionada retroactivamente pelo Alvará de 17.1.1759, constituíram o sinal indelével de uma instrumentalização política do processo penal (Rui Marcos, 1990: 104 a 114).

⁹² O processo de ausentes também tinha lugar sendo conhecido o paradeiro do réu em um outro reino, mas não sendo admitidas naquele reino as citações para causas crimes acontecidas em território português (Melchior Febo, 1713 a: 350).

⁹³ Ordenações Filipinas, Livro V, Título 126. Sobre a fundamentação teórica e o desenvolvimento dogmático do instituto do direito de asilo, Ricardo Nogueira, 1786 b: 111 a 121, e Almeida e Sousa, 1828 b: 209 a 223. O direito de asilo foi regulamentado pelo Título 8 do Livro II das Ordenações Afonsinas, pelo Título 4 do Livro II das Ordenações Manuelinas, e pelo Título 5 do Livro II das Ordenações Filipinas, tendo-se fixado o princípio de que a igreja só protegia criminosos incursos em pena de morte ou civil, cortamento de membro ou qualquer outra pena de sangue. Contudo, o direito de asilo não valia para o agente que actuasse de propósito ou insidiosamente (Ordenações Filipinas, Livro II, Título 5, § 4), embora a mesma ordenação também o admitisse para o ladrão, o adúltero e o forçador de mulher virgem. A doutrina interpretava estes preceitos contraditórios, no sentido de que a imunidade beneficiava apenas os réus de crimes cometidos por infortúnio, por acaso ou fatalidade (Ricardo Nogueira, 1786 b: 127 e 128, Mello Freire, 1967: n. 162, pp. 45 e 46, Souza e Sampaio, 1794: 25 e 26, e Almeida e Sousa, 1828 b: 224). O processo do incidente da imunidade consagrado nas Ordenações Filipinas era o seguinte: refugiando-se um criminoso em igreja ou no seu adro, o juiz secular, depois de ter feito uma inquirição sumária sobre as circunstâncias do crime e do asilo, reunia com o juiz eclesiástico e juntos decidiam sobre a verificação dos pressupostos da imunidade, sem ouvir o réu. No caso de diversidade de votos entre o juiz eclesiástico e o secular, iam os autos ao corregedor da corte ou da comarca que estivesse mais perto dentro das cinco léguas ou um traslado se estivesse já fora delas. Entretanto, tirava-se o criminoso do lugar de asilo e guardava-se na prisão civil. Para a análise detalhada deste processo, Ricardo Nogueira, 1786 b: 135 a 151, e Caetano Pereira, 1820: 68 a 71. O réu a que não fosse concedida imunidade podia, depois de tirado da igreja, apresentar artigos de imunidade diante do juiz secular. A faculdade de apresentação dos artigos de imunidade devia-se à circunstância de o réu não ter sido ainda ouvido no sumário, “pois que neste se tratou principalm. do privil. da Igr. e não do interesse do refugiado” (Ricardo Nogueira, 1786 b: 142). Contudo, o culpado por dois crimes, valendo o asilo apenas para um deles, era

O processo consistia na citação edital do ausente, com a cominação de que, não comparecendo dentro de dois meses, seria julgado como revel e punido com a pena ordinária. Não comparecendo o ausente, não se procedia à repergunta das testemunhas do sumário, que se haviam por judiciais “em odio do contumaz”, nos termos do § 1, do Título 62 do Livro III das Ordenações Filipinas,⁹⁴ e, nos feitos de crime capital ou punível com confiscação e perdimento de bens, eram os seus bens anotados se houvesse parte querelosa e esta tivesse acusado para anotação dos bens.⁹⁵

A anotação de bens era decidida pelo corregedor da corte do crime ou da Casa do Porto em relação com adjuntos e publicitada por éditos. Decorrido um ano do dia em que os éditos tivessem sido postos, não vindo o ausente defender-se do crime, eram os bens declarados perdidos para a coroa, salvo se se provasse que o ausente matou ou mandou matar de propósito, caso em que os seus bens eram entregues à mulher e filhos do morto. Se a parte querelosa não tivesse acusado para anotação de bens ou se a acção penal fosse oficiosa, procedia-se apenas à condenação do réu ausente na pena aplicável ao crime.⁹⁶

Não se admitindo defensor nem procurador em juízo, salvo para escusar a

primeiro punido pelo crime em que não valia a imunidade, antes de poder fazer valer a imunidade (Martins da Costa, 1745: 193). O efeito da concessão da imunidade não estava previsto nas Ordenações, considerando a doutrina que a concessão do asilo não tinha o efeito da isenção do procedimento criminal, mas apenas o de uma causa de atenuação da pena “de maneira que o culpado fique livre de pena de sangue” (Ricardo Nogueira, 1786 b: 151, e Mello Freire, 1844: 200), constituindo a concessão do direito de asilo, afinal, uma forma de compensar “a severidade da penalidade antiga” (Theophilo Braga, 1868: 66 e 67). No título VI do “Novo Código de Direito Público” de Mello Freire propunha-se uma regulamentação do direito de asilo nova, exaustiva e mais liberal do que a do direito vigente, prevendo-se, designadamente, que ela também beneficiasse os réus judeus (Mello Freire, 1844: 19 a 23, 196 a 201). António Ribeiro dos Santos submeteu a proposta de Mello Freire a uma crítica cerrada, acusando expressamente Mello Freire de, não obstante estar persuadido de que o asilo devia ser abolido, não ter tido a coragem de romper com o direito vigente, alargando mesmo a imunidade e propondo regras contraditórias (António Ribeiro dos Santos, 1844: 136 a 171 (notas ao título VI). Este autor advogava a abolição imediata do asilo (António Ribeiro dos Santos, 1844: 131 a 134).

⁹⁴ Tomé Valasco, 1677: 83, Caetano Pereira, 1820: 226, e Caetano Gomes, 1820: 256. A doutrina deste parágrafo resultou do assento de 26.2.1563, proferido sobre o Título 44 do Livro V das Ordenações Manuelinas (Anastasio de Figueiredo, 1790: 85). A praxe decidia que o contumaz ficto, que mandava procurador bastante aos autos, também não devia ser citado na sua pessoa para ver jurar as testemunhas, tal como previa o § 13 do Título I do Livro III das Ordenações para o contumaz verdadeiro, que nunca por si nem por outrem comparecia em juízo (Martins da Costa, 1745: 227).

⁹⁵ Ordenações Filipinas, Livro V, Título 127.

⁹⁶ A conjugação entre o processo para condenação em pena corporal e o processo para anotação de bens realizava-se do seguinte modo: se tivesse primeiro lugar aquele, já não podia proceder-se a anotação de bens contra o réu, independentemente do resultado do processo relativo à pena corporal, mas se se procedesse primeiro à anotação de bens podia ainda ser aplicada a pena corporal posteriormente. Borges Carneiro (1828: 215) informava em 1828 que ainda estava em uso esta anotação.

ausência ou alegar impedimento,⁹⁷ a verdadeira garantia de defesa do ausente era a de que ele podia ainda ser ouvido com a sua contrariedade no tocante à pena corporal se se apresentasse voluntariamente dentro de um ano após a prolação da sentença da primeira instância.⁹⁸ No entanto, mesmo comparecendo o condenado neste prazo não se procedia à repergunta das testemunhas da fase preparatória.⁹⁹ A maior celeridade do processo e a inexistência de qualquer discussão contraditória na instrução da causa justificavam a particularidade da imposição do recurso oficioso de apelação da sentença, para o seguimento da qual se intimava de novo o réu ausente por éditos. O ausente condenado pelo tribunal de recurso em pena de morte era considerado banido, podendo qualquer um do povo matá-lo impunemente.¹⁰⁰

O regime muito amplo dos recursos procurava compensar as deficiências do processo na primeira instância. Os embargos eram admitidos das decisões proferidas em primeira e segunda instâncias, constituindo a forma de impugnação ordinária das causas julgadas em primeira instância no Tribunal da Relação.¹⁰¹

Os embargos eram deduzidos em três dias perante o juiz que tivesse proferido

⁹⁷ Ordenações Filipinas, Livro III, Título 7, § 3, e Alvará de 6.12.1612, § 21.

⁹⁸ Ordenações Filipinas, Livro V, Título 126, § 7. Ao invés, as condenações pecuniárias tornavam-se inimpugnáveis mesmo para os que se apresentassem ou fossem presos dentro do ano após a notificação edital da decisão.

⁹⁹ Tomé Valasco, 1677: 83, Melchior Febo, 1713 b: 486, e Costa Franco, 1765: 47.

¹⁰⁰ Mello Freire (1966 a: n. 156, pp. 163 e 164) considerava esta faculdade ilícita, afirmando mesmo que a ordenação do § 7, do Título 126 do Livro V, na parte em que dispunha de modo diferente, “não foi recebida no foro”. Martins da Costa (1745: 186) informava que a praxe admitia o banido a alegar sumariamente nulidade ou incompetência, mesmo depois de passado o tempo fixado pela ordenação. Também Caetano Pereira (1820: 227) informava que esta ordenação tinha caído em desuso. Este autor admitia ainda o ausente preso a deduzir sumariamente embargos, mesmo depois de um ano, com prévia provisão régia ou por via de restituição. Sobre o estatuto civil do ausente definitivamente condenado em pena de morte Borges Carneiro, 1828: 217 e 218, e Paulo Merêa, 1960: 62 e 63.

¹⁰¹ Havia causas de deferimento da execução da sentença, como o favor devido ao país, por exemplo, no caso de os réus serem poderosos e haver perigo iminente na execução da sentença, o favor da nobreza, o favor do parto e da doença grave, o excesso da pena imposta pelo monarca e a necessidade do réu para a investigação de outros crimes (Mello Freire, 1966 a: n. 156, pp. 132, e Caetano Pereira, 1820: 213 e 214). Assim, a pena de morte também não seria executada no lugar onde o monarca se encontrasse sem que fosse levada ao conhecimento deste (§ 1, do Título 137, do Livro V das Ordenações Filipinas) ou em certos casos, independentemente do lugar onde este se encontrasse, como os de bigamia, adultério de nobre com plebeia ou de homicídio cometido por nobre (§ 16 do Título 1 do Livro I, § 4, do Título 18, § 1 do Título 19, Título 25, § 1 do Título 35, § 1 do Título 137, todos do Livro V). O Desembargo do Paço pronunciava-se em face da sentença da Casa da Supplicação, dando parecer, na qualidade de tribunal gracioso (“não por força de Jurisdição, porque o Tribunal da Casa da Supplicação he o Supremo da Justiça, mas como Tribunal de Graça”, advertia Caetano Pereira, 1820: 213, e, também assim, Mello Freire, 1966 a: n. 156, p. 149), sobre a confirmação da pena ou a sua substituição por outra mais benéfica ao réu suave.

a decisão embargada,¹⁰² ou diante da mesa da chancelaria, se fosse extraída sentença dos autos,¹⁰³ e tinham efeito suspensivo.¹⁰⁴ Não se admitiam segundos embargos à mesma sentença, salvo de suspeição ou de restituição.¹⁰⁵

Os embargos eram ofensivos, impugnando directamente a justiça intrínseca da decisão,¹⁰⁶ ou modificativos, atacando vícios da decisão ou do processo, incluindo

¹⁰² O § 17 da Lei de 6.12.1612 impôs a formação dos embargos em um dia “para mais breve despacho das causas, e principalmente das criminaes, e melhor execução da justiça”. A pessoa que pedisse vista para embargos dispunha assim de apenas um dia para os formar e vir com eles aos autos, salvo se a pessoa que pedisse vista fosse daquelas que beneficiasse de restituição, caso em que a doutrina entendia que se lhe concedia outro dia (Tomé Valasco, 1677: 78). Mais tarde, para não atrasar a execução dos réus condenados em pena de capital, o monarca mandou mesmo, pelo Decreto de 6.7.1752, que se tratasse ao mesmo tempo em que se procedia à conferência dos embargos do recurso imediato à pessoa do rei. Não havendo alteração da decisão recorrida por qualquer daqueles dois meios devia ser ela executada no dia seguinte, ainda que fosse feriado, não sendo Domingo nem dia Santo, porque, nestes casos, era a decisão executada no dia seguinte.

¹⁰³ Os embargos no trânsito pela chancelaria verificavam-se nos processos crimes em que houvesse parte que extraísse sentença dos autos (Caetano Pereira, 1820: 197). O controlo da legalidade das decisões proferidas nos tribunais superiores era também feito por intermédio de um outro instrumento jurídico, a aposição de uma glosa pelo chanceler, antes de selada e publicada a decisão, em que se apreciava a nulidade da decisão, mas não o merecimento dos autos (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 4, § 1, e Título 36, § 1). O chanceler podia glosar a sentença, com base em nulidade já apreciada em embargos postos pela parte na chancelaria e não atendidos. A glosa era decidida, segundo o estilo, por três desembargadores se fosse aposta a despacho proferido por um só desembargador e por cinco se fosse aposta a acórdão. Se se aprovasse a glosa, admitia-se ainda o adversário a embargar a sentença reformada (Jorge de Cabêdo, 1604: 426, e Martins da Costa, 1745: 201 e 220). O estilo foi consagrado pelo § 3 da Lei de 18.8.1769.

¹⁰⁴ Caetano Pereira, 1820: 197.

¹⁰⁵ Ordenações Filipinas, Livro III, Título 88, e Livro V, Título 137, e Jorge de Cabêdo, 1602: 10 dos *aresta senatus*. A restituição fazia tornar tudo ao estado em que estava antes da sentença (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 41). Do benefício da restituição integral gozavam regularmente os menores, as pessoas miseráveis e os presos (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 41). Sobre a delimitação do âmbito do benefício destas classes de pessoas, Borges Carneiro, 1828: 67 e 193. Caetano Pereira (1820: 198) estendia o privilégio da restituição do preso aos réus sob homenagem ou afiançados. Caetano Gomes criticava a praxe por ter deturpado o sentido desta ordenação, que era o de só permitir embargos com respeito a matéria de restituição, entendendo a praxe, inversamente, a ordenação como permitindo a apresentação de segundos e mais embargos por restituição, ou seja, a repetição dos segundos embargos em todas as instâncias, “sem se pedir a restituição contra actos do processo, pelo omissio ou comisso nelle, mas só impugnando, e arguindo a sentença, como da primeira vez, na fôrma da praxe” (Caetano Gomes, 1756: 100). Tendo este remédio natureza extraordinária (§ 2 do Título 41 do mesmo Livro III), a pessoa privilegiada não podia pedir a restituição contra uma sentença injusta proferida na primeira instância, pois esta era passível de agravo e de apelação, que eram meios ordinários de impugnação da sentença injusta. Contudo, o autor considerava “desculpável” que fossem postos embargos de notória injustiça, com toda a amplitude, contra as sentenças em que se impusesse pena corporal “por ser irrettractavel a pena corporal” (Caetano Gomes, 1756: 106).

¹⁰⁶ A discussão do mérito nos embargos à sentença definitiva foi o resultado da “imitação dos embargos aos despachos ou sentenças interlocutórias, que se embargaõ, mostrando que foraõ menos bem proferidas, e que se devem revogar” (Caetano Gomes, 1756: 67). Esta praxe caracterizava-se por os embargos se fundarem em “huma mera impugnação da sentença, por serem menos legitimos, e idoneos os fundamentos, que se tomáraõ, e porque se não ponderáraõ outros, que concluem a justiça do Embargante” (Caetano Gomes, 1756: 33). A praxe confundia os embargos com os artigos de nova razão de que tratavam o § 28 do Título 20 e o Título 83 do Livro III e, abusando do uso dos embargos, quase aboliu os artigos de nova razão, embargando sempre a decisão final, ainda que invocando apenas a discordância

nestes os embargos de nulidade.¹⁰⁷ No entanto, os embargos modificativos só podiam ser invocados se o não tivessem sido na causa principal, a menos que a parte jurasse que vieram ao seu conhecimento posteriormente, caso em que seriam admitidos mesmo que fossem ofensivos.¹⁰⁸

Os embargos seguiam o processo das exceções: vista para embargos, que nunca se negava, salvo nos embargos a embargos, conclusão ao juiz, vista às partes, começando pela parte contra quem os embargos se ofereciam, podendo o embargante juntar documentos na sua vista, sem nova vista ao embargado.¹⁰⁹ Não se admitia a réplica e a tréplica nos embargos.¹¹⁰ Se fossem deduzidos embargos a sentença proferida por tribunal inferior e simultaneamente o juiz tivesse apelado oficiosamente nos casos em que apelação oficiosa devia ter lugar, os autos deviam subir ao tribunal superior para conhecimento da apelação.¹¹¹

A apelação constituía um meio de defesa de direito natural e não se podia impedir senão nos casos em que estavam expressamente proibidas, devendo o juiz interpretar restritivamente as leis que a proibissem.¹¹²

Vigorava o princípio da admissibilidade de uma só apelação nos feitos crimes

com os fundamentos da decisão e a necessidade da ponderação de novas razões (Caetano Gomes, 1756: 72, 74 e 219). O autor perfilhava o entendimento de que os embargos fundados na “cessação dos fundamentos” ou na “falsa causa” da sentença não eram admissíveis genericamente, mas apenas quando o vício induzisse a nulidade da decisão e constasse dos autos “tão notoriamente que impeça o effeito da cousa julgada”. Não sendo esse o caso, devia o agravado interpor recurso de apelação ou agravo.

¹⁰⁷ Distintos destes eram os embargos de obrepção ou subrepção, que se opunham às provisões régias, rescriptos, ordens ou alvarás. Os embargos por obrepção, fundados na viciação positiva da decisão através da sua fundamentação em provas falsas, e os embargos por subrepção, fundados na viciação negativa da decisão através da sonegação de factos verdadeiros, podiam ser apresentados diante do chanceler ou do magistrado executor. A estes embargos era reconhecido efeito suspensivo (Melchior Febo, 1713 b: 505). Com vista a evitar a “indecencia, e perturbação, que resulta de se conhecer em quaesquer Juizos dos embargos de obrepção, e subrepção, ou outros semelhantes, que se oppõem contra os meus Reaes decretos, Resoluções de Consultas, e despachos dos meus Tribunaes”, o monarca determinou, pelo Alvará de 30.10.1751, que só nos tribunais régios fossem conhecidos esses embargos. Sobre a relevância daqueles embargos e deste alvará, Maria da Glória Garcia, 1994: 91, 110 a 114, 231 a 234.

¹⁰⁸ Para se ter por matéria velha, ela devia ter sido decidida por artigos, em que tivesse sido dada prova (Melchior Febo, 1713 b: 466). Caetano Gomes (1756: 52) admitia mesmo, com base no § 2 do Título 87 do Livro II das Ordenações Filipinas, que na chancelaria pudessem ser alegados os embargos ofensivos que nascessem da sentença embargada.

¹⁰⁹ Caetano Gomes, 1820: 23.

¹¹⁰ Contra a opinião de Jorge de Cabêdo (1604: 400), foi esta doutrina fixada pelo Assento de 8.8.1658 para os embargos postos na chancelaria (Caetano Pereira, 1820: 196).

¹¹¹ Caetano Pereira, 1820: 196 e 197.

¹¹² Costa Franco, 1765: 56 e 59, Caetano Gomes, 1820: 55, e Gouvêa Pinto, 1820: 96. Do recebimento da apelação cabia agravo no auto e do não recebimento cabia agravo de petição ou de instrumento (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 6, § 4, Livro III, Título 70, § 8). Se a parte embargasse a sentença e

julgados no foro secular, salvo das apelações dos feitos julgados pelos ouvidores senhoriais.¹¹³ Contudo, as sentenças proferidas nas causas crimes julgadas em primeira

apelasse simultaneamente, devia o tribunal recorrido conhecer dos embargos (Caetano Gomes, 1820: 269, mas contra, Caetano Pereira, 1820: 196).

¹¹³ Ordenações Filipinas, Livro II, Título 45, § 49, e Livro III, Título 95, §§ 8 e 11. O monarca reservava-se também o último juízo sobre as causas crimes julgadas no foro eclesiástico através de dois instrumentos jurídicos: o processo de execução da decisão eclesiástica pelo auxílio do braço secular, como se referiu anteriormente, e o recurso à coroa. Em Portugal, como em toda a cristandade, era admitido o recurso à coroa das decisões dos juizes eclesiásticos. O fundamento dogmático do recurso era o de que “toda a opressão injusta e abuso de auctoridade é uma offensa de um dos mais sagrados direitos da corôa e da soberania, a saber: do direito de protecção, com que o principe ampara seus subditos de todas as vexações e violencias” (Ricardo Nogueira, 1858: volume VII, p. 235). Não havia uma definição taxativa dos casos em que era admissível a interposição deste recurso, mas os casos mais frequentes eram o de usurpação da jurisdição secular (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 12, § 5, e Livro II, Título I, § 15) e o de notória violência cometida a algum eclesiástico ou leigo por violação do direito natural, da ordem regular do processo e dos cânones recebidos na Igreja portuguesa (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 9, § 12, e Gouvêa Pinto, 1820: 188 a 192). O recurso à coroa era admitido, em regra, de qualquer despacho, sentença ou mandado, quer o gravame fosse judicial ou extrajudicial, em causa espiritual ou temporal, em qualquer instância e a todo o tempo, com queixa da parte agravada ou officiosamente por qualquer magistrado régio (Mello Freire, 1966 b: n. 161, pp. 197 e 198, Borges Carneiro, 1826: 268 e 269, Caetano Pereira, 1834 b: 66 e 67, Almeida e Sousa, 1828 b: 202, Castro Neto, 1845: 79, Duarte Nazareth, 1854: 299, Bernardino Carneiro, 1896: 434 a 436, e críticos, Coelho da Rocha, 1861: 111, e Cândido Mendes de Almeida, 1866 a: CCCLXLV e CCCXLVI, e 1866 b: 1263 a 1272). A regulamentação do recurso encontra-se nas Ordenações Manuelinas (Livro I, Título 11, § 4), tendo sido revista pelo artigo 11 do concórdia de 1578, cujo conteúdo foi por sua vez recolhido nos §§ 5 e 6 do Título 12 do Livro I das Ordenações Filipinas. A queixa era dirigida ao juiz da coroa da Casa da Suplicação ou da Relação do Porto, mesmo com omissão do recurso para a Relação eclesiástica (Souza e Sampaio, 1793: 113, e Almeida e Sousa, 1828 b: 205). Era estilo dar-se vista da petição ao juiz eclesiástico recorrido e só então passar carta para virem os autos ao juízo da coroa, dando-se a petição do agravado por justificada se os autos não viessem (Martins da Costa, 1745: 179 e 180, e Borges Carneiro, 1826: 272 a 283). A carta régia de 10.12.1647 mandou remeter ao juízo da coroa os próprios autos e não apenas a sentença recorrida e o assento de 22.5.1783 proibiu mesmo que ficasse traslado dos autos no juízo eclesiástico. A parte adversária no processo eclesiástico não era ouvida. Julgando-se provado o gravame, ordenava o juiz da coroa o envio por duas vezes de cartas rogatórias ao juiz eclesiástico, nas quais pedia que este desistisse da violência e o recorrente fosse repostado na situação em que se encontrava anteriormente a esta. Não obedecendo o juiz eclesiástico, iam os autos ao Desembargo do Paço, onde era de novo apreciada a questão, determinando-se ou não o cumprimento da ordem do juiz da coroa (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 12, § 6). Em princípio, o assento do Desembargo do Paço decidia definitivamente a questão, mas excepcionalmente, “quando o caso por mui grave o pedir”, era admitida a revisão do assento do Desembargo por mais juizes, a requerimento do procurador da coroa, quer a decisão fosse confirmativa ou não da decisão do juiz da coroa, bem como a apresentação de embargos pelo procurador da coroa, quando a decisão do Desembargo não fosse confirmativa da do juiz da coroa. Não se admitia o juiz eclesiástico recorrido a interpor recurso nem a deduzir embargos contra o assento (Borges Carneiro, 1826: 279 e 280) e contra o juiz eclesiástico que desobedecesse à decisão do Desembargo do Paço procedia-se com as temporalidades. Estas eram praticadas por estilo da Casa da Suplicação, mas foram reduzidas a direito escrito pela cartas régias de 21.6.1617 e de 10.7.1617, nelas se incluindo o sequestro das rendas e dos móveis existentes fora da casa do juiz eclesiástico, a prisão dos seus escravos, o embargo dos seus cavalos e a notificação dos criados do eclesiástico para que o não servissem mais, sob pena de desobediência e, por fim, se o eclesiástico persistisse, a desnaturalização e a expulsão do reino (Ricardo Nogueira, 1858: volume VII, p. 235, e Borges Carneiro, 1826: 281 e 282). O recurso imediato ao rei era ainda o derradeiro remédio contra o procedimento abusivo dos eclesiásticos, mas só podia ter lugar depois de interposto o recurso à coroa e da execução integral da decisão neste proferida (Borges Carneiro, 1826: 285). Os agravados pelos juizes eclesiásticos beneficiavam ainda, em qualquer causa cível ou crime, da faculdade de requerer ao Desembargo do Paço uma carta tuitiva apelatória, para se não

instância pela Casa da Suplicação não admitiam a interposição do recurso de apelação, nem do recurso de suplicação ou agravo ordinário.¹¹⁴ Estes recursos foram, contudo, concedidos por vezes a alguns réus condenados.¹¹⁵

A apelação era, em regra, oficiosa,¹¹⁶ mas também podia ser deduzida pelo réu

executar a sentença recorrida enquanto pendesse o recurso à coroa (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 3, §§ 6 e 7, e Livro II, Título 10). Este recurso consubstanciava uma verdadeira reclamação quanto ao efeito atribuído pelo juiz eclesiástico ao recurso à coroa (Almeida e Sousa, 1828 b: 200 e 202). Este Autor dava notícia de que, como estas tuitivas eram impetradas ao Desembargo do Paço e dependiam de informações e certidões de processos, tornaram-se cada vez mais raras, sendo substituídas pelo recurso directo ao juiz da coroa, em que se narra o gravame, sendo os autos avocados logo por este magistrado. Por isso, o autor apontava entre os casos de recurso à coroa o de “quando (o juiz eclesiástico) recebe só no Devolutivo a Appellação, que por Direito he receptivel em ambos os efeitos”. A mais significativa excepção ao regime do recurso à coroa era a das decisões proferidas pelo tribunal da Inquisição. A pedido do rei português, foi criada a Inquisição por uma bula de Paulo III de 23.5.1536. Aos inquisidores foi concedido “foro externo judicial e criminal” para punir a prática do crime de heresia com penas civis e temporais, pela Lei de 20.11.1536, de D. João III (Mello Freire, 1968: n. 174, p. 55). A doutrina procurava limitar a competência dos juizes eclesiásticos à questão de direito, reservando a de facto ao juiz secular (Melo Freire, 1966 a: n. 155, p. 87, e Souza e Sampaio, 1793: 95), mas a prática era a de o juiz secular a quem fosse relaxado o réu condenado para execução da sentença não sindicarem o mérito desta, não se mostrando sequer os processos ao juiz secular, que apenas confirmava a identidade do réu e se ele se mantinha “pertinaz em seu erro” (Martins da Costa, 1745: 241, Vanguerve Cabral, 1757: 178, Coelho da Rocha, 1861: 151, e Mello Freire, 1923: 498). O Conselho Geral foi considerado tribunal régio pela Lei de 20.5.1769, pelo que este tribunal obrava “em nome do príncipe, e por sua autoridade, quando usa de procedimentos externos, e impõe penas temporaes aos delinquentes” (Ricardo Nogueira, 1858: volume VII, p. 152), transformando-se assim “n’ uma quasi temporal jurisdicção, n’ uma nova intendencia da policia” (Latino Coelho, 1916: 26). Esta lei vedou definitivamente o recurso à coroa das decisões daquele tribunal (Mello Freire, 1967: n. 171, p. 167, e Borges Carneiro, 1826: 271), discutindo a doutrina se essa proibição não seria até anterior, remontando a um decreto régio de 1662 (Pegas, 1671: 240, Gouvêa Pinto, 1820: 252, e Almeida e Sousa, 1827: 266 e 267).

¹¹⁴ O agravo ordinário ou suplicação, previsto no § 4 do Título 84 do Livro III das Ordenações Filipinas, era admitido em todos os casos em que não coubesse apelação, dada a preeminência do tribunal. O fundamento deste agravo era o do carácter ilegal e lesivo da decisão recorrida. A doutrina considerava que a suplicação “mal difere da apelação” (Mello Freire, 1967: n. 171, p. 159, e Caetano Gomes, 1756: 205). Para um elenco das diferenças entre a apelação e o agravo ordinário, Ricardo Nogueira, 1786 b: 407 a 409, Gouvêa Pinto, 1820: 43 a 47, Pinheiro Ferreira, 1825: 175 a 178, e Caetano Pereira, 1834 b: 83 a 86. O agravo ordinário não tinha efeito suspensivo e subia directamente ao tribunal da Casa da Suplicação. No processo penal não era admitido (Caetano Pereira, 1820: 198).

¹¹⁵ Henriques Secco, 1880: 235. Com base em um manuscrito original da biblioteca de Évora, que continha a lista das execuções capitais que tiveram lugar na cidade de Lisboa de 1693 a 1754, Henriques Secco retirou ainda uma outra conclusão fundamental sobre a administração da justiça neste período nos tribunais superiores e relativamente aos crimes mais graves: a decisão da Relação proferida em primeira instância era, em regra, sujeita a embargos deduzidos por advogado do réu ou por defensor oficioso da misericórdia (Henriques Secco, 1880: 233 a 252). A suplicação foi ainda autorizada extraordinariamente pelos decretos de 12.12.1801 e de 8.1.1802, em face da sobrelotação das prisões com presos condenados em pena última, com vista a proceder à comutação das referidas penas, exceptuados os réus de crimes enormíssimos (Borges Carneiro, 1826: 105).

¹¹⁶ Um elenco das excepções a esta regra encontra-se em Gouvêa Pinto, 1820: 55 a 59, e Caetano Pereira, 1820: 201. A previsão do dever de apelação oficiosa nas causas criminais em que o réu fosse condenado a certas penas constituía um dos mais importantes “factores de subordinação dos juizes à lei régia” (António Barbas Homem, 1998 a: 321 a 323, e 1998 b: 466), razão pela qual se tirava devassa do juiz que despachava algum feito crime sem apelar por parte da justiça quando o devia fazer (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 65, § 47) com vista a puni-lo com a pena da privação do ofício, a pena de multa de vinte cruzados e ainda a pena “que aquelle, cujo feito deixou de appellar, merecia por suas culpas” (Ordenações

ou por quaisquer terceiros em seu nome.¹¹⁷

O objecto do recurso de apelação e os poderes do tribunal de recurso eram muito amplos, pois a apelação aproveitava não só aos condenados que não tivessem apelado, mas também à parte recorrida, o que permitia a *reformatio in pejus* e *in melius* da decisão.¹¹⁸

O tribunal de recurso decidia com base no registo da prova produzida na primeira instância e na relação feita pelo ouvidor a quem o processo tivesse sido atribuído pelo regedor,¹¹⁹ embora pudesse ser determinada a produção de nova prova ou mesmo a repergunta das testemunhas já ouvidas.

Na apelação podiam formar-se artigos de nova razão,¹²⁰ alegando neles excepções, argumentos jurídicos ou factos “não de todo estranhos à primeira acção” e arrolando nova prova. Os artigos de razão nova que a parte não deixasse de alegar maliciosamente, mesmo que os não houvesse de novo, recebiam-se de igual modo na apelação.¹²¹ O recebimento de artigos de nova razão era despachado em relação e estes artigos não admitiam réplica nem tréplica.

Ao invés, os agravos constituíam a forma de impugnação dos despachos e

Filipinas, Livro V, Título 122, § 10). Mendes da Castro (1725: 134) dava conta de que a sanção da não interposição da apelação oficiosa era tão temida que “esta lei deu causa a se apelar além dos casos de que fala a ordenação”.

¹¹⁷ Ordenações Filipinas, Livro V, Título 122.

¹¹⁸ Ordenações Filipinas, Livro III, Títulos 72 e 80.

¹¹⁹ Ordenações Filipinas, Livro I, Título 11, § 1.

¹²⁰ A prática foi descrita por Martins da Costa, 1731: 102 e 103, e Ricardo Nogueira, 1786 b: 340 a 342. O assento de 18.6.1622 determinou que não eram admissíveis os artigos de novas razões nas apelações interpostas para os ouvidores dos donatários (Cândido Mendes de Almeida, 1869: 141).

¹²¹ Ordenações Filipinas, Livro III, Título 20, § 28. A apelação caracterizava-se por nela “se poder deduzir o não deduzido, e provar o não provado”, suprindo o defeito da prova da instância inferior. No entanto, nos artigos de nova razão devia conter-se matéria nova, mas dependente da que na primeira instância se alegou, não sendo “totalmente diversa e separada ... desorte que mude a acção e figura de Juízo” (Caetano Gomes, 1756: 71, 72 e 220, e Gouvêa Pinto, 1820: 122). Em regra, na segunda instância podiam ser apresentados novos meios de prova e, designadamente, novas testemunhas, mas apenas sobre os artigos novos, pois “não se admite prova testemunhal na segunda instância, por receio de suborno e corrupção, sobre os artigos anteriores, que chamam de matéria velha e sobre os quais já foram produzidas testemunhas na primeira instância” (Mello Freire, 1967: n. 171, p. 155). A doutrina enunciava os casos típicos em que era admissível a repergunta das testemunhas arroladas na primeira instância: o da nulidade da inquirição na instância, o da ausência dos réus ao tempo da dilação para produção da prova na primeira instância, o da total omissão de inquirição de testemunhas na primeira instância e o de restituição integral (Caetano Pereira, 1820: 207, e Gouvêa Pinto, 1820: 123). No seu “Plano de Melhoramento”, Caetano Pereira previa a faculdade de na superior instância o acusado “arrazoar novamente a sua Causa, e apresentar memorias” e de nos embargos à sentença inquirir novas testemunhas (Caetano Pereira, 1820: 252).

sentenças interlocutórias que não tinham força de definitivas.¹²² Os agravos admitidos em processo penal eram o agravo de petição, que subia de imediato e nos próprios autos, para o juiz ou tribunal que estivesse dentro de cinco léguas,¹²³ o agravo de instrumento, que também subia de imediato, mas em separado, para o juiz ou tribunal que estivesse fora das cinco léguas¹²⁴ e, ainda, o agravo no auto do processo, que tinha lugar quando não coubesse qualquer um dos anteriores¹²⁵ e devolvia o conhecimento ao tribunal superior quando os autos a ele subissem com o recurso interposto da decisão definitiva ou de uma interlocutória com força de definitiva.¹²⁶

A amplitude do regime dos recursos no processo crime era mais aparente do que real. Por um lado, a praxe dos tribunais penais encarregava-se de limitar o abuso dos embargos, frequente no processo civil.¹²⁷ Por outro lado, no processo penal não

¹²² Vasco Ferreira e Carmino Ferreira (1948: 43 a 46). Mello Freire criticava (1967: n. 171, p. 144) a distinção entre as decisões interlocutórias mistas e as meras interlocutórias, pois “dificilmente se pode excogitar algum agravo, que não prejudique a decisão da causa principal, ou não contenha dano que não possa ser reparado pela definitiva”.

¹²³ A prática era a de o tribunal de recurso admitir ainda embargos da decisão que proferia sobre o agravo nos autos, descendo o processo ao tribunal de primeira instância só depois da segunda decisão do tribunal de recurso. Se a decisão do juiz recorrido de primeira instância não fosse totalmente conforme com a do tribunal de recurso, era ainda admissível novo recurso (Gouvêa Pinto, 1820: 172). O agravo de petição tornou-se uma garantia importante do réu contra o juiz que lhe tinha causado gravame na primeira instância, a que os réus recorriam com muita frequência, considerando a doutrina que a cumulação dos embargos com este meio de impugnação constituía uma prática abusiva (Caetano Gomes, 1756: 135 e 136).

¹²⁴ O fundamento da distinção era este: quando o tribunal superior estivesse perto, a remessa dos próprios autos com o agravo de petição ao tribunal superior não constituía prejuízo grave, “pois, embora o decurso da causa principal se impeça por algum tempo, será, contudo, breve”, ao invés, quando o tribunal superior estivesse longe, os autos não lhe eram enviados, mas apenas um extracto ou instrumento dos mesmos “para que não se impeça o decurso da causa” (Mateus Leitão, 1745: 96 e 97). Contudo, sendo a interposição de recurso de agravo por petição um favor concedido pela lei ao agravado, a doutrina admitia a renúncia ao mesmo pelo agravado, que podia por isso agravar por instrumento dentro das cinco léguas (Mateus Leitão, 1745: 97). Uma outra diferença fundamental entre o agravo de instrumento e os outros era a de que naquele as partes tinham vista e alegavam na instância superior (Gouvêa Pinto, 1820: 171 e 175).

¹²⁵ O agravo no auto de processo tinha sempre lugar mesmo quando nas Ordenações se dissesse “sem apelação nem agravo” (Gouvêa Pinto, 1820: 179, Caetano Gomes, 1820: 52, e Caetano Pereira, 1834 b: 72).

¹²⁶ O agravo de petição e o de instrumento podiam fundar-se em ordenação não guardada, quer a causa coubesse na alçada do tribunal quer não. O agravo de ordenação não guardada constituía uma modalidade autónoma de recurso, quando era interposto de decisão que não fosse recorrível por apelação nem por agravo, ordinário, de petição ou de instrumento (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 5, § 6). Neste caso, o agravo era decidido pelo regedor com cinco desembargadores. Era um meio extraordinário, mas não se admitia *per saltum* (Gouvêa Pinto, 1820: 144 e 145, e Pinheiro Ferreira, 1825: 185).

¹²⁷ “As demandas são – doloroso é dizê-lo - quase imortais e dificilmente acabam em vida de um só homem”, queixava-se Mello Freire no que toca às causas cíveis (1967: n. 168, p. 34), e o não menor dos males na fase declarativa do processo era o da concessão das reformas das dilações probatórias, tendo Ricardo Nogueira (1786 b: 305) denunciado que “na pratica he incrível o abuso que se faz destas reformas”. A situação de “escandaloso abuso” dos embargos no final do Antigo Regime era descrita por

tinha lugar o recurso de revista, salvo sendo especialmente concedida pelo monarca,¹²⁸

Caetano Gomes (1756: 135 e 136), como se referiu já, e por Vanguerve Cabral (1757: 181) e Verissimo Alvares da Silva, (1796: 65). Não surpreende, pois, que na fase de transição do Antigo Regime para o liberalismo a doutrina exigisse a abolição de vários destes meios de impugnação e a simplificação dos restantes (os agravos “não servem de ordinario, senão de demorar as causas, e de fazer as demandas mais dispendiosas”, “as vistas, os embargos e os seus arrazoados são quem fornece os maiores motivos para eternizar as causas”, “Na confusão presente requerem as partes a quem querem, e quasi não há regra fixa na practica a tal respeito ... A maior parte dos litigantes desprezão os meios ordinarios, e vão solicitar nos Tribunais remedios extraordinarios: e o mais é que são attentidos, e deferidos, apezar da lei, como se os Tribunais podessem deferir sem ser conforme a lei ”, Manoel Salvador, 1821: 15 a 17).No entanto, no processo penal, os tribunais adoptavam uma praxe que muito restringia a possibilidade de dilação da execução da decisão, que era a de que os segundos embargos eram oferecidos e despachados dentro dos três dias fixados pela lei para a apresentação dos primeiros embargos, como Henriques Secco (1880: 235) comprovou na lista descritiva das execuções capitais realizadas em Lisboa entre 1693 e 1754, constante de um manuscrito da biblioteca de Évora. Como se viu já, a legislação de polícia de 1755 e 1760, aprovada para pôr cobro ao forte aumento da criminalidade ocorrido após o terramoto, viria a restringir ainda mais esta prática no âmbito dos crimes atrozes nelas previstos.

¹²⁸ João Pinto Ribeiro, 1729: 75, Ricardo Nogueira, 1858: volume VII, p. 152, e Mello Freire, 1967: n. 171, p. 165. Nos feitos civeis, eram admitidos dois tipos de revista, a revista de justiça e a de graça especial. Aquela revista tinha fundamento na viciação da sentença por falsas provas, peita ou suborno do juiz, podia ser pedida a qualquer tempo e não dependia de informação prévia dos desembargadores do Paço. A revista de graça especial tinha fundamento em injustiça notória, devia ser apresentada dentro de dois meses ao Desembargo do Paço e dependia da referida informação (Virissimo Alvares da Silva, 1796: 76 a 78, e, sobre a natureza mista da antiga revista nas causas civeis, que participava da natureza de cassação e de “um verdadeiro *Rechtsmittel*, uma espécie de «última apelação»”, Paulo Merêa, 1948: 62 e 63). Nos feitos crimes e quanto às penas corporais só era admitida a revista por graça especialíssima, que não tinha quaisquer limitações de ordem material ou temporal e era decidida pelo monarca sem prévia informação do Desembargo do Paço. A praxe foi objecto de uma crítica sistemática por Caetano Gomes (1756: 204 a 211, e 1820: 183 a 191), que admitia a revista contra a sentença em que houvesse “injustiça simplez ou ordinaria injustiça” e censurava os práticos por seguirem um “systema, que quasi extingue o uso” da revista. A simples injustiça exigiria apenas o conhecimento das razões das partes pelos desembargadores do paço ao passo que a injustiça notória implicava o conhecimento dos feitos para decisão, a simples injustiça seria decidida de acordo com as regras do direito ao invés da injustiça notória, que não era decidida rigorosamente de acordo com estas regras, bastando que no feito se descobrissem circunstâncias que justificassem um melhor exame da causa. Por outro lado, a prática instituída no Desembargo do Paço era a de os desembargadores verem sempre o feito antes da admissão liminar da revista, o que Caetano Gomes criticava por não ter fundamento na lei, nem ser “compativel com a alta preeminência de Senadores tão illustres”. Contrariamente, Caetano Gomes entendia que a admissão ou rejeição liminar da revista devia ser feita com base apenas na análise das razões das partes pelos desembargadores do Paço e, só em caso de admissão liminar, os desembargadores da Casa da Suplicação deviam dar a sua informação e os do Paço proceder então ao exame do feito. Este exame deveria ter lugar, mesmo após a informação negativa dos desembargadores da Casa, com vista a verificar se não haveria injustiça notória da sentença. Precisamente com vista a fazer cessar este “abuzo de se escrever, e julgar por alguns Praxistas e Informantes, que basta qualquer injustiça” para a interposição da revista, a Lei de 3.11.1768 extinguiu a revista de justiça, subsistindo apenas a revista por graça, interposta com fundamento em manifesta nulidade, prevista nos preâmbulos dos Titulos 75 e 95 do Livro III das Ordenações, e em injustiça notória, por violação de direito pátrio expresso, e a revista por graça especialíssima, que podia ser interposta nas causas em que estivesse vedada a revista ou a revista por graça já não fosse tempestiva (sobre o intuito disciplinador da lei nova, Rui Marcos, 1990: 78 a 80, e António Barbas Homem, 1998 a: 317). A lei nova manteve, contudo, a proibição de interposição de revista nos feitos crimes quanto a penas corporais, o que foi objecto de crítica da doutrina na transição do Antigo Regime para o liberalismo (“Pelas nossa leis actuaes he inteiramente proibida a revista em casos crimes; ao mesmo tempo que a facultão em casos civeis ainda de pequenas quantias. He isto uma contradicção, que nem ao menos he sustentada por motivo arrazoado. Os homens não querem os seus bens senão porque estes lhes facilitão a vida, e lhe dão commodo para ella; mas quando se lhe tira a

nem o recurso de agravo ordinário. Acresce que a interposição da apelação estava associada, não só ao perigo da *reformatio in pejus*, como também ao da eternização da prisão do réu, que, fora de flagrante delito, ocorria com a pronúncia e, nos crimes capitais ou puníveis com pena de açoites ou pena superior a seis anos de degredo para o Brasil, mesmo independentemente dela,¹²⁹ e se mantinha até à decisão última do tribunal de recurso, mesmo que o réu tivesse sido absolvido, dado o entendimento de que a execução de qualquer decisão que determinasse a soltura do réu podia causar dano irreparável e dependia por isso da confirmação da decisão pelo tribunal de recurso.¹³⁰

O direito português não se distinguia substancialmente do de outras nações europeias. À semelhança do que acontecia em outros reinos europeus e, designadamente, em França, a forma de processo para julgamento dos crimes mais graves era a mais célere e a que menores garantias oferecia. O segredo absoluto em torno da produção da prova, conjugado com o perigo de parcialidade do tribunal e a mediação na recolha da prova nos processos por crimes capitais, caracterizavam igualmente o direito processual da nação francesa no final do Antigo Regime.

A *Ordonnance Criminelle* de Saint-Germain-en-Laye, mandada publicar em 1670 por Louis XIV,¹³¹ previa igualmente a direcção da fase preparatória secreta da

vida, de que lhe servem os bens ? ... Eis aqui as leis sucurrendo fortemente os meios, e desprezando ainda mais fortemente os fins”, Manoel Salvador, 1821: 35 e 36).

¹²⁹ Os termos do § 14 da Lei de 6.12.1612 foram ampliados pela Lei de 19.10.1754, incluindo os crimes puníveis com açoites ou com degredo por mais de seis anos para o Brasil. Deste modo, quase todos os crimes passaram a admitir a prisão antes da culpa formada, o que tornava ainda mais grave a “abusiva relaxação” que se verificava no cumprimento do prazo máximo de formação da culpa (Ferreira de Moira, 1826: n. II, p. 56, e, já anteriormente, Manoel Salvador, 1821: 10). Mais tarde, a acumulação dos presos nas cadeias da corte e da Casa do Porto aguardando julgamento justificou a publicação do Alvará de 5.3.1790, que mandou fazer uma audiência geral trimestral para todos os presos e nos casos de adiamento de uma para a outra audiência “por falta de citação das Partes, ou por qualquer outra causa que seja” a remessa dos autos à Relação competente para, com seis juízes e em cinco dias, “breve, e summariamente serem a final sentenciados, ainda que as suas culpas não sejam da qualidade, em que costuma haver este procedimento” (sobre a importância deste diploma, Ferreira Borges, 1826: 19, que afirmava que esta era uma “Lei que devêra sempre e invariavelmente observar-se”, Ferreira de Moira, 1826: II, p. 6, Henriques Secco, 1871: 580 e 581, e Latino Coelho, 1916: 323). Contudo, a doutrina salientava que esta legislação não mandava soltar o preso se o prazo não fosse observado (Castro Neto, 1845: 181).

¹³⁰ A prática era uniforme neste sentido (Melchior Febo, 1713 a: 340, Vanguerve Cabral, 1757: 162, Caetano Pereira, 1834 b: 60, e Castro Neto, 1845: 181 e 182).

¹³¹ A estrutura do processo penal estabelecida nesta *Ordonnance* de Louis XIV, que vigorou até à revolução, era a mesma da *Ordonnance Criminelle* de Villers-Cotterêts, de 1539, que é considerada pela doutrina como aquela que consagrou como regra em França o processo inquisitório. A nova *Ordonnance* de 1670, se teve o mérito de sistematizar o direito anterior, caracterizava-se também pelo recurso à tortura e pelo segredo absoluto da instrução do processo, “que retiravam à lei todo o valor” (Carl Mittermaier, 1845: 127 e 128, Albéric Allard, 1868: 149 a 165, Albert Du Boys, 1874 a: 566, Esmein, 1882: 139, René Garraud, 1907: 29, e Maurice Quenet, 1997: 165).

“informação” (*information*) por um juiz, que no final ordenava o prosseguimento dos autos, dando a “decisão extraordinária” (*réglement à l' extraordinaire*), quando os factos fossem puníveis com uma pena aflitiva ou infamante, e a “decisão ordinária” (*réglement à l' ordinaire*) nos restantes casos.¹³² Se nesta forma de processo, em que se julgavam sobretudo injúrias, pequenas ofensas e furtos simples, o feito era apresentado em juízo pelo queixoso e decidido com base na produção da prova em audiência pública e contraditória, naquela outra forma toda a instrução do processo era feita em segredo e na ausência de advogado, embora a lei de 1670 registasse já algumas exceções muito significativas, nos termos das quais era permitido o contacto do arguido com o defensor depois do primeiro interrogatório judicial.¹³³ Por outro lado, o mesmo juiz que realizava a instrução preparatória do processo procedia posteriormente ao *récolement* da prova da instrução, isto é, à repergunta das testemunhas, e intervinha como relator no julgamento.¹³⁴ Acresce que esta repergunta também era secreta e tinha lugar na ausência do acusado, não se confundindo, portanto, com a *confrontation*, que consistia na apresentação das testemunhas da acusação ao acusado, inexistente entre nós, como se viu, e facultativa no direito de além-Pirinéus.¹³⁵ Além desta diferença, uma outra se destaca no regime probatório. A *Ordonnance* de 1670 pôs fim a uma prática generalizada de atribuição de tarefas pelo juiz a inquiridores na fase de instrução preparatória, que era mesmo proibida na fase de instrução definitiva.¹³⁶

Não obstante a criação original do direito francês de um corpo autónomo de

¹³² Como salienta Faustin Hélie, estes casos em que não era aplicável qualquer pena corporal eram raros no direito penal antigo, pelo que o *réglement à l' extraordinaire* era a forma de processo comum nos feitos crimes (Faustin Hélie, 1867 b: 441).

¹³³ J. D. Meyer, 1819 b: 247 a 249, Albéric Allard, 1868: 177, 183 a 185, Albert Du Boys, 1874 a: 576, 577 e 582, Esmein, 1882: 223, 224 e 231, e, em face da lei de 1539, pp. 140 e 142, René Garraud, 1907: 55, e André Laingui e Arlette Lebigre, 1979: 94. Ao que parece, a prática era menos rigorosa do que a norma e admitia a intervenção oral do advogado nas causas crime depois da *confrontation* (Jean-Pierre Royer, 1996: 153, 154 e 166).

¹³⁴ Se a doutrina disputava sobre o problema da participação do juiz instrutor na fase da instrução definitiva e do julgamento da causa, a prática resolvia-o de modo uniforme (Albert Du Boys, 1874 a: 597, Esmein, 1882: 237 e 238, e André Laingui e Arlette Lebigre, 1979: 98 e 100).

¹³⁵ No entanto, esta confrontação não visava um verdadeiro debate contraditório da prova, mas a dedução oral pelo réu de exceções à admissibilidade do depoimento das testemunhas e a sugestão ao juiz pelo réu da colocação de questões às testemunhas (Faustin Hélie, 1866 a: 410 e 411, Albéric Allard, 1868: 235 a 241, Albert Du Boys, 1874 a: 591 e 592, Esmein, 1882: 235 a 237, e, em face da lei de 1539, pp. 145 e 146, e André Laingui e Arlette Lebigre, 1979: 98 e 99).

¹³⁶ Albéric Allard, 1868: 181, e André Laingui e Arlette Lebigre, 1979: 91.

magistrados com funções de promoção da pretensão punitiva do Estado,¹³⁷ subsistia naquele direito, como no português, uma sobreposição de competências judicativas e persecutórias na pessoa do juiz. O procurador do rei desempenhava um papel subalterno, preponderando a parte civil e mesmo o juiz de julgamento no desencadeamento da acção pública, pois o procurador não tinha um direito de iniciativa pessoal do processo e o juiz podia proceder oficiosamente. Por outro lado, no desenrolar do processo, o juiz actuava como um “magistrado do Ministério Público”, promovendo efectivamente os termos da acção pública, sendo muito limitada a influência do procurador do rei.¹³⁸ Por fim, o juiz dominava plenamente a fase de instrução definitiva e julgamento da causa.¹³⁹

A decisão de mérito fundava-se em um sistema legal positivo de provas e de penas extraordinárias. A teoria dos indícios próximos e das “semi-provas” (*semi-preuves*) permitiu o desenvolvimento de uma distinção das sentenças de absolvição em três modalidades: a absolvição pura e simples, que era, em regra, acompanhada por uma condenação da parte civil nas despesas e em uma indemnização, a absolvição da instância (*mise hors de cour*), que livrava o acusado da acusação, mas não lhe permitia pedir uma indemnização ao denunciante por subsistirem suspeitas, e a decisão de “mais amplamente informado” (*plus amplement informé*), que constituía uma suspensão do processo por tempo determinado ou indeterminado, em que o acusado permanecia sob suspeita e com certas restrições à sua liberdade. Apesar do artigo 4 do título XX da *Ordonnance* de 1670 ter excluído esta última modalidade, a sua prática manteve-se até ao final do Antigo Regime. No entanto, nos tribunais franceses nunca terá tido aplicação

¹³⁷ A origem do Ministério Público no direito francês ainda não está definitivamente esclarecida. A doutrina francesa divide-se entre três teses: a tese judiciária clássica, que defende que esta magistratura terá sido criada a partir do recrutamento pelo rei de profissionais do foro ajuramentados para defesa dos seus interesses e da coroa, a tese intermédia, advogada, entre outros, por Michèle-Laure Rassat, que reconhece uma origem judiciária aos representantes do rei em processo civil, os *advocats du roi*, mas atribui aos seus representantes em processo criminal, os *procureurs du roi*, uma origem administrativa e dominial, e a tese política, que relaciona a criação desta magistratura com a nomeação de comissários pelo rei para os tribunais senhoriais, eclesiásticos e municipais (Faustin Hélie, 1866 a: 298 a 306, Marcel Rousselet, 1948: 38 e 39, Michèle-Laure Rassat, 1967: 13 a 21, e Jean-Pierre Royer, 1996: 55 a 58).

¹³⁸ J. D. Meyer, 1819 b: 262 a 264, 273 a 275, Michèle-Laure Rassat, 1967: 26 a 30, e Jean Pradel, 1990: 19.

¹³⁹ “Todo o juiz é um procurador geral” (*Tout juge est procureur général*), era o adágio que orientava a actividade do juiz (Maurice Quenet, 1997: 163).

a doutrina da suficiência dos indícios leves nos crimes atrocíssimos.¹⁴⁰

Da sentença condenatória em pena capital ou corporal competia recurso de apelação obrigatório para o tribunal superior, o *Parlement*, e das restantes sentenças recurso facultativo para o *Bailliage* ou *Sénéchaussée* ou ainda para o *Parlement*.¹⁴¹ Se neste ponto específico do duplo grau de jurisdição nas causas mais graves o direito francês era mais favorável ao réu do que o direito nacional, a obrigação de o réu depor sob juramento e a não motivação da sentença na primeira instância constituíam duas particularidades daquele direito, que muito prejudicavam o réu,¹⁴² sem paralelo no direito nacional.

Ao invés, o direito francês tratava o réu ausente mais favoravelmente do que o direito nacional. O direito francês também conhecia a citação edital e a anotação de bens no processo de contumácia, mas previa a repergunta das testemunhas antes da prolação da sentença e a supressão de pleno direito da sentença condenatória do réu ausente quando ele comparecesse ou fosse preso, ressalvando as condenações pecuniárias, que eram consideradas inimpugnáveis depois de decorrido um prazo de cinco anos desde a notificação edital da sentença condenatória. Comparecendo o réu ou sendo preso, procedia-se por expressa imposição da lei à confrontação das testemunhas com o réu, com a exceção das que fossem falecidas ou não fossem encontradas.¹⁴³

5. O último fôlego do Antigo Regime: o Ensaio de Código

¹⁴⁰ Albéric Allard, 1868: 265 a 268, 327 e 328, Albert Du Boys, 1874 a: 599, 600, 611 e 612, Esmein, 1882: 244, 245, 275 a 283, Julius Glaser, 1883: 148, René Garraud, 1907: 58, 482 e 483, e André Laingui e Arlette Lebigre, 1979: 102 a 104, 111 a 116.

¹⁴¹ Os tribunais que compunham a justiça régia comum no final do Antigo Regime distribuíam-se por três graus de jurisdição: no primeiro, os *Prévôtés*, no segundo, os *Bailliages*, também designados por *Sénéchaussées* e de que os *Présidiaux* foram no século XVI destacados, e ainda, no terceiro grau, os *Parlements*, que em certas regiões eram substituídos pelos *Conseils Provinciaux*. A “jurisdição régia de atribuição” (*jurisdiction royale d’attribution*) era muito vasta, destacando-se os severíssimos *prévôts des maréchaux*, que constituía uma jurisdição militar com competência para julgar em primeira e única instância os atentados à ordem pública e os crimes cometidos por vagabundos e reincidentes. Sobre a composição e a competência destes tribunais, Faustin Hélie, 1866 a: 377 a 385, Joseph Hudault, 1990: 159 a 161, 166 a 171, Pierre-Clément Timbal e André Castaldo, 1993: 360 a 364, e Jean-Pierre Royer, 1996: 42 a 55.

¹⁴² Albéric Allard, 1868: 220, 221, 326 e 370, Esmein, 1882: 244, Albert Du Boys, 1874 a: 609 e 610, René Garraud, 1907: 54, 59, 509, e 517, André Laingui e Arlette Lebigre, 1979: 93, 104 a 107, e Maurice Quenet, 1997: 164.

Criminal de Pascoal José de Mello Freire (1789)

Depois da rainha D. Maria I ter, por Decreto de 31.3.1778, mandado proceder à elaboração de um novo código e para o efeito ter estabelecido uma comissão, não produzindo esta obra alguma, foi Mello Freire nomeado, por carta de 22.3.1783, para que apresentasse o projecto de um código de direito público e de um código criminal, correspondendo aquele ao livro segundo e este ao livro quinto das Ordenações. Das duas tarefas se desempenhou o lente em cinco anos.

Mello Freire alicerçou o seu projecto de código criminal em uma crítica dos fundamentos das disposições substantivas e da estrutura do processo do livro quinto das Ordenações.

Profundamente influenciado pelo pensamento penal iluminista,¹⁴³ o autor do “Ensaio” apontava três “defeitos” fundamentais do direito substantivo vigente: a indeterminação dos crimes e das penas,¹⁴⁵ a desproporcionalidade e a crueldade das penas¹⁴⁶ e o tratamento penal desigual consoante o estatuto social do réu.¹⁴⁷ No tocante

¹⁴³ Albéric Allard, 1868: 345 a 350, e Esmein, 1882: 252 e 253.

¹⁴⁴ Montesquieu, Beccaria e Voltaire foram os expoentes máximos do pensamento penal iluminista, como é reconhecido pela doutrina (Esmein, 1882: 362, Eberhard Schmidt, 1947: 189 a 192, Jean Pradel, 1990: 20, Mário Almeida Costa, 1996: 362, Jean-Pierre Royer, 1996: 178, e Maurice Quenet, 1997: 169). Foram as obras fundamentais destes autores que se tomaram como termo de referência para a análise do pensamento de Mello Freire.

¹⁴⁵ Esta era uma crítica fundamental dos pensadores do iluminismo penal à legislação criminal, lançando a sua argumentação os fundamentos dogmáticos da compreensão moderna do princípio da legalidade penal (Montesquieu, 1964: 557, e Beccaria, 1823: 17, 27 e 28). Mello Freire não deixou, contudo, de consagrar pontualmente a pena arbitrária (§ 2 do Título 7 do Ensaio).

¹⁴⁶ Também neste ponto fundamental Mello Freire reproduzia a doutrina iluminista dos efeitos perversos das penas cruéis e desproporcionais e da maior importância relativa da certeza da punição em relação à severidade da pena (*Qu’ on examine la cause de tous les relachements, on verra qu’ elle vient de l’ impunité des crimes, et non pas de la moderation des peines*, Montesquieu, 1964: 561, *Ce n’ est pas la rigueur du supplice qui prévient plus sûrement les crimes, c’ est la certitude du châtement*, Beccaria, 1823: 220). Mello Freire (1966 a: n. 155, p. 81) defendia mesmo a abrogação de muitas ordenações do livro quinto que continham penas excessivamente severas, “ou pela vontade e conivência dos próprios Imperantes, visto que não exigem a sua execução, ou pelo desuso”. Contudo, o autor mantinha a pena de morte e as penas infamantes como uma garantia indispensável da segurança pública (Mello Freire, 1844: 12). Ao invés, o censor de Mello Freire considerava estas penas desnecessárias à República, invocando em seu favor a doutrina estrangeira (Antônio Ribeiro dos Santos, 1844: 178 a 182, notas ao título III). Mais tarde, Francisco Freire de Mello faria uma crítica sistemática do sistema de penas do direito antigo, concluindo, como o tio, que as leis antigas não guardavam a proporção entre o delito e a pena e que devia ser mantida a pena de morte (Francisco Freire de Mello, 1822: 88). O sistema punitivo do projecto de Mello Freire não se distinguia das Ordenações Filipinas apenas na atenuação do rigor das penas (Peter

ao processo penal, a crítica do autor subia de tom, enunciando quatro “defeitos” fundamentais das Ordenações: a omissão de regras gerais sobre a prova,¹⁴⁸ as violências do regime extraordinário da perseguição dos crimes morais e atrozes,¹⁴⁹ a manutenção lado a lado do processo acusatório no título 117 e do processo inquisitório no título 122,

Hünerfeld, 1971: 41 e 42, e Eduardo Correia, 1977 a: 108 a 113), revelando a técnica de incriminação das condutas também uma nova concepção das relações sociais e dos poderes do Estado (Antônio Hespanha, 1984: 197 a 199, 203, 210, 213, 214, 219, 222 e 225).

¹⁴⁷ O autor censurava a “escandalosa diferença entre o fidalgo, desembargador, e outros homens, como se todos não tivessem o mesmo e igual direito á sua honra” (Mello Freire, 1823: 5). No entanto, o § 13 do Título IV do Ensaio ressaltava ainda as exceções previstas na lei, isto é, no título 139 do Livro V das Ordenações, “de que se fará o uso que parecer conveniente” como se afirmava na nota justificativa daquele parágrafo (Mello Freire, 1823: 242). Já em uma outra obra (1966 a: n. 155, p. 96), Mello Freire tinha advogado, opondo-se expressamente a Beccaria, a desigualdade das penas consoante a condição social e de sangue dos réus. Não é, pois, correcta a tese de Vítor Faveiro (1968: 44), segundo a qual Mello Freire “suprimia radicalmente as discriminações e colocava todos os homens ao nível comum da humanidade”, tese recentemente retomada, aliás, por Antônio Barbas Homem (2001: 230), ao afirmar que no Novo Código se consagrava o “princípio da igualdade de todos os indivíduos em matéria de penas”.

¹⁴⁸ Mello Freire estava mais próximo de Montesquieu do que de Beccaria neste ponto. Se Montesquieu ainda defendia a vinculação do juiz às regras da prova legal (Montesquieu, 1964: 599), Beccaria propunha como único critério de apreciação da prova o bom senso, pois “esse guia é menos enganador do que todo o saber de um juiz, acostumado a não procurar senão culpados em todo o lado” (*ce guide est moins trompeur que tout le savoir d’ un juge, accoutumé à ne chercher partout que des coupables*, Beccaria, 1823: 45). O autor milanês foi o primeiro teórico da aplicação plena do princípio da livre convicção no processo penal (Armando de Marchi, 1929: 53, 85 e 88, Ali Rached, 1942: 107, e Mario Pisani, 1990: 116). A obra renovadora de Beccaria teve o seu prenúncio em uma outra, o terceiro livro da *Scienza della Legislazione*, de Gaetano Filangieri, publicado no ano anterior ao da primeira edição dos *Dei Deltiti*. No livro que tinha por objecto a reforma do processo criminal, Gaetano Filangieri propunha já um sistema misto que combinava o novo princípio da certeza moral do juiz com um conjunto de vinte e duas regras com a força de prova legal e implicava a condenação ou a absolvição do réu quando a certeza moral e a legal coincidem no mesmo resultado e a “suspensão do julgamento” sempre que a certeza legal ou a moral fosse favorável ao réu. Encontrando-se suspenso o julgamento, o réu era libertado e afastado temporariamente do gozo de algumas das prerrogativas da cidadania, podendo o julgamento ser reaberto pelo acusador ou pelo réu perante novas provas de culpa ou de inocência (Gaetano Filangieri, 1840: 349 a 359 e 414).

¹⁴⁹ A crítica da máxima, segundo a qual “nos delitos mais atrozes, isto é, nos menos prováveis, são suficientes as circunstâncias mais ligeiras” (*dans les délits les plus atroces, c’est-à-dire, les moins probables, les plus légères circonstances suffisent*), já tinha sido feita por Beccaria (1823: 65). Foi precisamente em relação aos crimes morais que o autor milanês se pronunciou, criticando a doutrina comum que admitia nos crimes difíceis de provar, como o adultério, “as presunções, as conjecturas, as meias-provas, como se um homem pudesse ser meio-inocente ou meio-culpado, e merecer ser meio-absolvido ou meio-punido (*les présomptions, les conjectures, les demi-preuves, comme si un homme pouvait être demi-innocent ou demi-coupable, et mériter d’ être demi-absous ou demi-puni*, Beccaria, 1823: 125). Esta mesma crítica foi retomada por Voltaire (1822: 556) e Benjamin Constant (1822: 201 a 206). Sobre o fundamento dogmático da doutrina da pena extraordinária e a sua íntima conexão com os conceitos do direito penal substantivo da negligência, da tentativa e da participação em facto de outrem, por um lado, e por outro, com a teoria da prova legal e com as dificuldades da prova em determinados delitos, Julius Glaser, 1879: 12 e 13, e 1883: 126 a 129, Eberhard Schmidt, 1947: 143 e 144, 149 a 154, Friedrich Schaffstein, 1989: 501 a 503, e Andrea Schmidt, 1994: 35 a 37. A abolição da tortura, não acompanhada da supressão da teoria da prova legal, criou dificuldades consideráveis à praxe, das quais a doutrina saiu recorrendo à ampliação das teorias das penas de desobediência, da pena extraordinária e da absolvição da instância. A imposição de penas extraordinárias constituiu precisamente a solução privilegiada pela doutrina para evitar as dificuldades de prova decorrentes da abolição da tortura (Peter Holtappels, 1965: 65 e 66, Bertram Schmitt, 1992: 144, e Andrea Schmidt, 1994: 44 e 45).

tendo o processo penal na fase judicial a mesma estrutura complexa e longa do processo civil, e a inexistência de uma forma de processo sumário e verbal.¹⁵⁰

A propósito de cada um destes defeitos o autor formulou “pequenas reflexões”, nas quais estabelecia os princípios orientadores da proposta de reforma que apresentava, “a summa do plano e systema geral”.

No que respeitava às críticas de natureza processual, o autor propunha-se formular um corpo de regras sobre o direito probatório, assente na rejeição dos dois princípios fundamentais da doutrina clássica, segundo os quais “nos grandes crimes bastão menores provas” e “a simples confissão do réo, sem outra prova, basta para a condenação”,¹⁵¹ abolir as violências do regime processual dos crimes morais e, sobretudo, as denúncias em segredo¹⁵² e os tormentos,¹⁵³ simplificar e reduzir a ordem processual ordinária e criar uma forma de processo sumário. Para o efeito o autor munia-se do seu conhecimento da doutrina sua coeva, mas sobretudo da iluminação da razão natural.¹⁵⁴

O autor do “Ensaio” propunha a revogação do foro privilegiado nas causas crimes e, designadamente, do privilégio concedido na primeira instância aos moradores nas terras da rainha, do príncipe e do infante e dos privilégios dos oficiais e soldados nos delitos comuns cometidos fora dos seus quartéis e alojamentos, com a excepção do privilégios dos estrangeiros, dos eclesiásticos seculares e regulares e dos cavaleiros professos nas três ordens militares do reino e na ordem de São João de Malta, que, no entanto, eram restringidos.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Mello Freire, 1823: 6.

¹⁵¹ Mello Freire, 1823: 15 e 16.

¹⁵² Este era outro dos pontos fundamentais do pensamento penal iluminista (Montesquieu, 1964: 606, Beccaria, 1823: 75 a 80, e Voltaire, 1822: 326 e 327). Em 1820, ainda Caetano Pereira clamava no seu “Plano de Melhoramento do Processo Criminal” pela proibição da delação oculta ou entre familiares (Caetano Pereira, 1820: 248).

¹⁵³ A abolição da tortura reflectia a visão diferente do homem como sujeito do processo e não como objecto (Montesquieu, 1964: 560 e 561, Beccaria, 1823: 91 a 110, e Voltaire, 1822: 317 a 319). A posição processual do réu estava intimamente conexas com a filosofia do “Estado de Policia” (*Polizeistaat*), de tal modo que o domínio total do juiz sobre a instrução da causa correspondia simbolicamente ao poder absoluto do monarca sobre os seus súbditos (Julius Glaser, 1879: 15, Eberhard Schmidt, 1947: 170, 183, 194 e 324, e Wolfgang Wohlers, 1994: 51), tendo a evolução constitucional para a forma do Estado de Direito tido como principal repercussão no processo penal o reconhecimento do arguido como sujeito do processo com um “direito de audiência diante do tribunal” (Hinrich Rüping, 1991: 84).

¹⁵⁴ “Consultarei principalmente a razão natural, e civil das penas, o fim das sociedades, a segurança publica, o estado, genio e character actual da nação, e sobre tudo a lei da humanidade, entendida e combinada sempre com a lei da justiça e da pública segurança”, dizia Mello Freire (1823: 18).

¹⁵⁵ Mello Freire, 1823: 217, e 1844: 54 a 56. A lição do lente era a de que “nada de mais funesto se pode

A definição do tribunal competente e da forma de processo aplicável dependiam da natureza grave ou leve do crime, sendo a competência do Tribunal da Relação e a dos juízes singulares definidas em termos idênticos aos do direito vigente. Os “crimes sociaes”¹⁵⁶ e todos aqueles puníveis com as penas de morte, corporal, de degredo perpétuo no reino ou para fora por mais de cinco anos, de confisco na maior parte dos bens ou com quaisquer penas infamantes só podiam ser julgados no Tribunal da Relação, devendo o juiz ordinário ou o juiz de fora, depois da instrução do processo, remetê-lo àquele tribunal.¹⁵⁷ Os crimes leves eram julgados por estes juízes, cabendo recurso, em certos casos obrigatório, para o tribunal superior.

O processo tinha duas fases, uma primeira “extrajudicial” e uma segunda “judicial”.

Aquela primeira fase processual designava-se por “informação da justiça”, era comum aos processos para julgamento de crimes graves e leves e consistia na investigação do facto criminoso imputado ao acusado e em “tudo o que a justiça fizer em segredo sem a sua audiência e citação” (Título LIX).¹⁵⁸

O processo começava com a querela ou a devassa, geral ou especial, tirada

conceber para a república que este privilégio do foro, pois além de as demandas se tornarem imortais, difíceis e complicadas, por se costumarem pôr infinitas dúvidas sobre a competência de tal privilégio, que coisa há, pergunto, mais alheia às razões da justiça e humanidade do que fazer vir de longe à Corte os agricultores, artifices, etc.? E sobretudo a requerimento dos mais poderosos que aí moram, e aí disfrutam de muita autoridade e abundam em muitas riquezas?”, concluindo no sentido de que “devem, por isso, ser suprimidos os foros privilegiados, mormente os pessoais” (Mello Freire, 1967: n. 168, p. 159). Esta pretensão correspondia a um princípio fundamental do pensamento filosófico iluminista, embora formulado pelos diferentes autores com algumas concessões. Montesquieu considerava os juízos comissários como a causa da decadência das monarquias (1964: 605), propondo que todos os cidadãos fossem julgados por tribunais colectivos formados pelos seus pares (1964: 587) e, designadamente, que os nobres fossem julgados pelos seus representantes na assembleia legislativa (1964: 607). Também Jeremias Bentham rejeitava peremptoriamente a existência de tribunais especiais com competência criminal, com a excepção dos tribunais militares e dos da marinha mercante, admitindo ainda tribunais eclesiásticos mas apenas com competência em matéria espiritual (Jeremias Bentham, 1830: 6 e 7).

¹⁵⁶ Os crimes sociais, também designados por crimes públicos, eram os crimes que perturbavam e ofendiam “a ordem social” (§ 5 do Título LV) e incluíam os crimes religiosos, os morais e os políticos (§ 7 do Título I). Sobre as especialidades muito gravosas do regime penal e processual destes crimes no direito das Ordenações, Taipa da Carvalho, 1981: 125 a 140.

¹⁵⁷ No projecto de “Código do Direito Público”, Mello Freire apresentou uma justificação teórica da necessidade da atribuição da competência aos tribunais superiores para conhecer destes ilícitos, argumentando que as penas de morte, infâmia e degredo eram necessárias para garantir a segurança pública, pelo que somente deviam ser impostas pelas Relações (Mello Freire, 1894: 12). O censor de Mello Freire salientou, com razão, a “falta de raciocínio, que se contém neste §, porque não acho nexos entre os principios, que o compilador aqui propõe, e a consequencia, que delles tira” (António Ribeiro dos Santos, 1844: 177, notas ao título III).

¹⁵⁸ Mello Freire, 1823: 208.

oficiosamente pelo juiz, ficando abolida a denúncia anónima (Título LIV, § 4).¹⁵⁹ Seguia-se a formação do corpo de delito e da culpa, que findava com o despacho de pronúncia e a ordem de prisão do réu. A prova produzida na culpa não era suficiente para a condenação do réu, mas apenas para a pronúncia do mesmo (“as testemunhas que o juiz perguntar para sua informação particular sem citação da parte, para formar o corpo de delicto, ou a culpa ao acusado, não tem fé judicial, nem bastão para a sua condenação, postoque bastem para a pronuncia”, § 3 do Título L).¹⁶⁰ Ao monarca ficava sempre reservado o direito majestático de ordenar que não se tomasse conhecimento de algum crime, mas que se fazia depender da verificação de uma “justa causa” (Título LXVI, § 4).¹⁶¹

O processo “judicial” seguia duas formas totalmente diversas consoante dissesse respeito a crimes graves ou a crimes leves. O processo para julgamento de crimes graves começava com um interrogatório obrigatório do réu pelo corregedor do crime da corte a quem tivesse sido distribuído o processo, em que o réu podia deduzir toda a sua defesa e alegar nulidades e defeitos do processo formado pelo juiz da culpa.

Após a apresentação da defesa, seguia-se a inquirição das testemunhas quando ao corregedor parecesse “necessário a bem da justiça, ou do mesmo réo” (Título LXIII, § 1),¹⁶² sendo, no entanto, obrigatória nas causas relativas a crimes puníveis com pena corporal ou infamante ou com a pena de degredo por mais de cinco anos para fora do reino a repergunta diante do réu das testemunhas ouvidas em segredo na culpa (Título L, § 6).¹⁶³

Deste modo, se o princípio da imediação não ficava integralmente assegurado, pois a repergunta não era feita diante de todos os julgadores e os depoimentos das testemunhas recolhidos na “informação de justiça” eram lidos na audiência de julgamento, o “Ensaio” respeitava, no entanto, o contraditório, admitindo a presença do réu ou do seu procurador na audiência de julgamento na Relação.¹⁶⁴ O réu conhecia

¹⁵⁹ Mello Freire, 1823: 197.

¹⁶⁰ Mello Freire, 1823: 190. O autor consagrava a doutrina que ensinava nas Instituições do Direito Criminal (Mello Freire, 1966 a: n. 156, p. 107).

¹⁶¹ Mello Freire, 1823: 225.

¹⁶² Mello Freire, 1823: 219.

¹⁶³ Mello Freire, 1823: 191.

¹⁶⁴ Também nas suas lições Mello Freire (1966 a: n. 156, p. 147) defendeu a doutrina de que as causas julgadas na Casa da Suplicação fossem relatadas na presença dos litigantes ou dos seus procuradores, como se admitia nas Ordenações Manuelinas, Livro I, Título 1, § 23, no julgamento das causas cíveis.

sempre a prova da acusação nos crimes mais graves e um magistrado distinto do juiz instrutor podia sindicá-la a veracidade da prova registada na “informação da justiça”. A garantia desta sindicância era mesmo reforçada pela permissão de as testemunhas inquiridas em segredo pelo juiz da culpa mudarem o seu depoimento “sem perigo” para elas (§ 9 do Título L), conferindo-se assim uma liberdade à testemunha que a praxe dos tribunais lhe recusava e só parte da doutrina nacional lhe reconhecia.

Preparado o processo, a relação do processo não era feita pelo corregedor que tinha interrogado o réu e inquirido as testemunhas, mas por um magistrado distinto, o que constituía uma garantia da imparcialidade do tribunal de julgamento e a mais importante inovação na forma de processo para julgamento dos crimes graves.¹⁶⁵ A sentença admitia embargos, a deduzir em três dias, que seriam julgados pelos mesmos juizes da sentença, mas, ao invés do direito vigente, nenhuns outros podiam ser deduzidos. As condenações em pena capital podiam ainda ser submetidas à moderação régia, sob prévio parecer do Desembargo do Paço, que deveria ser proferido “à vista dos fundamentos da sentença” (Título LXV, § 6).¹⁶⁶

O processo judicial para julgamento dos crimes leves começava depois da prolação da pronúncia, podendo ter duas formas distintas: uma ordinária e outra sumária. A ordinária consistia na acusação, na contrariedade do réu, na réplica e na tréplica, seguidas da concessão da dilação ao autor e depois ao réu para a produção da prova, das alegações e da sentença. Também nesta forma de processo, as testemunhas anteriormente ouvidas na “informação de justiça” deviam ser reinquiridas diante do réu, não as fazendo o réu judiciais nos termos do § 18 do Alvará de 6.12.1612. O princípio novo era o de que toda a prova produzida na instrução e depois dela devia ser dada a conhecer ao réu (“não só se devem dar e publicar ao réu o nome das testemunhas, mas os seus ditos, para os poder melhor contestar”, § 11 do Título L).¹⁶⁷

¹⁶⁵ Mello Freire justificava a inovação deste modo: “Havendo o Corregedor formado o processo, não o proporá em relação, porque póde ser que encubra alguns defeitos na ordem e modo de processar; mas sim o seu colega ou outro ministro que o regedor nomear” (§ 3 do Título LXIII).

¹⁶⁶ Mello Freire, 1823: 219.

¹⁶⁷ Mello Freire, 1823: 191. A crítica veemente do processo penal fundado em uma prova recolhida e mantida até final em segredo, em que a confrontação do réu com a prova constituía uma faculdade do juiz e não um direito do réu e em que as variações de depoimentos das testemunhas durante a repergunta constituíam crime de falso testemunho ficou a dever-se a Voltaire. O filósofo francês concluiu o famoso parágrafo XXII do “Comentário” com uma pergunta simples que não mais deixou de ocupar a doutrina: “como é que uma coisa tão necessária como a confrontação pode ser arbitrária?” (1822: 349, 350 e 351). Mais tarde, também Benjamin Constant retomaria com palavras violentas a crítica da discricionariedade

O processo sumário era aplicável “em todos os crimes sociaes, em que a justiça for autora, ou algum particular ofendido” (Título LX, § 17).¹⁶⁸

O processo “sumário e verbal” consistia na realização de uma informação extrajudicial, que terminava com a prolação da pronúncia, e na confissão do réu em interrogatório judicial. Não confessando o réu, procedia-se à repergunta das testemunhas da “informação da justiça” na presença do réu e à produção da prova da defesa, prescindido-se do libelo e dos subseqüentes articulados.¹⁶⁹ Esta era a ordem

dos magistrados na direcção da produção da prova (Benjamin Constant, 1822: 208 e 209). Em 1820, Caetano Pereira apontava como “exemplo digno de ser imitado” a previsão no código criminal toscano, que tornava patente ao réu todas as peças da acusação, propondo a adopção de idêntica solução no seu “Plano de Melhoramento do Processo Criminal” (Caetano Pereira, 1820: 249).

¹⁶⁸ Mello Freire, 1823: 212. O “Ensaio” continha vários títulos prevendo crimes “políticos”, isto é, que perturbavam a ordem pública e a economia. A propósito destes crimes autorizava-se o intendente da polícia a proceder, nos termos dos seus regulamentos, a todas as diligências que julgasse necessárias para a repressão dos crimes previstos nestes títulos, incluindo a aplicação das penas dentro da sua alçada (Mello Freire, 1823: 98). Esta era uma outra forma de processo, sumaríssima, que emergia, mas que não mereceu do autor do “Ensaio” mais considerações além do que aquela já referida. No projecto de “Codigo do Direito Público”, Mello Freire propunha também a criação de uma outra forma de processo especial em que o monarca ou os magistrados para o efeito comissionados podiam reprimir “extrajudicial, economica e paternalmente” toda aquela pessoa pertencente a uma família, “que pelos seus factos e acções, injuriar notavelmente e perturbar o seu decoro, reputação, conservação, augmentos e fortunas domésticas” ou “offender do mesmo modo qualquer outra corporação e sociedade ecclesiastica, ou politica do Estado”. Nesta forma de processo o juiz actuava de modo inquisitorial, não havia contraditório nem qualquer publicidade. A decisão final não exigia a prova necessária para o castigo na forma judicial, bastando “conjecturas e suspeitas vehementes”. A pena aplicável era arbitrária, mas a natureza correctiva da sanção era incompatível com as penas capitais e com as penas de infâmia, inabilidade ou privação perpétua de direitos (Mello Freire, 1844: 144 a 146, 365 a 370). Além desta forma de processo, o monarca podia condenar à morte ou a cortamento de membro “verbalmente e sem figura de juízo”, espaçando-se a execução por vinte dias, no que Mello Freire seguia a tradição do direito nacional desde D. Afonso II (Mello Freire, 1844: 12). O censor do projecto de Mello Freire criticava acerrimamente esta proposta, considerando que “se há alguma parte de legislação em que convêm o Principe guarde exactamente as leis civis, é por certo a que toca ás ordenanças criminaes” e que “a lei invariavel e fundamental de toda a sociedade civil deve ser, que nenhum cidadão possa ser punido, senão por um juízo legal”. António Ribeiro dos Santos propunha, ao invés de Mello Freire, a abolição do processo sumário, sobretudo no julgamento das causas capitais (“ou as formalidades do processo ordinario são necessarias e uteis para dirigir a ordem legal na averiguação da verdade, ou não: se o não são, para que é admittilas na ordem de juízo? Se o são, em que casos devem ellas ter mais logar que nos crimes capitaes?”), António Ribeiro dos Santos, 1844: 154, 164 a 168, notas ao título III). Esta era uma crítica generalizada na doutrina europeia liberal. Também Benjamin Constant (1836: 97 e 98) se pronunciou contra os tribunais extraordinários e os processos especiais nestes mesmos termos, perguntando “porque haveria uma classe de factos em relação à qual se observavam lentidões supérfluas ou uma outra classe em relação à qual se decidiria com uma precipitação perigosa?” e respondendo “o dilema é claro. Se a precipitação não é perigosa, as lentidões são supérfluas, se as lentidões não são supérfluas, a precipitação é perigosa”.

¹⁶⁹ Mello Freire afirmava que parecia resultar do § 16 do título 1, do Livro I e da rubrica geral do título 124 do Livro V das Ordenações a proibição da forma de processo sumário. A novidade da sua introdução no direito nacional através de legislação extravagante levava, contudo, o autor a advertir, nas explicações ao título LX, que não devia confundir-se o processo sumário com a informação extrajudicial, como alguns faziam, pois o processo sumário era judicial, implicando o chamamento do réu a juízo, para se lhe mostrar e diante dele discutir a prova da culpa. Na estruturação desta forma de processo teve o autor do “Ensaio” em particular consideração o referido erro da doutrina, que redundava na precipitação do processo, com

processual “natural”, que “se não poderá preterir em genero algum de crime” (Título LX, § 5).¹⁷⁰

A regulamentação, toda ela nova, do processo sumário garantia plenamente o contraditório, o que não se verificava no direito vigente, e permitia, ainda melhor do que na forma de processo ordinário, a percepção imediata da prova pelo julgador. Acresce que esta regulamentação previa uma válvula de segurança fundamental. Não confessando o réu e não sendo a repergunta das testemunhas e a prova da defesa suficientes, a causa devia ser processada na forma ordinária, não sendo admissível em caso algum a condenação com base na prova da “informação da justiça”.

O “Ensaio” previa também uma forma de processo de julgamento de réus não presentes, cuja conformação dependia da situação processual do réu ausente, em fuga ou contumaz. O julgamento de réus ausentes tinha lugar apenas nos crimes puníveis com as penas de morte, de açoites, galés, degredo perpétuo ou temporal para fora do reino por mais de cinco anos.

Após a notificação edital do réu, a causa era processada com um advogado officioso, “que terá tanto cuidado na defesa do ausente, como se fosse sua” (Título LXI, § 5),¹⁷¹ podendo requerer a repergunta das testemunhas e quaisquer outras diligências a bem da defesa.

O ausente que comparecesse antes da prolação da sentença tomava a causa no estado em que ela se encontrasse, salvo se provasse que se tinha ausentado “por negocio e necessidade”, caso em que todo o processo seria nulo (Título LXI, §§ 13 e 14).¹⁷² Se o réu comparecesse dentro de um ano depois da prolação da sentença, seria admitido a apresentar prova, sem se anular o processo. Depois daquela data nenhuma defesa seria admissível. Contudo, vedava-se a execução por qualquer um do povo do ausente julgado e declarado banido (Título IV, § 4).¹⁷³

prejuízo para o exercício do direito “natural” à defesa pelo réu. “Os criminalistas modernos, segundo o systema de cada um, querem que o processo criminal seja ou muito lento e vagaroso, ou muito precipitado: uma e outra coisa he defeito”, concluía Mello Freire (1823: 445).

¹⁷⁰ Mello Freire, 1823: 210.

¹⁷¹ Mello Freire, 1823: 213.

¹⁷² Mello Freire, 1823: 214.

¹⁷³ A solução proposta no “Ensaio” era menos liberal do que a das lições (Mello Freire, 1966 a: n. 156, pp. 163 e 164), em que o autor, além de considerar ilícita a faculdade de qualquer um do povo executar o banido, reconhecia ao réu ausente o direito de apresentar a sua defesa em qualquer momento e independentemente do comparecimento voluntário ou não em juízo. Esta era, aliás, a doutrina defendida pelos novos pensadores. O banimento só era admissível quando o acusado por um crime atroz tivesse o

Ao invés do réu ausente, ao réu que tivesse fugido depois de principiado o processo ou ao réu contumaz, que não comparecesse em juízo, depois de lhe terem sido fixados dois termos seguidos (*in non comparendo*), ou que, comparecendo, se recusasse a responder (*in non respondendo*), não se nomearia defensor officioso, prosseguindo o processo sem outra diligência, salvo se o crime fosse punível com a pena de morte ou com pena corporal, caso em que sempre seria nomeado defensor ao réu.

Deste modo, a ausência, a fuga ou a contumácia do réu não eram suficientes para a condenação ou mesmo para o sequestro e a anotação dos bens do réu, de acordo com o princípio de que “não deve haver pena, nem genero algum de castigo sem convencimento judicial do delicto, que não há antes da sentença condemnatoria”, ou, dito de outro modo, “ninguem deve ser condenado sem ser ouvido”.¹⁷⁴

Entre a proposta radical de não sujeição do ausente a julgamento e as soluções “injustas” da lei vigente, o “Ensaio” optava por uma “via media”, admitindo o processo de ausentes, mas introduzindo a obrigatoriedade da defesa do ausente ou contumaz por um advogado nos casos mais graves e alargando efectivamente as possibilidades de apresentação posterior da defesa pelo réu que não tivesse faltado “por consciencia do crime”.¹⁷⁵

O reforço muito considerável da posição processual do réu na primeira instância justificava o pouco interesse atribuído por Mello Freire à reforma da matéria dos recursos, concluindo o autor que a regulamentação proposta neste tocante “pouco ou nada differe da jurisprudencia actual”.¹⁷⁶

Assim, as características essenciais do direito vigente da obrigatoriedade da interposição do recurso “por parte da justiça” no caso de crimes “públicos e sociaes, sobre que o juiz póde, e deve inquirir e devassar de seu officio” (Título LXIV, § 7)¹⁷⁷ e da ampla faculdade de o tribunal de recurso sindicar o valor dos depoimentos das

direito de a qualquer tempo provar a sua inocência e de “reentrar nos seus direitos” (Beccaria, 1823: 198 e 199).

¹⁷⁴ Mello Freire, 1823: 446. A crítica radical do processo crime para julgamento de réus ausentes e do sequestro de bens já tinha sido feita por Gaetano Filangieri (1840: 312 a 315) e Voltaire (1822: 343 a 347, 351 e 352) e foi retomada por Benjamin Constant (1822: 170 e 171) e Heinrich Zachariae (1868 b: 391 a 395).

¹⁷⁵ Mello Freire, 1823: 447.

¹⁷⁶ Mello Freire, 1823: 450. Ao invés, na nova doutrina iluminista dava-se a máxima relevância à actividade dos tribunais superiores como instrumento de uniformização da justiça criminal, invocando os efeitos muito gravosos das disparidades das decisões proferidas pelos tribunais criminais de primeira instância (Voltaire, 1822: 357 e 358).

testemunhas e ordenar a repregunta das testemunhas “a bem da justiça, ou da defeza do réo” (Título L, § 12) mantinham-se inalteradas.¹⁷⁸

A maior novidade do novo regime dos recursos era a da abolição da diferença entre os recursos de apelação e de agravo. No entanto, o “Ensaio” distinguia claramente entre o recurso de apelação da sentença definitiva ou interlocutória com força de definitiva e o de sentença interlocutória sobre a ordem do processo ou sobre a competência do juiz, das partes ou dos seus procuradores, aquele recurso suspendendo o conhecimento da causa e este não.

Se o “Ensaio” de Mello Freire constituía uma reforma profunda do direito vigente, logrando afastar as deficiências mais graves do processo ordinário, do sumário e do de ausentes, fracassava, contudo, em um outro ponto essencial, que o autor se tinha igualmente proposto reformar.

O direito probatório mantinha o traço fundamental do regime anterior: a distinção entre a “prova legal e perfeita” e a prova não legal, “por indícios e presumpções” ou por “confissão voluntaria e judicial, por si só sem o concurso das provas e indícios acima ditos, nem a extrajudicial com eles”, que não bastava para aplicação da pena ordinária, mas que permitia a aplicação de uma “pena extraordinária”.

Embora fosse formalmente abolida a doutrina das provas privilegiadas, por se fundar em um axioma “barbaro, exterminador, e injúrioso á natureza humana”,¹⁷⁹ as exceções a esta afirmação de princípio eram tão amplas que consagravam a manutenção daquela mesma doutrina. Assim, o crime de alta traição (Título XIII, § 32), os crimes “que ponhão em perigo a sociedade, ou a vida e segurança de uma familia inteira, ou ainda de uma só pessoa”, os crimes cometidos “por pura malignidade, crueldade e maldade de coração” (Título XLVI, §§ 12 e 13) e os “crimes occultos e de prova difficil” (Título LIII, § 6), todos eles justificavam a manutenção de uma teoria da prova distinta da válida para os crimes comuns, cuja especialidade residia precisamente no privilegiamento dos indícios recolhidos do cometimento destes tipos de crimes e na concomitante admissibilidade de penas extraordinárias.

¹⁷⁷ Mello Freire, 1823: 222.

¹⁷⁸ Mello Freire, 1823: 191.

¹⁷⁹ A afirmação de princípio era clara e indubitável: “abolimos a doutrina das provas privilegiadas; porque em todos os crimes, e nos atozes com maior razão pela sua gravidade e enormidade, são necessarias as mesmas, ou maiores provas” (Mello Freire, 1823: 176 e 423).

Capítulo 2^o

A Emergência do Paradigma Judiciário Liberal

1. A Constituição vintista e a primeira tentativa de criação de um novo processo: o Decreto das Cortes de 2.11.1822

No “Relatório ácerca do estado público de Portugal”, que Fernandes Thomaz leu nas sessões das Cortes constituintes nos dias 3 e 5 de Fevereiro de 1821,¹⁸⁰ descrevia-se a reforma da administração da justiça como aquela que maior prontidão e cuidado exigia atenta a situação de “escândalo” em que se vivia.¹⁸¹

As Bases da Constituição vintista foram propostas em 9 de Fevereiro de 1821 e decretadas em 9 de Março de 1821.¹⁸² Entretanto, com vista a garantir a manutenção

¹⁸⁰ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, pp. 26 e 32 a 40.

¹⁸¹ A situação escandalosa em que se vivia resultava, sobretudo, da arbitrariedade na aplicação da lei, merecendo de alguns constituintes considerações violentas, como as do deputado Barreto Feio, que não se coíbia de apelar a magistratura judicial de “monstro” e de considerar que ela “tende sempre para a arbitrariedade; e por mais que se procura contela, toma o freio nos dentes, investe contra os mais sagrados direitos do cidadão, roubando a uns a honra, a outros a vida, a outros a propriedade” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3641), e as do deputado Castello Branco, que lembrava que “ha pouco que nós saímos dos ferros; devemos ter ainda muito frescas as impressões. Lembremo-nos de qual era a primeira calamidade publica, debaixo da qual gemíamos, sem recurso, nem remédio. Era o despotismo dos magistrados” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 71).

¹⁸² As Bases eram subscritas por Bento Pereira do Carmo, José Joaquim Ferreira de Moura, Manoel Borges de Carneiro, João Maria Soares Castello-Branco e Manoel Fernandes Thomaz (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, pp. 60 e 61). Nos discursos de Pereira do Carmo e Castello-Branco, que abriram a discussão sobre as Bases na sessão de 12.2.1821, invocaram estes subscritores o “nosso antigo direito publico” como a fonte das Bases e apontaram como objectivo fundamental das mesmas o

de toda a organização judiciária e das formas de processo vigentes, já os constituintes tinham, pelo decreto das Cortes de 31.1.1821, determinado expressamente a manutenção das formas de processo praticadas nos tribunais.

Inspiradas pela *Déclaration des droits de l' homme et du citoyen*, de 20-26.8.1789,¹⁸³ as Bases da Constituição Política da Nação consagravam o princípio da liberdade (base 2^a: “a faculdade que compete a cada hum de fazer tudo o que a lei não proíbe”),¹⁸⁴ o princípio da igualdade de todos os cidadãos em face da lei e a consequente extinção dos privilégios pessoais de foro nas causas cíveis e crimes e dos juízos de comissão (base 11^a),¹⁸⁵ o princípio da separação dos poderes do Estado e a

restabelecimento das liberdades individuais e a realização da separação dos três poderes, sendo esta a “única medida indispensável” para aquele fim. O decreto das Bases foi assinado por todos os deputados na sessão de 9.3.1821 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, pp. 232 a 235) e as Bases foram juradas pelo rei D. João VI na sessão de 4.7.1821 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 1434).

¹⁸³ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi a primeira formulação política do paradigma judiciário liberal no continente europeu, consagrando três princípios fundamentais: o da supremacia da lei, com a consequente abolição das jurisdições de privilégio e extraordinárias, o da separação dos poderes, que tinha como reflexo a independência do poder jurisdicional, e o da soberania da nação, que conduzia a uma maior intervenção popular na administração da justiça (Robert Charvin, 1968: 16 e 17).

¹⁸⁴ Este princípio tinha na sua origem o artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l' exerce des droits naturels de chaque homme n' a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi*) e reproduzia o ensinamento de Montesquieu (*La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent. Si un citoyen pouvait faire ce qu' elles défendent, il n' aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir*). Os corolários deste novo princípio eram importantíssimos e incluíam a proibição da prisão sem culpa formada, com ressalva dos casos expressamente previstos na Constituição (bases 4^a e 5^a), a liberdade de expressão “sem dependencia de prévia censura” (base 8^a), tutelada por um Tribunal Especial para proteger a liberdade de imprensa (base 9^a), o princípio da legalidade penal e da subsidiariedade da lei penal e os da proporcionalidade e da pessoalidade da pena, a abolição das penas cruéis e infamantes (base 12^a) e a inviolabilidade do correio (base 15^a). A liberdade de cada individuo encontrava-se a partir de então na estrita dependência da observância da lei e, por sua vez, a lei enquanto resultado da fusão de uma pluralidade de vontades individuais que se tornava delas autónoma adquiria deste modo um significado filosófico e jurídico radicalmente novo, transformando-se na garantia fundamental da liberdade de todos os homens e no instrumento primordial de protecção contra o arbitrio de um individuo ou de um grupo de individuos (Jacques Ellul, 1969 a: 222, e 1969 b: 7 e 8, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 26 e 27). A afirmação do princípio da legalidade penal estava, por isso, intimamente ligada à legitimação democrática da pena, razão por que não parece ser exacta a tese de António Barbas Homem, segundo a qual “o programa normativo do princípio da legalidade se encontrava realizado antes do triunfo do constitucionalismo” (1998 a: 310, e 1998 b: 467). O autor fundamenta a sua tese da realização antecipada do princípio da legalidade em matéria criminal apenas na vertente garantística do princípio enquanto instrumento de controlo do arbitrio dos juízes, mas não atenta na vertente legitimista do princípio da legalidade que só com o constitucionalismo se veio a afirmar (sobre esta vertente, Castanheira Neves, 1983: 365 e 366).

¹⁸⁵ Na sessão de 1 de Março de 1821, depois de já terem votado todas as outras bases, os constituintes portugueses discutiram e votaram a Base 11^a, tendo aprovado a abolição do privilégio do foro eclesiástico por 60 contra 17 votos e a abolição do privilégio do foro militar nos “crimes puramente civis” por unanimidade (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, pp. 189 a 194), tal como o tinham feito os constituintes franceses na noite “louca” de 4 de Agosto de 1789, em que a assembleia

consequente reserva do poder jurisdicional aos juizes (bases 18.^a e 21.^a: “Cada um destes poderes será respectivamente regulado de modo que nenhum possa arrogar a si as atribuições do outro”¹⁸⁶ e o “poder judiciario está nos juizes”)¹⁸⁷ e o princípio da

decidiu abolir os dois pilares do sistema judiciário do Antigo Regime, o privilégio de foro senhorial, corporativo e municipal e a venalidade dos cargos da justiça (Marcel Rousselet, 1948: 27 a 31 e 56, Jacques Ellul, 1969 a: 61 a 64, e Jean-Pierre Royer, 1996: 244 e 245). Os constituintes portugueses, como os seus congéneres franceses, acalentavam “o projecto de uma profunda revolução social que substituiu a anterior sociedade de ordens por uma outra, regida pelo princípio da igualdade e, sobretudo, pelo princípio do mérito e da capacidade” (Benedicta Vieira, 1992: 60), considerando que “tudo quanto hoje se chama privilégio do foro em contemplação de causas, ou pessoas devia ser extinto como prejudicial, e funesto à boa administração da Justiça” e advogando por isso a restrição do foro militar aos “crimes puramente militares” e do foro eclesiástico às “causas puramente espirituais”. Estas eram também as reclamações de Manoel Ferreira Tavares Salvador (1821: 7 e 11), apresentadas às Cortes Constituintes de 1821 em uma memória anónima intitulada “Projecto de reforma para a classe da magistratura, e exercício da justiça em Portugal”, atribuída, mas sem razão, a Mouzinho da Silveira (1989 a: 764 e 765). Assim, a nova ordem jurídica civil assente no princípio da jurisdição universal não constituía apenas uma reacção contra os abusos e a perversão do princípio do privilégio do foro no final do Antigo Regime, mas também a consagração de uma consequência inelutável da novíssima máxima constitucional da igualdade jurídica de todos os cidadãos diante da lei (Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 28 e 29).

¹⁸⁶ A separação dos três poderes do Estado constituía a garantia primordial do próprio princípio da liberdade, assegurando um exercício “moderado” do poder. Tal como Montesquieu o concebeu, este princípio não implicava tanto uma separação rígida dos poderes, mas uma distinção das funções legislativa, executiva e judicial do Estado por diferentes órgãos, podendo vários destes órgãos colaborar no exercício de uma mesma função, com a excepção da função judicial. O poder soberano, isto é, a função legislativa e a executiva, podia ser distribuído entre o parlamento e o monarca, mas em nenhuma circunstância podia ser atribuído aos tribunais e, por sua vez, apenas a estes competia o exercício da função judicial (Jacques Ellul, 1969 a: 223 e 224). A aprovação das Bases 18.^a e 21.^a não impediu, no entanto, o Congresso português de se arrogar poderes jurisdicionais, reabrindo processos findos, decretando a prisão ou a manutenção da prisão de cidadãos e, sobretudo, revendo decisões condenatórias dos tribunais. O deputado Pinheiro de Azevedo afirmava mesmo que “o mesmo soberano Congresso no curto espaço de um anno tem decretado mais destas revistas, do que antes se concederão em um seculo” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 48). Só com a Portaria de 5.11.1822 se determinou que fossem entregues aos tribunais as pessoas que se achavam “presas, retidas ou removidas por ordem das côrtes”. A crítica desta prática de concentração de poderes ao arpejo dos princípios dos próprios constituintes, feita por Thomaz Ribeiro (1891: 284 a 287), deve hoje ser revista atento o estudo entretanto feito do arquivo de petições dirigidas à comissão de justiça. Este estudo revela que, de uma maneira geral, o Congresso se abstinha de interferir na acção do poder judicial (José Subtil, 1986: 10, 58, 59, 75, 99 a 103, e Benedicta Vieira, 1992: 35 a 37).

¹⁸⁷ A autonomia do poder judiciário em relação ao príncipe constituía a primeira condição da liberdade, de acordo com o pensamento filosófico iluminista (*il n’ y a point de liberté si la puissance de juger n’ est pas séparée de la puissance législative et de l’ exécutrice*, Montesquieu, 1964: 558 e 559, Beccaria, 1823: 17 e 18, e Jeremias Bentham, 1830: 4 e 5). Contudo, a lição dos filósofos era contrariada pelo ensinamento da experiência das últimas décadas. A prática dos *arrêts de règlement*, fossem eles supletivos ou provisórios, o direito de *enregistrement* dos diplomas régios e o direito de *remontrances*, com base nos quais os parlamentos procederam a uma obstrução constante às reformas judiciárias ensaiadas pelo poder real no final do Antigo Regime (Marcel Rousselet, 1948: 39 a 41, Joseph Hudault, 1990: 162 a 166, e Jean Pierre Royer, 1996: 61 a 67, 222 a 231), levaram os constituintes franceses a recear um poder judiciário forte e independente do poder político, razão pela qual não só procuraram dissipar o espírito corporativo da magistratura do Antigo Regime, mas também retirar-lhe os instrumentos técnicos de interferência no exercício dos outros poderes (Jean-Pierre Royer, 1996: 262 a 265, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 120 a 122). Para tanto, os constituintes estabeleceram, nos artigos 10 e 13 do título II do Decreto de 16.8.1790, a separação total de poderes e a não intromissão do poder judicial na actividade do poder legislativo (*les tribunaux ne pourront prendre directment ou indirectment aucune part à l’ exercice du Pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l’ exécution des*

soberania nacional (base 20^a: “a soberania reside essencialmente em a Nação”).¹⁸⁸ As Bases constituem, pois, o primeiro texto político aprovado pelos constituintes em que ressumbra o novo paradigma judiciário, assente na abolição do privilégio do foro criminal, na separação das funções administrativa e jurisdicional e na intervenção popular na administração da justiça.¹⁸⁹

Fixadas as Bases políticas, os constituintes procuraram logo vertê-las para o direito positivo, não aguardando a aprovação do texto constitucional, e para tanto desenvolveram uma importante actividade legislativa sobre a organização judiciária e o processo penal. Esta actividade tinha em vista, por um lado, o desmantelamento do aparelho judiciário e das formas do processo mais características do regime anterior e, por outro, a instituição dos fundamentos de uma nova organização judiciária.

Assim, prosseguindo o primeiro objectivo, os constituintes determinaram a abolição, por incompatibilidade com os princípios adoptados nas Bases da Constituição, do Conselho Geral do Santo Ofício e das Inquirições e a restituição do conhecimento

Décrets du Corps législatif sanctionnés par le Roi, artigo 10) e na do poder executivo (*les fonctions judiciaires sont distinctes, & demeureront toujours séparées des fonctions administratives: les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des Corps administratifs, ni citer devant eux les Administrateurs pour raison de leurs fonctions*, artigo 13). Temendo a oposição dos parlamentos à legislação nova, os constituintes franceses não se coibiram mesmo de, a 3.11.1789, suspender sem prazo aqueles órgãos.

¹⁸⁸ Esta fórmula reproduz textualmente a do artigo 3 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation*), que consumava a transferência efectiva de soberania do rei para os representantes da nação reunidos em assembleia, já desencadeada pela assunção a 9.7.1789 de poderes constituintes pela assembleia à revelia do rei. De acordo com a nova representação ideológica, a nação constituía agora um corpo orgânico, unitário e homogéneo capaz de se exprimir através da lei universal representativa do interesse geral e já não um corpo dividido, plural e heterogéneo que se manifestava através do conselho dos diferentes estados ao rei. O principal reflexo desta nova concepção da soberania na administração da justiça foi o da exigência da introdução do júri e da reformulação do modo de designação dos juizes de carreira (Jacques Ellul, 1969 b: 8, 9 e 59, Joseph Hudault, 1990: 225 e 226, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 19 a 21, 123 a 125). Por outro lado, a participação do povo na administração da justiça e, em particular, a instituição do júri foram associadas pelo movimento iluminista a um conjunto de importantes reformas do processo penal, de que dependia intimamente o sucesso daquela instituição. Estas reformas consistiam na consagração dos princípios da acusação, da publicidade, da oralidade e da livre valoração das provas (em síntese, Beccaria, 1823: 45 a 47, mas censurando esta associação, Anselm von Feuerbach, 1825: 405 a 419, e Julius Abegg, 1841: 168, 169, 189, 203 a 207). Na doutrina portuguesa, pronunciaram-se naquele sentido Ferreira de Moira, 1826: 14 a 16 e 35, Machado Ferraz, 1834: 117, 118 e 123, e Paulo Midosi, 1867: 27. Para a crítica retrospectiva desta discussão, Julius Glaser, 1883: 259, Wilfried Küper, 1967: 170 a 176, e Giovanni Tarello, 1997: 446 a 450, 471 a 475.

¹⁸⁹ Não é, por isso, correcto afirmar, como faz António Barreiros (1980: 589), que “pouco se estabeleceu de novo” neste documento no que toca aos “problemas de índole geral” do direito penal e no que respeita ao problema da organização judiciária.

das causas espirituais e meramente eclesiásticas à jurisdição episcopal,¹⁹⁰ e procederam à redefinição dos termos do recurso à coroa como os de um agravo de petição e à revogação das cartas rogatórias e dos assentos.¹⁹¹

No âmbito da organização judiciária, decidiram a extinção de todos os juízos de comissão concedidos a favor de casas nobres ou de quaisquer pessoas particulares¹⁹² e dos privilégios pessoais no foro cível e criminal e de todos os Juízos privativos concedidos a pessoas, corporações, classes ou terras, com jurisdição cível e criminal, com excepção dos juízos privativos de estrangeiros estipulados em tratados, a cessação da competência por acção nova ou avocação dos corregedores do crime da Corte e da Casa do Porto e a fixação de regras especiais para a prisão de militares e eclesiásticos.¹⁹³

Ainda com o objectivo do desmantelamento das formas do processo mais

¹⁹⁰ A abolição do Santo Ofício, que constituiu a primeira deliberação concreta das Cortes no sentido do desmantelamento do aparelho judiciário do Antigo Regime, foi logo proposta pelo deputado Francisco Simões Margiochi, na sessão de 5.2.1821, depois da leitura do relatório de Fernandes Tomaz (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, p. 45), tendo sido discutida e aprovada por unanimidade na sessão de 24.3.1821 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, pp. 354 a 358). Na sessão de 31.3.1821 discutiu-se o teor do preâmbulo do decreto e, por sugestão do Arcebispo da Bahia, decidiu-se que se dissesse que a abolição se fazia por a existência da Inquisição ser “contraria ao systema constitucional” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, p. 404). O Decreto de abolição, datado de 31.3.1821, foi mandado observar por Portaria dos membros da regência de 5.4.1821. Sobre a transformação profunda das relações entre o poder jurisdicional eclesiástico e o régio na primeira metade do século XIX, para a qual contribuiu esta Portaria, Lopes Praça, 1881: 72 a 79.

¹⁹¹ O Decreto de 17.5.1821 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, p. 943) foi mandado observar por Portaria dos membros da regência de 21.5.1821. Os juizes da coroa ficavam deste modo autorizados a usar nas suas sentenças de termos imperativos em relação às autoridades eclesiásticas (Cândido Mendes de Almeida, 1866 b: 1272 e 1273). Considerando que o decreto dos constituintes apenas teve “por fim deprimir e abater as Curias Diocesanas, e mais Dignidades e Authoridades Ecclesiasticas, tirando-lhes a consideração que lhes era devida, e reduzindo todas á mesma classe de qualquer Juiz Secular da Primeira Instância”, o monarca viria a revogá-lo já na fase da contra-revolução, pelo Alvará de 6.3.1824. Os termos amplos deste diploma foram objecto de uma interpretação restritiva da doutrina, que os aproximava da tradição (Borges Carneiro, 1826: 269).

¹⁹² O Decreto de extinção dos juízos de comissão datado de 17.5.1821 foi mandado observar por Portaria da regência do reino do mesmo dia.

¹⁹³ A extinção dos privilégios de foro e a fixação das novas regras de competência criminal e de prisão de militares e eclesiásticos foi objecto do Decreto das Cortes de 9.7.1822 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VI, pp. 754 e 755). Na sessão extraordinária das Cortes de 11.9.1821, foram apresentados dois projectos, um do deputado Barroso e outro da antiga comissão de legislação para regulamentação dos foros contenciosos com vista a “fazer efectiva a extinção dos Privilegios pessoaes de Foro, sancionada no Artigo undecimo das Bases da Constituição” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume III, pp. 2234 a 2236). O primeiro projecto mantinha a competência dos tribunais eclesiásticos para conhecer os crimes cometidos por eclesiásticos “em objectos de suas funcções ou obrigações ecclesiasticas” e dos tribunais militares para conhecer apenas dos crimes previstos nos artigos de guerra. O privilégio do foro militar e do foro eclesiástico era definido em termos consideravelmente mais amplos no projecto da comissão, incluindo “todos os delitos commettidos por militares na sua profissão” e os crimes cometidos por civis e militares em relação a objectos e espaços religiosos ou atinentes à fé. Só na sessão de 19.6.1822 se voltou ao assunto, tendo sido apresentado um terceiro

características do regime anterior em mente, os constituintes determinaram a extinção das devassas gerais, incluindo as dos juizes eclesiásticos, que passariam a ser de querela para o interessado e de denúncia para qualquer pessoa,¹⁹⁴ e a extinção da Intendência Geral da Polícia.¹⁹⁵

O segundo objectivo referido, o da instituição dos fundamentos de uma nova organização judiciária, foi prosseguido por duas vias: a primeira foi a da definição dos crimes de abuso de liberdade de imprensa, dos tribunais competentes e do processo para julgamento destes crimes¹⁹⁶ e a segunda via foi a da fixação dos termos da eleição directa pelos moradores do concelho por pluralidade relativa e escrutínio secreto dos juizes ordinários.¹⁹⁷

O Decreto de 4.7.1821 tem um particular significado, pois, além de ter abolido

projecto do deputado Guerreiro e tendo começado a discussão dos três projectos. O Decreto, que correspondia ao projecto de Guerreiro, foi mandado observar por Carta de Lei régia de 11.7.1822.

¹⁹⁴ O projecto do deputado Moraes Pessanha foi apresentado e aprovado por unanimidade na sessão extraordinária de 3.11.1821 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 2929 a 2933). O Decreto de aprovação é datado de 10.11.1821 e foi mandado observar por Carta de Lei régia de 12.11.1821. Como denunciava Borges Carneiro, as devassas gerais constituíam no final do Antigo Regime apenas uma fonte de abuso dos magistrados, sendo conhecido o caso do corregedor “que em uma correição de uma villa pronunciou nas taes devassas mil pessoas, e despronunciando-as depois com reparo de agravo a razão de duas moedas cada uma, levou duas mil moedas”.

¹⁹⁵ Na sessão de 30.1.1822, foi apresentado o projecto do deputado Moraes Sarmiento para extinção da Intendência, que previa a comunicação ao governo dos casos que no direito vigente o eram ao intendente. Embora admitisse que os juizes sujeitos ao intendente perdiam a sua jurisdição e se tornavam em “meros mandatários” deste, Borges Carneiro propôs, sem sucesso, a manutenção da Intendência enquanto não fosse feito um novo código de processo criminal, sob pena de, de outro modo, “se pôr em perigo a segurança pública, e a individual, principalmente em Lisboa” (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo Segundo, 1823, p. 389). Pressionados pela própria demissão do intendente da polícia em exercício em Maio de 1822, os deputados votam o Decreto de extinção da Intendência a 26.3.1823 (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo Segundo, 1823, pp. 332 e 333). O Decreto, mandado publicar por Carta de Lei régia de 7.4.1823, não vigoraria mais de dois meses. Uma das primeiras medidas da contra-revolução foi a restituição da Intendência ao estado em que se achava antes desta lei, tendo o Decreto de 4.6.1823 revogado o Decreto das Cortes de 26 de março último. À Intendência juntou-se também a Polícia Secreta, criada em 23.7.1824, que actuava com base em um amplo sistema de informadores nos palácios reais, nos ministérios, nos tribunais, nas forças militares, no clero e no povo e em conjugação de esforços com os ministros dos bairros (João Baptista de Gouveia, 1835: 27 a 37, 125 a 127, e Albino Lapa, 1964: 263 e 264). A Polícia Secreta foi logo extinta em 15.12.1826. Ao invés, a Intendência Geral da Polícia manteve-se até ao início da década de trinta. Só com a publicação do Decreto de 8.11.1833 se exonerou o intendente geral da polícia, considerando-se que as funções de polícia, incluindo as de polícia preventiva, seriam temporariamente exercidas pelo prefeito da Estremadura “em quanto os mais Prefeitos não vão tomar conta das suas Prefeituras”, nos termos do § 8 do artigo 45 do famoso Decreto, n. 23, de 16.5.1832 (sobre a reforma liberal dos corpos de polícia, quer nas grandes urbes, quer na província, António Pedro dos Santos, 1999: 107 a 110).

¹⁹⁶ O decreto das Cortes de 4.7.1821, referente à questão, foi mandado observar por Carta de Lei régia de 12.7.1821.

¹⁹⁷ O decreto relativo ao novo método de eleição foi votado pelas Cortes a 20.7.1821 e foi mandado observar por Carta de Lei régia de 27.7.1822.

a censura prévia de quaisquer livros ou escritos,¹⁹⁸ constituiu o primeiro diploma legislativo em que os constituintes organizaram de uma forma sistemática os termos de um processo criminal,¹⁹⁹ consagrando neste documento os princípios fundamentais e as regras processuais que reflectiam o espírito das Bases da Constituição.²⁰⁰

Este diploma determinou a criação de dois Conselhos de Juizes de Facto em cada distrito, um de nove e outro de doze elementos,²⁰¹ ao lado do juiz de direito, que,

¹⁹⁸ A liberdade de imprensa e a instituição do júri eram as “duas instituições que contraminão todas as insídias do poder, que combatem todos os abusos de autoridade, que annullão todas as distincções, e que estão em guerra aberta contra toda a casta de privilegio” (Ferreira de Moira, 1826: 14). A lei de 1821, que Thomaz Ribeiro (1892: 33) considerou como “uma das mais notaveis leis do soberano congresso”, não subsistiu por muito tempo. A censura foi logo reintroduzida na fase da contra-revolução pelos Decretos de 12.6.1823 e de 6.3.1824, o primeiro revogando a nova lei de imprensa no que respeitava aos periódicos até tres folhas de impressão, que ficavam sujeitos à censura, e o segundo atribuindo à Mesa do Desembargo do Paço os poderes de censura “de livros e todos e quaesquer escriptos que se houverem de imprimir”, fixados pela Carta de Lei de 17.12.1794. Thomaz Ribeiro (1892: 258) explicava deste modo a reintrodução da censura: “a imprensa jornalística, a filha querida, a divindade sacratíssima da revolução liberal, aquela para quem os que extinguiram os juizos privativos criaram um juizo especial, tornara-se a primeira ingrata, a mais pernicioso adversária dos que a criaram, protegeram e honraram”.

¹⁹⁹ “Nesta lei se lançaram as bases de um codigo de processo criminal; e de todos os que até hoje se têm decretado é ainda fonte essa lei”, afirmava Thomaz Ribeiro, 1892: 35.

²⁰⁰ Logo na sessão de 5.2.1821, após a leitura do relatório de Fernandes Thomaz, o deputado Francisco Soares Franco apresentou um projecto de lei sobre a liberdade de imprensa, que o próprio autor confessava ser “em grande parte extrahido do Regulamento que em Hespanha se fez sobre este assumpto” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, pp. 40 a 45). No projecto de Soares Franco já se previam o júri de acusação e o júri de julgamento, o juizo conciliatório prévio depois da decisão daquele júri e antes do início do processo judicial, a publicidade da audiência de julgamento, a intervenção do procurador da câmara como “fiscal do publico” para sustentar a denúncia, a decisão da matéria de facto vinculada apenas ao “leal saber e entender” dos jurados, a reserva ao juiz da decisão sobre a pena e a recorribilidade desta decisão e a faculdade de o juiz syndicar o veredicto erróneo do júri de julgamento determinando a realização de novo julgamento com novos jurados. Iniciada a discussão deste projecto na sessão de 3.3.1821, foi o projecto remetido à comissão de legislação (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, p. 205). Na sessão de 28.4.1821, o deputado Basilio Alberto de Sousa Pinto apresentou, em nome da comissão, uns quesitos ao congresso sobre a lei de imprensa e um segundo projecto (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume I, pp. 713 a 716). O projecto previa apenas que o tribunal especial criado pelas Bases decidisse da pronúncia, deixando em aberto a composição do tribunal de julgamento. A discussão reiniciou-se a 2.5.1821, precisamente com a matéria do quinto quesito, a de existência de jurados como “preliminar da Liberdade de Imprensa” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 754 e 759). Na sessão de 24.5.1821, a comissão apresentou então o projecto definitivo (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, pp. 1014 a 1017), que foi discutido e aprovado quase integralmente nas sessões seguintes até 18 de Junho (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, pp. 1236 a 1238). O novo regime sobre a liberdade de imprensa foi decretado pelas Cortes no mesmo dia em que o monarca jurou as Bases da Constituição, assumiu o poder executivo e a regência do reino foi extinta, a 4.7.1821 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, pp. 1436 a 1443).

²⁰¹ A composição e a competência destes dois tribunais eram exactamente as mesmas que o Regulamento aprovado pelo decreto das Cortes espanholas de 22.10.1820 previa (Martinez Alcubilla, 1869: 902 e 903). A unanimidade inicial dos constituintes sobre a admissibilidade dos jurados só foi quebrada pelo deputado Serpa Machado, que entendia que os jurados eram incompatíveis com o tribunal especial previsto nas Bases, pois este devia julgar os abusos da liberdade de imprensa em matéria religiosa (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 763). Os deputados decidiram então votar separadamente a admissibilidade dos jurados nos processos de abuso de liberdade de imprensa cujo

nos distritos de Lisboa e Porto, era o corregedor do crime e, nos restantes distritos, o corregedor da respectiva capital.²⁰² O tribunal estava completo com um promotor de justiça, encarregado de promover os termos da acusação.²⁰³

Fixavam-se apenas duas formas de processo, uma ordinária e outra especial, para julgamento de réus ausentes.²⁰⁴ A forma de processo ordinário dividia-se em uma fase investigatória e em uma fase de julgamento.

A fase investigatória iniciava-se com a denúncia do promotor, do ofendido ou mesmo de qualquer cidadão, seguida da inquirição de três testemunhas pelo juiz de direito e terminava com a decisão do primeiro Conselho, tomada com base apenas no exame da prova escrita nos autos, de verificação de motivo para se formar processo. Em conformidade com esta decisão do Conselho, o juiz proferia a sentença de que tinha lugar a acusação ou de que ficava sem efeito a denúncia, fazendo esta última caso julgado.²⁰⁵

objecto dissesse respeito a dogma e a religião e nos restantes processos. Com base no entendimento de Xavier Monteiro de que o tribunal previsto nas Bases deveria ser apenas um tribunal de apelação e no de Fernandes Thomaz de que em matéria religiosa a decisão sobre a censurabilidade do escrito competia apenas aos bispos, tendo os jurados uma competência restrita à questão de facto da participação do réu na impressão do escrito, foi aprovada por unanimidade a intervenção dos jurados nos processos que não dissessem respeito a dogma e religião (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 769) e por 86 votos a favor e 5 contra nos processos que lhes dissessem respeito (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 774). O estabelecimento dos jurados nesta forma de processo foi vista pelos deputados como uma questão de princípio, directamente relacionada com a efectivação dos princípios da publicidade do processo e da independência dos juizes, como resultava, por exemplo, do voto do deputado Soares Franco (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 761), constituindo simultaneamente um ensaio para a introdução do jurado no processo penal comum, como afirmou o deputado Serpa Machado. Sobre esta perspectiva dos deputados, Zília Osório de Castro, 1990: 170, e Jaime Raposo Costa, 1976: 66.

²⁰² O tribunal com os juizes de facto para julgar os delitos de abuso de liberdade de imprensa funcionou efectivamente, tendo a primeira sessão ocorrido no dia 4.1.1822. Machado Ferraz (1834: 65) descreveu o modo muito conturbado e pouco independente como funcionou este tribunal.

²⁰³ A existência de uma magistratura acusatória, que deste modo ganhava consagração legal expressa no direito português, era há muito considerada pelo pensamento filosófico iluminista como uma condição essencial da reforma do processo penal. Esta magistratura, que Montesquieu apelidava de “admirável”, devia proceder à instrução do processo, investigando os crimes, acusando os delinquentes e promovendo os termos do processo. Só deste modo se garantiria plenamente a independência do juiz (Montesquieu, 1964: 559, Beccaria, 1823: 79, e, sobretudo, Gaetano Filangieri, 1840: 299 a 302, e Benjamin Constant, 1822: 164 a 167). A diferença entre dois últimos autores residia em que Filangieri defendia a intervenção do Ministério Público nos casos em que não houvesse acusador particular, ao invés de Benjamin Constant, que advogava o monopólio da acção penal por estes magistrados.

²⁰⁴ A inovação introduzida nesta forma de processo era a da nomeação obrigatória de um defensor ao réu ausente.

²⁰⁵ A doutrina que estava na base do diploma foi explicitada pelo deputado Castello Branco, “o 2º Jury nunca he estabelecido a favor da causa Publica, he hum beneficio que se concede ao réo, quando o 1º Jurado pronunciou contra; porque huma vez que elle absolve, huma vez que elle declare que não há delicto, o 2º Jury não tem lugar” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 1123).

A fase de julgamento iniciava-se com a dedução da acusação pela parte queixosa ou, não a havendo, pelo promotor e concluíam-se com a realização de uma audiência pública de julgamento²⁰⁶ e com a decisão do segundo Conselho de Juizes de Facto sobre se o imputado continha abuso, se o acusado era criminoso e o grau em que o era. Atendendo somente à “voz da sua íntima convicção” (artigo 49 do Decreto de 4.7.1821),²⁰⁷ os jurados decidiam do facto e da qualificação jurídica, bem como da pena,²⁰⁸ e faziam-no não só com base na prova da audiência de julgamento, mas também na prova do processo preparatório. Para esse efeito as peças do processo

²⁰⁶ A lei nova concretizava uma das mais importantes pretensões de toda a doutrina europeia, impondo mesmo a publicidade do processo desde, pelo menos, o sorteio dos membros do júri de pronúncia e a reunião deste. A publicidade “interna” e “externa” do processo, isto é, o acesso das partes a toda a prova carreada para os autos pela parte contrária ou pelo tribunal e o conhecimento de terceiros do modo como a prova que fundamenta a decisão foi produzida, constituía a “alma da justiça” (Jeremias Bentham, 1830: 28), o meio para que o processo perdesse o carácter de “duelo entre o acusado e juiz” (Beccaria, 1823: 211 a 219), “o ponto central ... através do qual tudo o resto adquire sentido e força plenos” (Anselm von Feuerbach, 1821: 96 a 98, 159 a 168), “o meio mais natural e mais eficaz para garantir a subordinação da ordem judiciária à lei e a todas as disposições que ela contém” (J. D. Meyer, 1823: 120 a 122). A esta garantia estavam estreitamente ligadas duas outras, uma de natureza funcional, que consistia na responsabilização dos magistrados pelos abusos cometidos, e a outra de natureza processual, que se identificava com a fundamentação obrigatória das decisões judiciais (*La publicité et la motivation des jugements expliquent la bonne conduite des grands juges d’ Angleterre. S’ ils sont les meilleurs juges du monde, c’ est parce qu’ ils sont les mieux surveillés*, Jeremias Bentham, 1830: 52 e 53, Anselm von Feuerbach, 1821: 144 a 146, e 1825: 465 a 469, J. D. Meyer, 1823: 140 a 150, Armando de Marchi, 1929: 145 e 149, e Mario Pisani, 1990: 113). A posição muito favorável ao princípio da publicidade dos constituintes portugueses foi, mais tarde, refreada. Depois de aprovada a Constituição, os deputados concluíram que a publicidade prévia à pronúncia violava o artigo 201 do texto constitucional, sendo esta uma das matérias que a deputação permanente da corte pretendia ver decidida na sessão extraordinária que deveria ser aberta a 15.5.1823 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, Segunda Legislatura, Tomo Segundo, 1823, p. 83, e Tomo Terceiro, 1823, p. 4).

²⁰⁷ Lembrando as disputas do direito antigo sobre o número de testemunhas necessárias para a pronúncia e para a condenação, o deputado Fernandes Thomaz sugeriu que se fixassem regras para a valoração da prova pelos jurados com vista a colmatar a lacuna do projecto sobre tão disputada questão, ao que Basílio de Sousa Pinto respondeu que a regra já estava fixada e era uma só, a ditada pela íntima convicção de cada jurado. A proposta da comissão fez vencimento, substituindo-se deste modo o direito das provas legais pelo novo princípio da livre valoração da prova com base na convicção do julgador (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 1170). O novo preceito correspondia à disposição do artigo 24 do título VI do Decreto de 16-29.9.1791, que introduziu este princípio no direito penal francês. Na assembleia constituinte francesa, confrontaram-se duas opiniões radicalmente distintas, a de Tronchet e Robespierre, defensores da limitação da convicção do julgador pela registo das provas, e a de Thouret, que advogava a livre convicção do julgador sem registo da prova. O receio de Tronchet de que o réu julgado sem registo da prova ficaria inteiramente desprotegido não impressionou os constituintes, que aprovaram a proposta radical de Thouret como único meio idóneo para suprimir definitivamente a teoria das provas legais (Esmein, 1882: 426, e Pierre Charles Ranouil, 1990: 92 a 96, e Jean-Pierre Royer, 1996: 296 a 298). Destarte, a decisão sobre a prova era totalmente confiada à percepção instintiva e irracional, à “convicção moral” (*conviction moral, Wahrheitsgefühl*) do jurado, que não devia observância a quaisquer regras lógicas ou de outra natureza (Erich Schwinge, 1926: 85 a 89, 134 a 139, 156 a 158, Bertram Schmitt, 1992: 149 e 155, Andrea Schmidt, 1994: 48 e 49, e Frauke Stamp, 1998: 80).

²⁰⁸ Os deputados seguiam deste modo a doutrina mais avançada, que atribuía ao júri competência para determinar a pena (Gaetano Filangieri, 1840: 396 e 399).

preparatório eram lidas no início da audiência e entregues no final da mesma pelo juiz ao primeiro vogal do Conselho, devendo todos os vogais proceder em seguida, a sós, ao exame do processo.²⁰⁹ O juiz elaborava a sentença, declarando a pena que competia ao grau de culpa determinado pelo júri, não dispondo de qualquer margem de discricionariedade na prolação da decisão.

Previa-se o recurso de apelação da decisão do segundo Conselho para o Tribunal Especial de Protecção da Liberdade de Imprensa,²¹⁰ composto por cinco membros nomeados pelas Cortes, se houvesse nulidade do processo, por falta de algum requisito da lei, ou se o juiz não aplicasse a pena correspondente. Este Tribunal Especial apenas podia ordenar ao juiz da primeira instância a convocação de novo do conselho no primeiro caso e a reforma da sentença no segundo.²¹¹ O reforço substancial da independência e da imparcialidade do tribunal da primeira instância e a introdução da publicidade justificavam a restrição radical das garantias de recurso, quer no que toca ao objecto do recurso, quer no que respeita aos poderes do tribunal de recurso.

Com efeito, o respeito pelo princípio da acusação era plenamente assegurado pela constituição de dois Conselhos, tendo um competência para a qualificação da culpa e o outro competência para o julgamento da causa, pela introdução do promotor de justiça, que libertava o juiz da função ambivalente da promoção dos termos da acusação, e pela soberania absoluta do júri na determinação da culpa e da pena, sem qualquer intervenção do juiz que sindicasse a decisão dos jurados, embora a pudesse modelar *a priori* através do resumo das provas produzidas pela acusação e pela defesa a que devia proceder no final da audiência. Ao invés, o princípio da imediação não obtinha idêntica consagração, atento o livre acesso dos membros do conselho de julgamento à prova da fase investigatória e a possibilidade de julgamento do réu na sua ausência.

A repercussão política da aprovação deste Decreto fez-se notar logo na

²⁰⁹ O segundo projecto da comissão previa apenas este exame do processo e omitia a leitura das peças do processo preparatório na audiência (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 1016). A alteração foi introduzida no decreto aprovado, sem que tenha sido objecto de discussão.

²¹⁰ Ao invés do primeiro projecto da comissão, o segundo projecto, atendendo à discussão entretanto ocorrida no congresso, restringia a competência do tribunal especial previsto nas Bases ao julgamento do recurso de apelação (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume II, p. 1017).

²¹¹ O Tribunal Especial teve um “regulamento interior” aprovado pelo decreto das Cortes de 25.6.1822 e mandado observar pela Carta de Lei de 28.6.1822, onde, entre outras regras, se previa que todos os negócios se decidissem pela pluralidade relativa de votos.

discussão do projecto da Constituição. O projecto da Constituição foi apresentado às Cortes em 25 de Junho de 1821.²¹² Nele se previa o estabelecimento de um juiz de fora em cada julgado, que presidia a um conselho de jurados eleitos de dois em dois anos, sete Tribunais da Relação no território continental e das ilhas adjacentes e três no das províncias ultramarinas e um Supremo Tribunal de Justiça, com competência para julgar as revistas das sentenças com fundamento em nulidade ou injustiça notória. Em todo e qualquer pleito as partes deviam indicar dois homens-bons, que com o juiz de fora procurariam conciliar as partes antes do início do processo judicial. Fora da organização judiciária comum, surgia um tribunal especial, composto por nove deputados, com competência para conhecer dos delitos cometidos por deputados, dos crimes contra a segurança do Estado e das infracções da Constituição.²¹³

A discussão sobre as disposições referentes ao poder judicial, que ocorreu entre os dias 31 de Dezembro de 1821 e 4 de Março de 1822, iria alterar profundamente o teor das mesmas.²¹⁴

²¹² Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, pp. 3 a 18.

²¹³ A criação pelos constituintes deste tribunal “privilegiado ou de excepção” constituiria “um acto contraditorio com todos os seus principios” e “não fazia honra áquelle congresso” (Thomaz Ribeiro, 1891: 205). Também salienta aquela dupla “incomodidade da proposta” de um tribunal de privilégio para os deputados e de excepção para os autores de crimes políticos, Benedicta Vieira, 1992: 21. Tendo presente a experiência curta e atribulada da *Haute Cour Nationale*, instituída por Decreto de 10.5.1791 e consagrada na primeira Constituição francesa (artigo 23 do capítulo V do título III) com competência para conhecer “os delitos dos ministros e dos agentes principais do Poder executivo e os crimes que atacam a segurança geral do Estado”, mas logo extinta por Decreto de 25.9.1792 (Robert Charvin, 1968: 30 a 37), os deputados portugueses não aprovaram a constituição de um tribunal político extraordinário, mas apenas a competência das Cortes para decidir a continuação do processo depois da pronúncia e a suspensão do exercício de funções, quando um deputado fosse pronunciado pela prática de algum crime, e para declarar que tinha lugar a formação de culpa pelo Supremo Tribunal de Justiça, quando um secretário ou conselheiro de Estado, um ministro diplomático ou um regente do reino tivesse cometido um erro de officio (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, pp. 75 a 80).

²¹⁴ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3549 a 3854, e volume V, pp. 1 a 359. Tal como nas Cortes portuguesas, a reforma da justiça e do processo penal inquisitório constituiu um problema central do debate entre os deputados franceses. Assim, logo nos dias 8 e 9 de Agosto de 1789, a assembleia aprovou a proposta Beaumetz-Thouret, que visava a liquidação do processo inquisitório, embora mantendo a estrutura do processo da *Ordonnance Criminelle* de 1760 (Faustin Hélie, 1866 a: 397 a 438, Albert Du Boys, 1874 a: 573 a 599, 288 a 292, Esmein, 1882: 410 a 415, André Laingui e Arlette Lebigre, 1979: 134, e Roberto Martucci, 1984: 20 a 27, 92 a 121). O novo direito, que devia vigorar transitoriamente até à publicação de um novo código, previa a participação nas diligências instrutórias, ao lado do juiz instrutor, de dois adjuntos não togados, como “elementos substitutivos da opinião pública”. A informação continuava a ser secreta, mas de ora em diante a actividade instrutória do juiz passava a ser controlada pelos cidadãos, que deviam mesmo fazer ao juiz as observações que entendessem necessárias para a explicação dos depoimentos das testemunhas e o esclarecimento da verdade dos factos (*Les adjoints seront tenus en leur ame & conscience de faire au juge les observations, tant à charge qu’ à décharge, qu’ ils trouveront nécessaires pour l’ explication des dires des témoins, ou l’ éclaircissement des faits déposés*, artigo 1º, VII). O processo era necessariamente contraditório e público a partir do “decreto de prisão do corpo” (*décret de prise de corps*), que só podia ser proferido por três juizes e

A Constituição de 23 de Setembro de 1822²¹⁵ consagrava um título autónomo para a organização do poder judicial, o título quinto.²¹⁶ Logo na discussão sobre os artigos 146 e 147 do projecto, que abriam o capítulo primeiro do título quinto, referentes à independência do poder judicial e às condições para admissão ao exercício da magistratura, se colocou a questão do estabelecimento do jurado. O projecto da Constituição previa apenas o jurado para a matéria criminal.²¹⁷ O deputado Francisco

quando o crime fosse punível com pena corporal. O réu tinha o direito a um defensor, que lhe seria nomeado officiosamente se ele o não tivesse constituído, e só tinha o dever de prestar juramento no caso de contradita das testemunhas (*lorsque il voudroit alléguer des reproches contre les témoins*, artigo 1º, XII). As regras da produção de prova também eram profundamente alteradas, não sendo as variações de depoimentos das testemunhas feitos na investigação e repetidos diante do arguido classificados como falso testemunho e sendo admissível a defesa dos “factos justificativos ou de atenuação” (*faits justificatifs ou d’atténuation*) em qualquer fase do processo (artigo 1º, XIX). A mais simbólica de todas as inovações era a que constava do n. XXII do artigo 1: a motivação da decisão final (*Toute condamnation à peine afflictive ou infamante, en première instance, ou en dernier ressort, exprimera les faits pour lesquels l’accusé sera condamné, sans qu’ aucun Juge puisse jamais employer la formule pour les cas résultants du Procès*). A pena aflictiva ou infamante só podia ser determinada por dois terços dos juizes do colectivo e a pena de morte por quatro quintos dos juizes em última instância. Em face de dificuldades na aplicação deste regime a assembleia aprovou ainda o Decreto de 22.4.1790, que regulou aspectos omissos do estatuto e das funções dos adjuntos, tais como a não obrigatoriedade e os impedimentos do cargo, e proibiu a nomeação de defensor aos réus acusados contumazes ou ausentes. As novas disposições, tal como as do Decreto de 8 e 9 de agosto, só eram aplicáveis aos processos por crimes puníveis com penas aflictivas ou infamantes, sendo os restantes processos julgados em audiência pública e imediata (*tous les procès de petit criminel seront portés & jugés à l’ audience, & ne pourront, en aucun cas, être réglés à l’ extraordinaire*, artigo 1º, XIV). Este regime transitório vigorou até Janeiro de 1792, tendo os deputados da nova assembleia legislativa francesa retrocedido consideravelmente na reforma introduzida nessa data. Os constituintes portugueses não procederam à fixação de qualquer regime provisório, tendo apenas votado a nova regulamentação dos crimes de imprensa antes da discussão das disposições da Constituição sobre o poder judicial.

²¹⁵ A Constituição foi assinada pelos deputados no dia 23 de Setembro de 1822 e pelos faltosos no dia seguinte (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 539 e 543), jurada pelos mesmos deputados a 30 de Setembro (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 624 e 625) e pelo rei a 1 de Outubro de 1822 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 626 a 629).

²¹⁶ A crítica sistemática deste título foi feita por Silvestre Pinheiro Ferreira (1837: 31), que concluiu que “he forçoso que a reforma nesta parte seja ainda mais radical do que em todas as outras”, já que a intentada pelos constituintes assentava “nas erradas noções que os publicistas mais ilustrados do absolutismo haviam delineado até à época d’ esta constituição”. O autor remetia para as suas propostas da conferência nona do Manual do Cidadão e dos títulos quinto, oitavo e nono do Projecto de Código Geral. Pinheiro Ferreira criticava também outras disposições relativas ao poder judicial dispersas pelo texto constitucional, como a relativa ao direito do monarca cassar sentenças judiciais (artigo 123, § 11), por violar a independência dos poderes (Pinheiro Ferreira, 1837: 22), e a relativa ao regime da responsabilidade criminal dos ministros (artigos 159 a 161), por ser incompatível com a proibição do foro privilegiado (Pinheiro Ferreira, 1837: 28 e 29).

²¹⁷ A defesa desta opção, assumida, entre outros, pelos deputados Borges Carneiro e Pereira do Carmo, é sintomática de uma concepção da aplicação da lei criminal. Aquele primeiro deputado argumentava que “para julgar no crime basta ter senso commun e probidade. Não acontece o mesmo nas causas cíveis. A decisão dellas demanda não só aquellas qualidades, mas também grande pericia das leis, e estudo da jurisprudencia.” Pereira do Carmo justificava a rejeição dos jurados em matéria cível, “porque se não trata aqui de graduar a moralidade das acções, mas unicamente de administrar justiça às partes, dando a cada um o que he seu segundo a lei. No primeiro caso o facto he simples, e simples a sua qualificação. No segundo o facto pode ser de tal maneira complicado com as leis, que até um juiz de direito se veja

Moraes Pessanha apresentou um “Contraprojecto”, em que se previa a intervenção de juizes de facto tanto para o crime, como para o cível.²¹⁸

Da discussão acesa que se seguiu resultou clara a unanimidade dos constituintes em relação à admissão do jurado no crime, tendo sido admitida por maioria no cível.²¹⁹ Não obstante, foi adoptada a formulação proposta pelo deputado Xavier Monteiro no sentido de não consagrar a existência de jurados no cível e no crime desde a publicação da Constituição, mas apenas nos casos e pelo modo que as futuras Cortes

embaraçado na decisão do negócio. No primeiro caso, talvez o arbítrio faça triunfar a humanidade á custa da rigorosa justiça: mas no segundo, não se pode ser arbitrario, salvo compromettendo, e sacrificando os direitos de terceiro” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3566, 3588 a 3590). Esta concepção da distinta aplicação da lei criminal e cível não foi, contudo, decisiva, como se verá do teor da discussão parlamentar.

²¹⁸ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3561 a 3563. Foi desta forma que introduziu o ilustre deputado a sua indicação: “nós, nas circunstâncias em que nos achamos, com uma regeneração que mais he uma festa nacional do que uma revolução, não devemos ser mesquinhos em reformas”.

²¹⁹ Como se verifica pelas várias menções dos deputados intervenientes, a discussão decorreu sob a influência do modelo judicial inglês e da Constituição espanhola de 19.3.1812, que tinha sido anulada pelo Decreto de Fernando VII de 4.5.1814 e reposta pelo mesmo rei em vigor pelo Decreto de 9.3.1820. Fernandes Thomaz opunha ao contraprojecto que “nós não estamos fazendo leis para Inglezes, estamos fazendo para Portuguezes; e o grande caso he apropiálas aos nossos costumes”, ao que Moraes Pessanha contrapunha “aqui neste mesmo Congresso se adoptão muitas cousas da Constituição hespanhola, e não se lhe oppoz a qualidade de estrangeira” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3564). Mais tarde, o deputado Girão assinalou que “os Hespanhoes já adoptarão os jurados, e nós para não fazermos uma Constituição menos liberal, não devemos ficar sem elles” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3641). A reacção de Fernandes Thomaz foi, afinal, a mesma que teve o deputado Prugnon na discussão sobre o júri na assembleia constituinte francesa, ao opôr-se a esta inovação, gritando “não sejamos os copistas servis da Inglaterra e da América” (*Ne soyons pas les copistes serviles de l' Angleterre et de l' Amérique*, Faustin Hélie, 1867 c: 88). Os dois únicos deputados que expressaram reservas relativamente à competência dos jurados para apreciar a matéria de facto no processo criminal e, designadamente, a distinção entre os diversos tipos de dolo, foram o Bispo de Beja e Corrêa de Seabra. Contudo, o Bispo de Beja logo acrescentava que não se opunha ao jurado em matéria criminal, mas antes entendia dever esta matéria ser sujeita apenas a lei ordinária (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3612). Já o deputado Corrêa de Seabra expressou o entendimento de que se deixasse a questão omissa na Constituição, cabendo às Cortes futuras determinar o estabelecimento dos jurados. Este só deveria ter lugar depois de promulgado o novo código penal, onde se fixassem as regras do direito probatório e a moldura penal exacta de cada delicto, com vista a evitar o mau uso que os jurados pudessem fazer das presunções e conjecturas (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3591). A criação do júri no processo crime não constituía uma questão incontroversa entre os que se pronunciaram fora da assembleia sobre o assunto. Muito distinto do voto dos constituintes era o de Manoel Ferreira Tavares Salvador (1821: 1, 15 a 34). No projecto por si apresentado previam-se quatro graus de jurisdição, o dos juizes de fora, o dos corregedores, o das Relações e o do Supremo Tribunal de Justiça. Dos primeiros cabia recurso obrigatório de apelação para os corregedores e destes só subiam as apelações que a lei previsse expressamente, não tendo as Relações qualquer competência de primeira instância ou avocatória. O Supremo Tribunal de Justiça decidia em última instância os processos em que tivesse sido proferida condenação em pena de morte ou degredo para fora do reino por mais de nove anos ou confisco de todos os bens, que a ele subiam officiosamente. As Relações julgavam em última instância os processos em que nelas fosse proferida sentença absolutória ou condenatória em pena menor, conforme com, pelo menos, uma das sentenças dos juizes inferiores. As

determinassem.²²⁰ Assim, a Constituição fixou a obrigatoriedade da existência de juízes de facto, eleitos directamente pelo povo, nas causas criminais e nas cíveis, “nos casos e pelo modo que os códigos determinarem” (artigo 177), bem como de um juiz letrado de primeira instância, que julgaria de direito nas causas em que houvesse juízes de facto, e do facto e de direito nas causas em que os não houvesse.²²¹

A única imposição constitucional de competência dos juízes de facto nas causas crimes era a relativa ao conhecimento dos delitos de abuso de liberdade de imprensa. Esta imposição constitucional resultou da aprovação de uma indicação do deputado Borges Carneiro.²²²

O juiz letrado era nomeado pelo rei e, em caso de queixa, podia ser por ele preventivamente suspenso, precedendo em ambos os casos proposta do Conselho de

revistas, quer no cível quer no crime, eram proibidas, com a excepção das decisões de condenação à morte que não obtivessem a unanimidade dos votos dos magistrados.

²²⁰ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3649. A constituinte portuguesa foi mais liberal do que a francesa e do que a espanhola. Os constituintes franceses encontravam-se profundamente divididos entre a tese moderada do deputado Thouret, que propunha a introdução apenas do júri criminal, pois o júri na jurisdição cível implicava uma revisão completa do sistema das provas, e a tese radical, dos deputados Duport e Robespierre, que propugnava a consagração do júri também nas causas cíveis, tendo feito vencimento aquela (Édouard Bonnier, 1853: 45 e 46, Faustin Hélie, 1867 c: 86 a 88, e Jean-Pierre Royer, 1996: 290 a 295). Assim, o Decreto de 30.4.1790 determinou que não haveria júri nas causas cíveis. Por seu lado, os constituintes de Cadiz consideravam a falta de juízes temporários e a inobservância do princípio da acusação “os dois grandes escolhos” que faziam perigar a administração da justiça, tendo, contudo, tomado uma decisão ainda mais conservadora do que a francesa. O artigo 307 da Constituição espanhola de 1812 apenas previa a faculdade de as Cortes no futuro virem a estabelecer uma distinção entre os juízes de facto e os de direito, por os deputados terem temido fazer “uma revolução total no ponto mais difícil, mais transcendental e mais arriscado de uma legislação” e terem preferido deixar “ao progresso natural das luzes o estabelecimento de um sistema que só poder ser útil quando seja fruto da demonstração e do convencimento” (Martinez Alcubilla, 1868: 422, 429 e 452).

²²¹ Tal como os jurados nos tribunais especiais de protecção da liberdade de imprensa, a introdução do júri criminal no foro comum foi considerada simultaneamente como uma garantia fundamental da segurança de pessoas e bens e como o único meio eficaz para obstar ao “furor” dos magistrados letrados, pondo-se assim cobro ao “desprezo” em que a magistratura judicial se achava (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3641 e 3643). Ao invés, a facção absolutista considerava esta novidade muito censurável. A participação do povo na administração da justiça era precisamente o objecto da crítica mais veemente feita por Faustino Madre de Deos (1823: 98 e 103) às disposições do título sobre o poder judicial. A introdução dos jurados constituía, pois, um imperativo para os constituintes por “razões teóricas de coerência doutrinal” com o sistema representativo, mas também por se tratar de um “esquema aliciante para assegurar a imparcialidade das decisões” (Jaime Raposo Costa, 1976: 63). Não se afigura, pois, correcta a afirmação de António Barreiros (1980: 598, e 1981 a: 69) de que o júri não era visto pelos constituintes como “algo inerente ao sistema constitucional do Estado”.

²²² Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 354. Revelando conhecer bem a discussão na assembleia francesa, Borges Carneiro argumentou com o exemplo do partido dominante no parlamento francês, que fez aprovar o julgamento dos delitos da imprensa pelos tribunais e não por jurados. Silvestre Pinheiro Ferreira (1837: 39) censurou a opção dos constituintes, porquanto “a liberdade de manifestar os pensamentos não precisa mais de um tribunal especial do que a liberdade da industria, ou qualquer outro ramo de liberdade individual”. Os constituintes não tiveram, pois, qualquer relutância em criar um

Estado. O exercício das funções pelo juiz letrado era perpétuo, só se admitindo a privação do cargo por sentença proferida em razão de delito e a aposentação com causa provada e conforme à lei. O regime da transferência e da promoção dos juízes estava sujeito à reserva de lei, consagrando-se expressamente o princípio da transferência ordinária trienal e o princípio da promoção de todos os magistrados por antiguidade “com as restrições, e pela maneira que a lei determinar” (artigo 186). A responsabilidade dos magistrados pelos abusos de poder e pelos erros de ofício estava consagrada constitucionalmente, bem como o direito da acção popular por suborno e prevaricação dos juízes.²²³

tribunal criminal especial, desde que esta jurisdição especial se fundasse na natureza do ilícito e não em qualquer privilégio pessoal (Zília Osório de Castro, 1990: 324 e 325, e Benedicta Vieira, 1992: 27).

²²³ O regime das garantias dos magistrados judiciais reproduzia quase integralmente o da Constituição espanhola, quer no que toca à nomeação e suspensão dos juízes pelo rei, precedendo parecer do Conselho de Estado (artigos 171, 4.º, e 253 da Constituição espanhola), quer no que se refere à dependência da aposentação dos juízes temporários e perpétuos de “causa legalmente probada y sentenciada” (artigo 252 da Constituição espanhola), quer ainda no que respeita ao reconhecimento da responsabilidade pelas faltas de observância das leis e da acção popular por suborno e prevaricação dos juízes (artigo 255 da Constituição espanhola). O princípio revolucionário da eleição dos juízes inspirava-se na ideia do “cidadão-juiz” (*citoyen juge*), legitimado pelo sufrágio popular e cuja carta patente era expedida pelo rei sem outra formalidade que não fosse a da apresentação do processo de eleição (Jean Pierre Royer, 1996: 310 a 315, e Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 153), e foi consagrado pelos deputados franceses no artigo 1.º do título II do Decreto de 16.8.1790 (*les juges seront élus par les justiciables*, n. III do artigo 1.º, e *recevront du Roi des Letres-Patentes, scellées du sceau de l'Etat, lesquelles ne pourront être refusées, & seront expédiées, sans retard & sans frais, sur la seule présentation du Procès-verbal d'élection*, n. VI do artigo 1.º) e, posteriormente, no artigo 2.º do capítulo V do título III da Constituição de 1791, no artigo 97 da Constituição de 1793 e ainda no artigo 209 da Constituição do ano III. O princípio revolucionário foi abandonado nos artigos 41 e 68 da Constituição consular do ano VIII, que previam a nomeação dos juízes criminais pelo primeiro consul, com as excepções dos juízes de paz e dos juízes de cassação, e não voltou a ser retomado pelo legislador constituinte francês. As duas excepções mantidas no ano VIII foram praticamente abandonadas pelo senatus-consulta de 16 *thermidor* do ano X (5.6.1800), que criou um sistema de “nomeação mascarada” pelo primeiro consul, em que este escolhia os juízes de paz de entre candidatos propostos pela assembleia do cantão e apresentava os candidatos a juízes de cassação que o senado escolhia (Robert Chabanne, 1990: 187). Por outro lado, as disposições constitucionais do ano VIII garantiam o carácter vitalício da nomeação para a magistratura, com a excepção dos juízes de paz e dos magistrados condenados por prevaricação ou dispensados das listas electivas nacionais, deste modo permitindo uma certa interferência do poder político na manutenção do magistrado na carreira (Robert Chavanne, 1990: 189). A nomeação dos juízes pelo representante do poder executivo e a sua inamovibilidade passaram a ser consideradas desde então pela doutrina como as duas garantias fundamentais da sua independência (Benjamin Constant, 1836: 21 e 22), constituindo uma solução intermédia que visava, por um lado, satisfazer o objectivo fundamental do novo regime político de controlo do poder judicial e, por outro, garantir o não afastamento arbitrário dos magistrados judiciais entretanto nomeados (Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 270 a 272, e Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 267). Contudo, um senatus-consulta de 12.10.1807 restringiu ainda mais a garantia da inamovibilidade, reservando-a aos juízes com cinco anos de exercício de funções, e, em uma disposição transitória, previu o afastamento pelo imperador dos juízes por causa da sua “incapacidade, da sua má-conduta ou dos excessos que contrariassem a dignidade das suas funções” (*pour leur incapacité, leur inconduite ou des déportements dérogeant à la dignité de leurs fonctions*). A “depuração da magistratura”, que atingiu 162 juízes nos anos de 1807 e 1808, tornou-se uma prática reiterada ao longo do século XIX e na primeira metade do século XX, repetindo-se em 1815 (294 juízes da *cour d'appel* e

O juiz letrado de primeira instância decidia sem recurso as causas cíveis que não excedessem determinada quantia fixada na lei, cabendo recurso das restantes decisões para a Relação competente, bem como decidia as causas criminais, cabendo nestas recurso pela forma que a lei determinasse.²²⁴ Da decisão dos juízes de facto podia recorrer-se à competente Relação, “só para o efeito de se tomar novo conhecimento e decisão no mesmo ou em diverso conselho de juízes de facto nos casos, e pela forma que a lei expressamente declarar” (artigo 189).²²⁵ Diante da proposta inicial do deputado Morais Sarmiento de que o recurso de qualquer decisão em que interviesses jurados devia ser interposto nos casos em que a lei o previsse para um outro conselho de jurados, que julgaria de novo a questão *in totum*,²²⁶ o deputado Ferreira Borges propôs que o recurso fosse interposto, em certos casos contados, enunciados na lei, para um tribunal superior e apenas para o efeito de se cometer novamente o conhecimento e a

centenas na primeira instância), em 1830 (entre uma centena e três centenas de juízes), em 1848 (algumas centenas de juízes), em 1870 (cerca de 500 juízes), em 1883 (entre 900 e 1000 juízes), em 1940 (204 juízes) e em 1944-45 (entre 300 e 400 juízes), isto é, sempre que se verificava uma grande convulsão na vida política nacional, com o que se sedimentou o entendimento de que o princípio da inamovibilidade tinha uma “duração limitada no tempo”, encontrando-se intimamente relacionado com o fim do regime político em que tinha sido nomeado o magistrado judicial e não se encontrando os protagonistas de cada novo regime político vinculados pelas escolhas dos anteriores (Marcel Rousselet, 1948: 84 e 85, Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 269, Jean Pierre Royer, 1996: 468 a 470, 477 a 482, 546 a 550, 599 a 602, 610 a 614, 720 a 723, 745 e 746, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 434 e 435). Os constituintes ibéricos, conhecendo a evolução inicial do direito francês, não ousaram regressar ao princípio revolucionário da eleição dos juízes, tendo limitado a reforma do estatuto da magistratura judicial às garantias da inamovibilidade dos juízes e ao respectivo regime de promoção, mantendo a competência do monarca para nomear os juízes. Este regime não deve, pois, ser visto como uma “oportunidade perdida” na construção do Estado de Direito (António Barbas Homem, 1998 b: 169), mas como uma solução de compromisso condicionada pela experiência francesa. O estudo estatístico das tomadas de posse dos magistrados locais de nomeação régia demonstra, no entanto, que o novo poder político liberal em Portugal, tal como mais tarde o contra-revolucionário, prosseguiu uma política de instrumentalização dos lugares da administração régia periférica da justiça (José Lopes Subtil, 1994: 355 a 363).

²²⁴ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3929.

²²⁵ O debate sobre a admissibilidade do recurso nos processos com intervenção de jurados na primeira instância foi introduzido pelo deputado Castello Branco Manoel logo na sessão de 4 de Janeiro de 1822 (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3592 e 3593), argumentando em desfavor da consagração dos juízes de facto em matéria cível que “a appellação para outros jurados he de igual para igual, não podemos conceber superioridade alguma nos segundos. E se a appellação ha de ser para as relações, isto he para juizes letrados, os quaes pelo recurso de appellação podem revogar a sentença dos jurados *ad quid* ... a sentença final sempre he de juiz letrado”. Tal debate foi retomado no final da sessão de 23 de Janeiro pelo deputado Araújo Silva (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3829) e foi objecto de toda a sessão do dia seguinte, 24 de Janeiro de 1822, sendo no final desta aprovado o principio da recorribilidade das decisões dos jurados (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3840).

²²⁶ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3834 e 3835. Esta posição veio a ser secundada pelo deputado Borges Carneiro, com a distinção de que este só admitiria o recurso para um

decisão da causa a um outro conselho de jurados.²²⁷

Fez vencimento a ideia da conformação do Tribunal da Relação como um tribunal de cassação das decisões dos juízes de facto, mas sem especificação dos casos de admissibilidade do recurso.²²⁸ Mais tarde, o deputado Vasconcelos propôs um aditamento no sentido de que não fosse admitido recurso da decisão do júri que declarasse inocente o arguido, tendo esta proposta sido rejeitada com o argumento do deputado Guerreiro de que o congresso “não se atreveu na discussão da constituição a determinar a natureza dos recursos que se poderão dar em semelhantes casos”, deixando o assunto em aberto para as câmaras futuras. A proposta do deputado Vasconcelos limitaria a liberdade de conformação do legislador ordinário, o que os deputados manifestamente não queriam.²²⁹

Nos delitos de abuso de liberdade de imprensa o recurso cabia para um tribunal especial que seria criado para aquele efeito pelas Cortes.

Em cada um dos distritos em que se dividissem os juízos de direito, existiriam juízes electivos, que o seriam nos mesmos termos por que eram eleitos os vereadores

jurado reforçado com fundamento em ilegalidade e “por via de excepção” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3838).

²²⁷ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3835 e 3836.

²²⁸ É certo que várias vozes, como as dos deputados Camello Fortes e Bastos, se fizeram ouvir no sentido de que a questão do tipo de recurso a interpor das decisões dos jurados não merecesse tratamento especificado em artigo da Constituição, tendo o último daqueles deputados, em abono da sua posição, chamado a atenção para a íntima relação entre o problema prévio, cuja regulamentação caberia ao código criminal, do modo de organização e composição do juízo dos jurados na primeira instância e a questão em discussão (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3838 e 3839). Contudo, não vingou esta posição na assembleia. O deputado Freire propôs que o recurso da decisão dos jurados só fosse admissível no que dissesse respeito a nulidades ou ilegalidades processuais e não à decisão sobre o facto (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3837), mas os deputados não conseguiram chegar a um acordo sobre o objecto deste recurso, tendo a assembleia aprovado apenas que “haverá uma espécie de recurso das decisões dos juizes de facto para o tribunal superior” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3840). Alguns deputados não identificavam este recurso com a apelação nem com a “revista na forma que nós entendemos nas leis anteriores” (Ferreira Borges, Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, pp. 3835 e 3853), mas outros, como o deputado Peixoto, aproximavam-no da revista (“Que outro effeito tem a revista senão o de mandar-se examinar de novo a causa?”, Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3854).

²²⁹ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 742. Revela-se, pois, infundado o entendimento de Luiz Jardim sobre a competência do Tribunal da Relação na Constituição de 1822. Segundo este autor, o Tribunal da Relação devia conhecer, no sistema vintista, da iniquidade da declaração do júri e da legalidade da sentença do juiz, considerando o autor este sistema “defeituosissimo, porque temos por muito importante a theoria que manda julgar nas causas crimes o facto e o direito por juizos differentes”. Acrescia que, “não assistindo os juizes da segunda instância ao inquerito das testemunhas, não vendo no processo a integra dos seus originaes depoimentos, não estão de modo algum habilitados para decidir sobre provas ou a existencia do facto” (1866: 145 e 146). O entendimento de Luiz Jardim não atende, contudo, à discussão na constituinte e contraria a letra do texto constitucional.

das Câmaras, julgando verbalmente e “sem recurso as causas cíveis de pequena importância designadas na lei, e as criminais em que se tratar de delitos leves, que também serão declarados pela lei” (artigo 181).²³⁰ Os juizes electivos também exerciam as funções dos Juizes de Conciliação, previstos no artigo 195 da Constituição.²³¹

A Constituição consagrava também a existência das Relações, que fossem “necessárias para comodidade dos povos, e boa administração da justiça” e que julgariam as causas em segunda e última instância (artigo 190),²³² bem como a de um

²³⁰ O projecto não previa a existência destes magistrados, tendo sido o deputado Borges Carneiro o autor da proposta de instituição de juizes electivos em cada concelho (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3662). As raízes destes juizes electivos deviam procurar-se nos antigos juizes pedâneos ou de vintena (Lopes Praça, 1879: 332), não tendo sofrido uma influência significativa da legislação francesa nem da espanhola. Os requisitos e o modo de eleição destes magistrados distinguiram-se dos fixados no título III do Decreto de 16.8.1790 pelo legislador francês para o juiz de paz (*judge de paix*), como também se diferenciava a sua competência da deste, que era mais limitada, abrangendo, além do julgamento das causas cíveis de pequena monta e da conciliação nas restantes causas cíveis que excedesse essa competência, apenas as acções por injúrias verbais, rixas e vias de facto em relação às quais as partes não tivessem recorrido à via criminal (*des actions pour injures verbales, rixes & voies de fait pour lesquelles les parties ne se seront pas pourvues par la voie criminelle*, n. X, do artigo 1º do título III). Por outro lado, o juiz francês não decidia sozinho, mas acompanhado por dois bons homens, eleitos por dois anos pelo mesmo colégio que escolhia o juiz de paz. O Decreto de 14.10.1790 regulou a recusa destes juizes e o processo aplicável nas causas por eles julgadas. Contudo, o já referido senatus-consulto de 16 *thermidor* do ano VIII, que substituiu a eleição popular deste magistrado pela sua nomeação pelo primeiro consul, e um outro de 29 *ventôse* do ano IX (20.3.1801), que extinguiu os assessores, modificaram profundamente o cariz desta magistratura, afastando-a de vez do ideal revolucionário do *citoyen juge*. Os constituintes espanhóis eram muito cépticos em relação à disponibilidade efectiva, capacidade técnica e idoneidade destes juizes populares (Martinez Alcubilla, 1868: 427), mas copiaram em parte o modelo francês, colocando ao lado do alcalde de cada povo dois bons homens, nomeados um por cada parte, e atribuindo-lhe competência conciliatória em todos os pleitos cíveis (artigo 283 da Constituição espanhola). A assembleia portuguesa mostrou-se favorável à manutenção de uma magistratura não letrada, tendo-se oposto abertamente apenas três deputados. A amplitude dos poderes que lhe eram conferidos também foi objecto de crítica fora do parlamento. “Eis aqui bastantes despotas constituídos em todos os districtos”, concluía Faustino Madre de Deus (1823: 98). A crítica do autor centrava-se no julgamento verbal e sem recurso, que o autor considerava um “foco de ladroeiros”, além de as pequenas quantias que constituíam o limite constitucional da competência do juiz poderem redundar em uma violação objectiva do princípio da igualdade.

²³¹ Foi muito viva a discussão entre os deputados em torno da previsão do projecto da constituição, nos termos da qual a conciliação tinha lugar em todos os negócios criminais em que a lei não mandasse proceder por officio e era realizada pelo juiz de fora. Fez vencimento a proposta de Borges Carneiro, que propugnava a tentativa de conciliação obrigatória por meio de juizes eleitos, opondo-se-lhe, entre outros, o deputado Fernandes Thomaz, que entendia ser prejudicial a criação de uma nova magistratura para exercício de uma função que não era própria de juizes (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, pp. 121 e 125). Faustino Madre de Deus (1823: 109) acompanhava esta crítica, acusando os constituintes de terem confundido a verdadeira função judicativa dos juizes.

²³² A criação de sete Tribunais da Relação no continente e nas ilhas adjacentes foi criticada pelo deputado Borges Carneiro (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3848), que propôs que não se declarasse na Constituição o número das Relações. A limitação dos tribunais e das instâncias de recurso correspondia a uma das pretensões mais veementemente feitas sentir no discurso dos constituintes. Deste modo, procuravam os constituintes livrar desses “exércitos de homens a escreverem” constituídos pelos juizes das várias instâncias, as gentes produtivas, que, no verbo virulento de Borges Carneiro (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3827), estavam “condemnadas não só a sustentar tanta

Supremo Tribunal de Justiça, composto por juizes letrados, nomeados pelo Rei, sob proposta do Conselho de Estado.²³³

O Supremo Tribunal de Justiça concederia ou negaria a revista nas sentenças proferidas nas Relações, sobre sentenças dos juizes de direito e nunca das decisões dos juizes de facto.²³⁴ O fundamento da revista seria o de a sentença conter “nulidade ou

caterva de escrevinhadores, mas a serem por elles a cada momento perseguidos, inquietados, e trapaceados”. Apesar desta posição de princípio, os constituintes portugueses, tal como os franceses, não punham em causa a existência da apelação. Na assembleia nacional francesa, os constituintes aprovaram, pelo Decreto de 1.5.1790, a existência de apenas um grau de apelação nas causas cíveis, sem prejuízo de outra decisão em matéria criminal, e criaram, pelo Decreto de 16.8.1790, um sistema de “apelação circular” (*les juges de district seront juges d' appel les uns à l' egard des autres*, n. I do artigo 1º do título V). Esta solução foi o fruto de um compromisso entre a vontade dos constituintes de simplificação do processo e de substituição de uma estrutura hierárquica de órgãos sobrepostos por uma estrutura de órgãos justapostos e a constatação da necessidade da sindicância das decisões dos novos tribunais de primeira instância (Jean-Pierre Royer, 1996: 280 e 281). A verdadeira garantia das partes residia, no entendimento dos constituintes, na previsão do n. XV do artigo 1º do título V do Decreto de 16.8.1790, que já decorria do diploma transitório de 9.8.1789 e nos termos do qual as decisões de primeira e de segunda instância eram motivadas, devendo designadamente ser expressos os factos dados como provados e os motivos que determinassem a formação da convicção (*le résultat des faits reconnus ou constatés par l' instruction, & les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés*). A “apelação circular” (*appel circulaire*) era um sistema muito complexo e não provou bem na prática. Acresce ainda que Napoleão pretendeu reforçar a autoridade dos tribunais superiores, muito enfraquecida por esta inovação revolucionária, constituindo o regresso ao sistema da hierarquização dos tribunais de primeira e de segunda instância um dos grandes objectivos da política judiciária do Consulado (Robert Chabanne, 1990: 185 e 186, e Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 274). Por estes motivos a “apelação circular” foi suprimida pela Lei de 27 *ventôse* do ano VIII (17.3.1800). Contudo, este sistema subsistiu de algum modo no recurso de apelação das decisões do tribunal de polícia correcional inicialmente consagrado no artigo 200 do *Code d' Instruction* (Édouard Bonnier, 1853: 54 e 55, André Pouille, 1985: 340, e Michèle-Laure Rassat, 1993: 15).

²³³ A existência de um Supremo Tribunal de Justiça colocado acima dos Tribunais da Relação, prevista no projecto, foi logo de início posta em causa pelo deputado Lino Coutinho, com o argumento de que “havendo esse tribunal perguntarei eu quem há de conhecer delle quando obrar mal: iremos assim a formar uma serie infinita, e uma cadeia em que nunca acharemos o ultimo anel: será portanto melhor que acabemos no segundo”, isto é, no Tribunal da Relação (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3850). A aprovação da existência do Supremo Tribunal de Justiça ficou a dever-se à defesa calorosa feita pelos deputados Pinto de Magalhães e Borges Carneiro. Não obstante a influência dos artigos 259 e 261 da Constituição de Cadiz de 1812 na redacção dos artigos 192 e 193 da Constituição portuguesa, Alves de Sá (1888: 51) e Paulo Merêa (1948: 64) puseram em relevo uma diferença essencial entre os dois textos. Enquanto o Supremo Tribunal espanhol era uma delegação da assembleia parlamentar com poderes cassatórios, tendo sido estabelecido no seio das cortes, o órgão judiciário português estava plenamente integrado no poder judicial. Outra diferença essencial consistia, como se verá, no objecto do recurso.

²³⁴ A discussão começa no final da sessão do dia 25 de Janeiro e ocupou as duas sessões seguintes, de 30 e de 31 de Janeiro de 1823. Logo no início da discussão o deputado Ferreira Borges colocou a questão da inutilidade da consagração da revista em face da admissibilidade do julgamento das causas crimes por jurados e da interposição de um recurso das decisões destes (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3853). No entanto, esta questão prévia foi ultrapassada após a intervenção do deputado Camello Fortes, que, diante dos que defendiam que houvesse revista e dos que defendiam o contrário, apresentou a sua “opinião media”, segundo a qual a revista devia ser admitida, mas apenas das decisões dos juizes de direito e nunca das sentenças dos juizes de facto (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 46). Esta concepção foi a consagrada pelos deputados no texto da constituição. Fez também vencimento na sessão de 31 de Janeiro a proposta do deputado Vasconcellos de

injustiça notória”, embora só fosse admissível nas causas cíveis quando a seu valor excedesse certa quantia determinada e nas causas crimes “nos casos de maior gravidade, que a lei também designar” (artigo 192).²³⁵ Caberia à Relação competente julgar a revista e ao Supremo Tribunal de Justiça efectivar a responsabilidade dos juizes nos casos em que viesse a ser declarada a nulidade da sentença impugnada.²³⁶ O Tribunal Supremo conheceria também dos erros de officio cometidos pelos magistrados que nele exercessem funções, pelos das Relações e pelos titulares dos mais altos órgãos do poder político.²³⁷

A Constituição vintista reconhecia, por fim, o juízo arbitral como mecanismo de filtro no acesso ao sistema judiciário. O projecto da Constituição previa uma intervenção muito ampla de juizes árbítrios em todos os negócios penais “em que as leis não mandão proceder officiosamente contra os réos”. Contudo, em face da oposição de vários deputados à intervenção destes juizes em causas criminais, o deputado Ferreira Sousa propôs a sua admissão apenas nos “negocios penaes” de que só tivesse

que a revista fosse possível de sentenças condenatórias ou absolutórias e a do deputado Castello Branco de que a revisão seria um recurso comum ao acusador e ao acusado (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, pp. 56, 58 e 59).

²³⁵ Foi de Borges Carneiro a sugestão do afastamento da proposta da Comissão que mencionava os casos de admissibilidade de revista nas matérias criminais (condenação em pena de prisão em mais de cinco anos, degredo para fora do respectivo continente ou outra pena maior), introduzindo-se esta remissão para a lei (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 45). Faustino Madre de Deos (1823: 106) criticou esta omissão, vendo nela a porta aberta para o arbítrio do tribunal superior.

²³⁶ A delimitação dos poderes do Supremo no julgamento das revistas foi objecto de uma discussão intensa, destacando-se três diferentes teses: a do deputado Brito, que advogava a remessa dos autos a um Tribunal da Relação, que procederia à reforma da decisão, a do deputado Moura, que defendia a distinção obrigatória entre os juizes que concediam a revista e os que julgavam a revista, podendo estes e aqueles ser do mesmo tribunal ou não, e a do deputado Borges Carneiro, que propunha a atribuição ao Supremo Tribunal de competência para conceder a revista e julgar em seguida do fundo da causa. Esta tese foi expressamente rejeitada pelos constituintes por se ter temido o despotismo do Supremo. Dizia o deputado Brito: “Se o Desembargo do Paço, que apenas concedia as revistas sem as julgar, tem parecido um tribunal despotico, que será esse que entendemos substituir-lhe com maiores attribuições ?”(Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, pp. 59 a 60). Fez vencimento a tese do deputado Brito, com o aditamento de que cabia ao Supremo Tribunal efectivar a responsabilidade dos juizes do tribunal recorrido. Também a concessão desta faculdade ao Supremo Tribunal mereceu a crítica de Faustino Madre de Deos (1823: 107), que via nela um limite grave à liberdade de decisão dos magistrados inferiores. Os constituintes espanhóis consagraram uma solução mais tímida, tendo o Supremo Tribunal competência apenas para conhecer dos vícios processuais cometidos na terceira instância, isto é, nos tribunais superiores de provincia, “para o efeito preciso de repor o processo” (artigo 261, 9º da Constituição espanhola) ou, nos termos do discurso preliminar ao texto do projecto da Constituição, “devendo abster-se de intervir no fundo da causa, que terá de remeter ao tribunal competente para que execute o que tenha lugar”. Ao Supremo Tribunal espanhol estava assim vedado conhecer de recurso fundado em injustiça notória (Martinez Alcubilla, 1868: 425 e 426).

²³⁷ A disposição era objecto de uma crítica violentíssima por Faustino Madre de Deos (1823: 103 a 105), que imputava aos constituintes o propósito de confiar a magistrados designados pelos partidos políticos o julgamento dos políticos.

resultado uma pretensão indemnizatória, tendo a Constituição consagrado a faculdade de as partes escolherem juízes árbitros nas causas cíveis e nas criminais civilmente intentadas.²³⁸ Também ficou ressalvada a possibilidade de recurso de apelação das decisões dos árbitros, nos termos da emenda do deputado Borges Carneiro, suprimindo-se a menção à sujeição das partes à decisão arbitral, que constava do texto da Comissão.²³⁹

A regulamentação constitucional minuciosa do título do poder judicial assentava em uma construção aporética da organização judiciária e da estrutura do processo penal.²⁴⁰

Orientou os constituintes a ideia, expressa pelo deputado José Rodrigues de Bastos, de que “o meio de assegurar as boas decisões não he, não foi nunca o de multiplicalas”.²⁴¹ O meio de assegurar esta bondade era, na perspectiva unânime dos constituintes, o da consagração da competência-regra do tribunal de júri como tribunal de primeira instância, a par da instauração dos princípios da publicidade do processo, do

²³⁸ Considerando a arbitragem como o meio mais razoável de terminar as disputas entre cidadãos, a assembleia constituinte francesa aprovou também a regra da intervenção facultativa dos juízes árbitros no artigo 1º do título I do Decreto de 16.8.1790 (*L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les Citoyens, les Législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendroient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis*, artigo 1º, I). Os árbitros podiam intervir em todos os casos e sobre todas as matérias que dissessem respeito aos interesses privados das partes (*arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés, dans tous les cas, & en toutes matières sans exception*, artigo 1º, II), sendo recorríveis as suas decisões somente quando as partes o determinassem expressamente. O novo diploma previa um caso de intervenção obrigatória de árbitros, que era o de disputas entre familiares, sendo a decisão nesse caso sempre recorrível (ns. XII e XIV do artigo 1º do título X). Os constituintes portugueses ficaram aquém dos franceses e também dos espanhóis, que impuseram mesmo a intervenção de juízes árbitros em todos os negócios cíveis e nas causas de injúria (artigos 282 e 284).

²³⁹ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, p. 81. Faustino Madre de Deos (1823: 108 e 109) criticava o preceito, por não resultar dele se os juízes árbitros funcionariam como juízes de facto e em que termos era admissível o recurso das suas decisões.

²⁴⁰ Com razão, Lopes Praça (1879: 330) salientava a circunstância de que esta Constituição “foi a mais minuciosa que temos tido a proposito da organização judiciaria”. Também Thomaz Ribeiro (1891: 206) considerava que os constituintes deixavam “pouco arbitrio a futuros legisladores, fazendo já um pouco de leis especiaes na sua lei geral”. Discutiui-se mais tarde a possibilidade de o legislador ordinário modificar as disposições constitucionais sobre o poder judiciário em face do artigo 28 da Constituição, que proibia a modificação das leis constitucionais pelas Cortes ordinárias. Silvestre Pinheiro Ferreira (1837: 10) considerava leis constitucionais as que criavam ou aboliam tribunais e as que aumentavam ou diminuíam atribuições de tribunais ou organizavam e reformavam o poder judicial “não só quanto ao pessoal, mas quanto à ordem do processo”, pois todas estas leis “versam sobre a constituição dos poderes executivo e judicial”. No entanto, Pinheiro Ferreira censurava o preceito constitucional como “absono” e um “absurdo”, pois os poderes das legislaturas têm “a mesma origem e igual extensão”. O autor já tinha defendido opinião diferente quanto à natureza das leis de organização judiciária e do processo no comentário à Carta (Pinheiro Ferreira, 1831 a: 82).

²⁴¹ Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3839.

contraditório e da liberdade.²⁴² Reconhecendo ao réu acusado a faculdade de discutir publicamente e diante de um tribunal composto pelos seus pares a prova da acusação e de, em princípio, carrear para os autos em liberdade toda a prova da defesa, julgavam os constituintes assegurar logo na primeira instância uma justiça penal que podia dispensar a consagração de sucessivos graus de recurso, com ampla jurisdição sobre o objecto do processo.

Contudo, a Constituição de 1822 consagrava o princípio do triplo grau de jurisdição em matéria de direito, admitindo a interposição não só pelo réu, mas também pelo promotor da justiça, de recurso da decisão dos juízes de direito para a Relação e da decisão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça. Não obstante a restrição do objecto do recurso para o Supremo Tribunal à sindicância de “nulidade ou injustiça notória” nos casos “de maior gravidade” e dos poderes deste Alto Tribunal à cassação da decisão recorrida, a lei constitucional fazia crescer dois graus de recurso ordinário ao *iter* processual do julgamento das causas mais graves em relação ao direito do Antigo Regime e contrariava frontalmente o propósito dos constituintes, tantas vezes repetido na discussão, da simplificação e aceleração do processo penal.

Por outro lado, os constituintes vintistas consagravam dois graus de jurisdição em matéria de facto, com recurso da decisão dos juízes de facto para o Tribunal da Relação, embora só tivessem conseguido pôr-se de acordo sobre a natureza cassatória dos poderes conferidos ao tribunal de recurso, mas não sobre os casos de admissibilidade desse recurso.

Deste modo, a antiga graça especialíssima da revista nas causas crimes ressurgia como um verdadeiro recurso ordinário na nova organização judiciária, definindo-se em termos inovadores a legitimidade para a interposição do recurso, o objecto e os poderes do tribunal que conhecia da revista.²⁴³ Ao invés, o tribunal de segunda instância tinha poderes muitíssimo mais limitados do que os do Tribunal da

²⁴² A assembleia dividiu-se entre duas teses, uma mais restritiva, do deputado Moura, que propunha a publicidade apenas da inquirição das testemunhas, e outra mais ampla, do deputado Guerreiro, que previa a publicidade de todo o processo criminal. A redacção final, que constituiu uma via intermédia, fixou a publicidade a partir da pronúncia e ficou a dever-se a Borges Carneiro (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume V, pp. 268 a 271). Este foi dos poucos preceitos do título sobre o poder judicial que mereceu o louvor do anotador da Constituição Faustino Madre de Deos (1823: 112).

²⁴³ Com razão, Alberto Xavier (1913: 11) designou este ressurgimento da graça especialíssima como o início da “transformação da revisão-graça em revisão-direito, integrando-se scientificamente como

Relação no anterior regime. O silêncio dos constituintes sobre o âmbito do objecto do recurso para o Tribunal da Relação resultava da dificuldade em conciliar a soberania dos jurados no julgamento da questão de facto com a manutenção da garantia da sindicância dos vícios da decisão sobre a matéria de facto, tendo os constituintes preferido guardar para a regulamentação ulterior do texto constitucional a resolução desta dificuldade.

As duas primeiras leis que procederam à regulamentação das previsões constitucionais relativas à organização do poder judicial foram a Lei de 30.10.1822 e a Lei de 12.11.1822, ambas tendo por objecto a regulamentação do artigo 190 da Constituição, a primeira no âmbito da justiça militar, como oportunamente se verá, e a segunda no âmbito da justiça civil.²⁴⁴

O decreto das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes de 2.11.1822, que esteve na base da Lei de 12 de Novembro, é um texto fundamental, pois é o primeiro que procede à organização da estrutura judiciária e de um processo penal, com carácter genérico e à luz da nova Constituição.²⁴⁵

atribuição do poder judiciário”. Também sobre a mudança de natureza da revista, Adelino da Palma Carlos, 1927: 89, e Paulo Merêa, 1948: 66.

²⁴⁴ Na segunda legislatura foram ainda apresentados dois projectos fundamentais, o da organização do Supremo Tribunal de Justiça, na sessão de 20.12.1822 pelo deputado Carvalho e Sousa (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo Primeiro, 1822, pp. 215 e 216), que não foi discutido, e o da punição e da organização de um processo especial para o julgamento dos crimes dos funcionários públicos, na sessão de 8.1.1823 pelo deputado Pinto de Magalhães (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo Primeiro, 1822, pp. 372 a 386), que foi parcialmente discutido. A característica mais saliente do primeiro era a de só admitir revista nos feitos crimes e cíveis quando houvesse nulidade manifesta ou injustiça notória, sendo a revista julgada por tenções, e a do segundo era a de não introduzir o júri, o que deu azo a uma viva discussão, com o voto final de aprovação do júri (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo Primeiro, 1822, p. 453). Este projecto ainda foi reformulado de acordo com o modelo do Decreto de 4.7.1821, prevendo dois júris, um de pronúncia e outro de julgamento. O réu tinha vista do processo preparatório antes de ser submetido ao júri da pronúncia. O júri de julgamento decidia apenas com base na prova produzida na audiência e tinha competência para determinar o grau da pena a aplicar. O juiz de direito do processo preparatório só era o mesmo do julgamento na cabeça do distrito (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo Primeiro, 1822, pp. 56 e 58). Contudo, os artigos do projecto relativos à publicidade do processo preparatório regressaram à comissão, por os deputados terem entendido que violavam o artigo 201 da Constituição (Diário das Cortes, Segunda Legislatura, Tomo Primeiro, 1822, p. 83).

²⁴⁵ Na sessão de 29.8.1821 Fernandes Thomaz apresentou ao congresso três quesitos, cuja resolução se julgava indispensável para a feitura de um projecto de organização judiciária. Dois dos quesitos reportavam-se à jurisdição crime e o terceiro à jurisdição cível, perguntando-se naqueles “se ha de qualquer crime, por mais grave que seja, ainda que o de pena capital, ser julgado pelo juiz de primeira instância, posto que seja ordinario” e “se sendo julgado em relação, e havendo appellação para outra differente, ainda nesse caso poderá ter lugar a revista: porque então deverá ir a terceira relação” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 280 e 325). O problema fundamental colocado à resolução do congresso era o da opção pela manutenção da competência das Relações como tribunais de primeira instância para conhecer dos crimes graves ou pela conformação das Relações como tribunais de

Este diploma determinava a criação no território metropolitano de cinco Relações, “iguales em graduação e alçada”, cujos lugares seriam providos nos juizes letrados que “maiores provas tiverem dado de virtudes, conhecimentos e adhesão ao Systema Constitucional” (artigos 2 e 13 da Lei de 12.11.1822), sob proposta do Conselho de Estado, podendo o governo rejeitar a primeira e mandar proceder a nova proposta. As Relações, com sede em Lisboa, Porto, Mirandela, Viseu e Beja, tinham competência para julgarem em segunda e última instância os feitos cíveis e crimes, ficando extintos os lugares dos corregedores do cível e do crime da corte e das cidades de Lisboa e do Porto.

A competência criminal na primeira instância dividia-se entre um juiz letrado e um juiz ordinário, com limitação da competência do juiz ordinário aos crimes puníveis com pena igual ou inferior a cinco anos de degredo para fora do continente.²⁴⁶

Além destes magistrados, criava-se o officio de promotor da justiça para promover em todos os tribunais os termos da acusação e a execução da sentença nos feitos crimes.²⁴⁷

Procedia-se à extinção das causas privilegiadas, até então julgadas em primeira instância na Casa da Suplicação ou na Relação do Porto, e determinava-se a imediata remessa das causas privilegiadas pendentes nestes tribunais para os respectivos juizes

apelação, na impossibilidade de introduzir desde já os jurados na primeira instância. Os deputados decidiram neste sentido, mas exigindo que o juiz da primeira instância fosse sempre um letrado nos crimes graves (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 331). O projecto de “creação das novas Relações” foi apresentado na sessão de 27.9.1822 pelos deputados Fernandes Thomaz, Pinto de Magalhães, Basílio de Sousa Pinto, Antonio Andrada, Moraes Sarmiento e Faria de Carvalho, tendo em conta a deliberação dos deputados (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 578 a 591). Sobre o processo de apresentação e votação deste decreto, Dionysio Leitão Coutinho (1823: 629 a 640).

²⁴⁶ A fundamentação desta opção foi feita pelo deputado Moura logo na sessão de 3.9.1822, em que se discutiram os quesitos: “O que se propõe he que o juiz de primeira instância conheça, e que depois conheça o juiz da appellação, e que fique ainda lugar á revista. Parece, pois, que isto he seguir principios mais liberaes ainda, do que aquelles que tem sido seguidos. Até aqui dava-se autoridade a uma relação sómente para conhecer da vida de um homem. No sistema contrario há mais respeito á vida deste homem” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 326). Só o deputado Bastos manifestou a sua opposição de principio a esta opção, alegando que a organização do tribunal de júri devia preceder o estabelecimento das novas Relações, pois o procedimento proposto “he talvez tratar de edificar para depois demolir, e he onerar o Estado com desnecessarias, e avultadas despesas para talvez bem cedo as vêr inutilizadas” (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 595).

²⁴⁷ Estes magistrados eram nomeados pelo rei, tal como os procuradores da soberania nacional e da coroa junto das Relações e dos tribunais com juizes letrados, e respondiam “pelo desempenho das suas obrigações ao Governo, o qual poderá demittillo quando o mereção”. Deste modo, organizava-se pela primeira vez, uma nova magistratura, hierarquicamente estruturada, subordinada ao governo e com a função de “requerer e responder em juízo e fóra d'elle em todos os negocios judiciaes em que for parte, ou tiver interesse a soberania nacional, ou a coroa” (artigo 75, 77 e 79 do Decreto de 2.11.1822).

de primeira instância.

Os termos da forma de processo ordinário consistiam no libelo, na contestação e na dilação probatória, abolindo o legislador o julgamento sumaríssimo de crimes leves realizados em audiência geral em visitas a cadeias e mandando guardar “em tudo os termos do processo *summario*” (artigo 56), o que tinha a consequência da proibição da réplica e da tréplica.²⁴⁸ A fase de instrução do processo não era regulada, prevendo-se apenas que a pronúncia, que constituía o último acto processual desta fase, determinasse o momento a partir do qual o processo era público.

Procedia-se a uma equiparação dos regimes do recurso cível e do recurso criminal, com três especialidades deste último relativas à obrigatoriedade da notificação pessoal da sentença ao réu nos crimes capitais, ao prazo mais reduzido de interposição do recurso e à exigência de três votos conformes para revogar ou confirmar a sentença apelada na Relação, salvo os casos de apelação em que o réu viesse a ser ou tivesse sido condenado em pena maior de cinco anos de degredo para fora do continente ou de revista, em que eram necessários quatro votos, bem como a exigência de quatro votos conformes para confirmar ou para revogar a sentença sujeita a revista pela Relação.²⁴⁹

A limitação significativa dos meios de impugnação do direito anterior tinha duas vertentes, uma constituída pela restrição da admissibilidade de embargos e pela simplificação do regime processual dos embargos admissíveis e outra pela abolição de vários recursos de agravo.

No que toca aos embargos, por um lado, proibia-se a apresentação de embargos na chancelaria, de segundos embargos, ainda que fossem apenas embargos de restituição, e de embargos revogatórios à decisão do Tribunal da Relação que procedesse a uma revista, salvo se fossem de peita ou suborno, embora se admitissem embargos ao primeiro acórdão proferido pela Relação. Por outro lado, mantinha-se a

²⁴⁸ O projecto previa a abolição dos julgamentos nas visitas a cadeias, mas a ela se opuseram os deputados Bastos, Borges Carneiro e Castello Branco, propondo a manutenção das audiências nas prisões para julgamento dos crimes leves de modo a evitar o prolongamento da prisão na pendência do processo, sobretudo atendendo à nova organização dos recursos. A proposta foi aprovada depois de o deputado Fernandes Thomaz ter descrito, com palavras contundentes, a prática sumaríssima e arbitrária dos julgamentos nas visitas a cadeias (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 668 a 670).

²⁴⁹ A proposta de abolição de quaisquer glosas deparou com a oposição do deputado Bastos, que as achava mais rápidas e menos dispendiosas do que os embargos, tendo feito vencimento uma posição intermédia, de proibição da glosa do julgado na sentença (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 670 e 671).

proibição da réplica e da tréplica no processo de embargos.²⁵⁰

No que respeita aos recursos ordinários, admitiam-se apenas a apelação, o agravo de instrumento para os casos previstos na lei ou para quando se deixasse de guardar alguma lei acerca da ordem do processo e o agravo no auto de processo, proibindo-se expressamente os agravos de petição, os agravos de ordenação não guardada e os agravos ordinários. As decisões dos juizes de que antes se interpunha agravo ordinário subiam agora como apelação, com excepção dos agravos ordinários das decisões proferidas nas Conservatórias das nações estrangeiras, que se mantinham até à expiração dos tratados que os previam.

O recurso de apelação era interposto pelo próprio juiz em todas as causas relativas a crimes perseguidos officiosamente, não se prevendo qualquer alçada para o juiz de primeira instância, ao invés do que acontecia para a Relação, que tinha alçada até à pena de cinco anos de degredo para fora do continente.

O objecto do recurso de apelação e os poderes do tribunal de recurso eram reduzidos, limitando-se ao controlo das nulidades processuais e da decisão de direito, devendo o tribunal de recurso ordenar a baixa dos autos para suprimimento da nulidade no primeiro caso e dispondo de poderes de confirmação ou revogação da sentença no segundo caso.²⁵¹

Previam-se também o recurso de revista do acórdão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, com a remessa obrigatória dos autos a um Tribunal da Relação diferente do recorrido após a concessão da revista pelo Supremo Tribunal de Justiça, e a expedição officiosa da sentença transitada para concessão do perdão régio, em ambos os casos com efeito suspensivo nas causas em que tivesse sido proferida condenação em pena de morte.²⁵² O processo de concessão do perdão régio era objecto

²⁵⁰ Os embargos eram, nos termos do artigo 91 do projecto, recebidos na Relação e remetidos para o juízo de primeira instância, onde deviam ser contestados e provados, subindo à Relação só para serem sentenciados. O recebimento da contrariedade e o restante processamento dos embargos na Relação foi proposto pelo deputado Ferreira Borges, mas não obteve vencimento (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, pp. 793, 875 e 879).

²⁵¹ Em caso algum os juizes da apelação podiam ter por supridas as nulidades processuais, o que limitava consideravelmente a sua competência. Não sendo já possível reparar a falta ou omissão, os juizes da apelação deviam julgar segundo o merecimento dos autos.

²⁵² O artigo 93 do projecto previa o efeito suspensivo da revista em qualquer circunstância, tendo Borges Carneiro proposto que este efeito fosse limitado às causas com sentença em pena de morte, pois a solução do projecto dava um “grande golpe na administração da justiça” e contrariava a Constituição, que não previa a terceira instância (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 885). A proposta de alteração foi aprovada (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 941).

de regulamentação e o regime da revista era remetido para uma regulamentação autónoma.

A atribuição transitória de toda a competência criminal a magistrados singulares prejudicava gravemente a realização do princípio da acusação, em face da cumulação no mesmo magistrado das funções de instrutor e julgador. Este prejuízo, que nem a introdução de uma magistratura representativa “da soberania nacional e da coroa” evitava, só não se verificava nos processos preparados pelo juiz ordinário e julgados pelo juiz letrado relativos a crimes cometidos fora do lugar ou da terra do juiz letrado puníveis com pena superior a cinco anos de degredo para fora do continente. Nestes processos mantinha-se a observância do princípio da acusação, pois o processo era preparado e a pronúncia era dada por um juiz diferente do que ia julgar a causa, se bem que este último pudesse e devesse proceder a um prévio exame dos autos com vista a sindicar o cometimento de nulidades processuais e, designadamente, a falta ou a irregularidade das diligências probatórias do processo preparatório.²⁵³

A observância do princípio da imediação era totalmente postergada pela remissão do legislador para os termos do antigo processo sumário, o que significava o pleno aproveitamento da prova do processo preparatório na audiência de julgamento, ainda que desta feita, e ao invés de outrora, aquela prova fosse sempre revelada ao réu e pudesse por ele ser contrariada. Acresce que nas causas graves preparadas pelo juiz ordinário e julgadas pelo juiz letrado o julgador não tinha qualquer contacto directo com as testemunhas e com o réu.²⁵⁴

Nem a abolição da alçada na primeira instância, nem a apelação officiosa, nem a admissão de embargos revogatórios à decisão da Relação garantiam a reparação dos agravos que tivessem sido cometidos ao réu na primeira instância, atento o objecto

²⁵³ Esta divisão de competências entre o juiz ordinário e o juiz letrado era a prevista nos artigos 84, 85 e 86 do projecto. A ela só fez oposição o deputado Corrêa de Seabra, que propôs que o juiz ordinário não julgasse, devendo competir-lhe a preparação de todos os processos. Esta proposta de alteração, que consagrava na perfeição o princípio da acusação, separando claramente o exercício das competências instrutória e de julgamento, não foi, contudo, aprovada (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 774).

²⁵⁴ O juiz letrado tinha um amplo poder de controlo sobre nulidades cometidas durante o processo preparatório, mas só podia ordenar a remessa dos autos ao juiz instrutor para suprir alguma nulidade ou deficiência que neles notasse. Não sendo já possível reparar a falta, o juiz deveria sentenciar pelo merecimento dos autos. O deputado Borges Carneiro contestou vivamente esta solução dos artigos 86 e 87 do projecto, mas os referidos artigos, que continham “a doutrina a mais essencial deste projecto”, nas palavras do deputado Moura (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 774), foram aprovados nos termos do projecto (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume VII, p. 776).

limitado do recurso e os poderes restritos do Tribunal da Relação.

Ainda que o decreto sobre as novas Relações se destinasse a vigorar transitoriamente, ele constituía uma concretização limitada e cautelosa das opções feitas no texto constitucional, mantendo a estrutura do processo ordinário do direito antigo, com as suas deficiências fundamentais relativas ao perigo de parcialidade do julgador e ao défice de imediação na produção e valoração da prova, inovando apenas no que respeitava à publicidade e à organização dos recursos.

A abolição da Constituição de 1822, na sequência da contra-revolução absolutista, frustrou a aplicação da reforma da organização judiciária. Com efeito, após a revolta de D. Miguel em 27 de Maio de 1823, veio a ser anulada a Constituição de 1822 pelo Decreto de 18.6.1823, tendo o Decreto de 4.6.1824 declarado em vigor “a antiga, verdadeira, e única Constituição da Monarquia Portuguesa” e chamado a Cortes os três estados do reino.²⁵⁵

²⁵⁵ As disposições da Lei de 12.11.1822 só começariam a vigorar quando estivessem instaladas as novas Relações, nos termos do artigo 108 da mesma lei. Assim, a referida lei não chegou a entrar em vigor (Afonso Costa, 1899: 152). D. João VI nomeou, por Decreto de 19.6.1823, uma Junta de Revisão das leis com o objectivo de estudar as leis aprovadas pelas Cortes e distinguir as que fossem compatíveis “com os verdadeiros princípios do direito público universal, com os princípios da monarquia, com os direitos e justas liberdades dos cidadãos com os actuais usos, costumes e opiniões do povo português e com uma bem regulada administração pública em todas as suas repartições, para que sejam por mim confirmadas, revogando as demais”. Entre o projecto revolucionário vintista e o projecto tradicionalista puro da facção miguelista, os membros da Junta perfilhavam uma “via média”, que se caracterizava por um tradicionalismo moderado, propondo, entre outras medidas, a manutenção da abolição dos privilégios pessoais de foro, a restauração da Inquisição como tribunal disciplinar eclesiástico e a extinção do tribunal especial para os crimes de imprensa (J. Martins e outros, 1982: 162 a 164). A Junta, que também tinha o encargo de preparar um projecto de nova Constituição, foi vencida pela intriga política e acabou por ser dissolvida no dia seguinte ao da declaração da vigência da antiga constituição do país. Neste mesmo dia, D. João VI declarou ainda “nullas e de nenhum effeito todas as innovações, Decretos, e leis emanadas das referidas Cortes”. Se, por um lado, o tradicionalismo reformista denunciou as ilusões dos revolucionários vintistas, por outro, adoptou muitas das propostas destes, embora modeladas por uma “lógica de preservação da estrutura política tradicional” (António Hespanha, 1982 b: 78). Nas vésperas da declaração em vigor da antiga constituição do país, o monarca mandou ainda, por Decreto de 3.5.1824, julgar os autores da conspiração contra a sua pessoa, a rainha e seu filho, D. Miguel, que tinha posto este último “na indefectível necessidade de recorrer ás armas, sem que huma crise tão arriscada Lhe permitisse que préviamente houvesse da Minha Soberania as necessarias Resoluções e Ordens para se obstar a males da mais superior ordem”. O processo sumaríssimo e verbal devia ser instruído sem número determinado de testemunhas, sendo julgado nas Relações dos distritos por uma comissão de seis desembargadores. Mais tarde, o Decreto de 14 de agosto desse ano mandou formar uma comissão extraordinária para investigar, pronunciar e julgar os autores dos crimes cometidos no dia 30.4.1824 em Lisboa e do assassinio do marquês de Loulé. Muitos dos deputados do congresso liberal foram então objecto de

2. O Extracto de Projecto de Codigo de Delictos e Penas e da Ordem do Processo Criminal de José Maria Forjaz de Sampaio (1823)

O Extracto de Projecto de Codigo de Delictos e Penas, e da Ordem do Processo Criminal, de José Maria Forjaz de Sampaio, foi publicado em 1823, quando o autor fazia parte da Comissão Especial do Projecto Comum.²⁵⁶ O autor justificou a publicação com a sua dissidência da comissão “por força invencível” em relação a “alguns pontos de doutrina e methodo” e com o propósito de estimular “outros engenhos para tentarem a empreza, que a todos esta offerecida”.²⁵⁷

O “Extracto” estava dividido em cinco partes, tratando as três primeiras da mera enunciação das bases do código e das incriminações públicas e particulares e as duas últimas da descrição pormenorizada do “processo criminal ordinário” e do “processo verbal correccional”.

As magistraturas com competência criminal eram as estabelecidas pelo recentíssimo texto da Constituição, os juízes letrados, os electivos e o júri. Os juízes letrados e os electivos tinham competência correccional, sendo a sua alçada fixada em trinta dias de prisão, dez mil réis de multa, oito dias de trabalhos para o concelho ou seis

perseguição (Clemente José dos Santos, 1883: 849 a 851).

²⁵⁶ Esta comissão foi criada pela ordem das Cortes de 23.11.1821 e dela faziam parte Guilherme Henriques Carvalho, opositor da Faculdade de Canones, João da Cunha Neves e Carvalho, conservador da Universidade de Coimbra, João Fortunato Ramos dos Santos, lente substituto da Faculdade de leis, José Maria Pereira Forjaz, desembargador da Relação do Porto, e Pedro Paulo de Figueiredo da Cunha e Mello, lente substituto da Faculdade de Canones (Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias, volume IV, p. 3204). A comissão reuniu e trabalhou efectivamente durante algum tempo, tendo elaborado um Projecto de Código Criminal, que está parcialmente publicado. Os primeiros duzentos e vinte e sete artigos deste Projecto foram publicados pelo Professor Henriques Secco, no primeiro e no segundo volumes das suas Memórias. Neles não se chegou a tratar a organização judiciária nem o processo criminal.

²⁵⁷ Forjaz de Sampaio, 1823: 4. Os motivos da dissensão centravam-se no direito penal substantivo e, designadamente, no que respeitava à abolição da pena de morte natural e à manutenção de certos tipos de ilícito de tutela dos bons costumes e dos “delitos religiosos”. O autor considerava também preferível a punição como “objectos correccionaes” de certas condutas em que faltava o “animo ofensivo (principal qualidade delinquente)”, em vez de “endurecer a condição dos Cidadãos, augmentando a lista dos delictos com acções punidas com penas meramente civis”. As propostas verdadeiramente inovadoras do autor estavam intimamente relacionadas como uma concepção pactícia e correccional da pena (Peter Hünerfeld, 1971: 48).

meses de expulsão do concelho.²⁵⁸

O processo ordinário tinha uma fase preparatória, constituída pelo corpo de delito, que visava a prova da existência do delito, e pela indagação dos delinquentes. A primeira destas fases do processo preparatório terminava com um despacho recorrível do juiz de direito ou do juiz electivo de procedência ou de improcedência da querela ou da denúncia e a segunda com o despacho de pronúncia, que competia exclusivamente ao juiz de direito e também admitia recurso. No caso de ter lugar a “prisão de segurança” do réu, prevista excepcionalmente para “alguns delictos de maior graveza”, o juiz podia proferir uma “pronúncia interina”, que seria ulteriormente reformada ou mantida. Antes da pronúncia o réu tinha a faculdade de produzir prova documental em sua defesa.

O processo só se tornava público com o início da fase acusatória e de julgamento. Findo o processo preparatório, os autos iam com vista ao ofendido ou ao promotor, que apresentavam a respectiva acusação e arrolavam a prova, concluindo com um pedido de imposição da pena e de reparação do dano. Na vista aberta ao réu, este podia confessar ou contestar os factos e arrolar a sua prova.²⁵⁹ A prova era produzida em audiência diante do juiz letrado e registada, seguindo-se as alegações escritas das partes sobre o direito. No exame final do processo, constatando o juiz contradições ou insuficiências na prova produzida, podia determinar novas diligências de prova, tal como podiam as partes requerer a junção de novos documentos e a inquirição de novas testemunhas.

Seguidamente, os autos eram submetidos ao júri para em audiência separada sentenciar sobre a matéria de facto, com base em toda a prova dos autos e, designadamente, com base na prova produzida na audiência realizada diante do juiz de direito.

O objecto do processo não se encontrava delimitado pela acusação, tendo o júri inteira liberdade para julgar o réu por factos novos, distintos dos alegados, que estivessem provados nos autos. No entanto, o júri devia fundamentar a sua decisão da matéria de facto (“o Jury deve relacionar os fundamentos de seu julgado, mostrando as

²⁵⁸ A competência dos juizes singulares era definida em função da natureza correccional da pena prevista para o ilícito e a alçada destes juizes resultava do regime de equiparação das magistraturas letrada e popular no julgamento dos ilícitos correccionais.

²⁵⁹ Se o réu citado para o processo acusatório não comparecesse ou faltasse aos termos do processo, este continuaria à sua revelia sem qualquer outra diligência. Se o réu não tivesse sido citado pessoalmente da acusação, devia a citação fazer-se por éditos.

provas do facto, ou que não existem as supostas na pronúncia”, capítulo II, do título III, da parte IV), ²⁶⁰ devendo os jurados para o efeito obedecer às regras da prova tarifada do direito antigo.

O juiz letrado proferia a sentença, aplicando o direito aos factos dados como provados pelo júri e determinando a pena que cabia ao caso. Quer a decisão da matéria de facto, quer a da matéria de direito, admitiam recurso para o Tribunal da Relação. Neste recurso o tribunal conhecia também dos agravos interpostos nos autos respeitantes a matéria de direito.

O Tribunal da Relação decidia os recursos das decisões finais por tenções de cinco juízes, sendo três concordes na decisão. O acórdão não admitia embargos, mas podia dele ser interposto o recurso extraordinário de revista.

O objecto do recurso e os poderes do Tribunal da Relação encontravam-se na estrita dependência da natureza do magistrado ou tribunal recorrido. O recurso da decisão proferida pelo juiz letrado só abrangia a questão de direito e o recurso da decisão proferida pelo júri só respeitava à questão de facto.

No tocante à decisão sobre a matéria de facto, o Tribunal da Relação procedia à sindicância do veredicto do júri, “declarando a razão de seu mal julgado” (capítulo III, título III, livro IV), e determinava a realização de julgamento por um segundo júri, cuja decisão já não era impugnável.²⁶¹

No recurso da sentença do juiz letrado, o Tribunal da Relação tinha amplos poderes de reforma da decisão sobre a matéria de direito, não podendo pôr em causa os factos dados como provados pelo júri.

A decisão do Tribunal da Relação, fosse ela absolutória ou condenatória, admitia ainda a interposição do recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça. Os fundamentos da revista eram os de injustiça notória ou nulidade patente dos autos que não se encontrasse sanada.

O Supremo Tribunal decidia com base na consulta dos autos e tinha poderes apenas para determinar a realização de novo julgamento por novos juízes no mesmo Tribunal da Relação, sendo, no entanto, estes livres no seu julgamento. Se os novos juízes encontrassem vício na anterior decisão da matéria de direito ou em qualquer outra

²⁶⁰ Forjaz de Sampaio, 1823: 33.

²⁶¹ Forjaz de Sampaio, 1823: 34.

decisão que não respeitasse à decisão dos factos pelo júri, procediam à reforma da anterior sentença proferida pelo Tribunal da Relação. Se o vício residisse na própria decisão do júri sobre a matéria de facto, a Relação apenas podia expor o caso ao Supremo Tribunal, que mandaria apurar a responsabilidade dos autores de tal vício em uma outra Relação. Ao réu agravado por uma sentença do júri que julgasse mal o facto só restava o recurso de agraciação, que neste caso era interposto officiosamente.

O recurso de agraciação era interposto para o monarca, que ouvia o Supremo Tribunal de Justiça. O recurso era extraordinário e os seus fundamentos taxativamente fixados eram os seguintes: “nova materia de evidente innocencia; extraordinario prestimo e urgente necessidade de empregar o Reo no serviço publico; concludente emenda antecipada no final cumprimento da pena; e por relevantes feitos á Nação durante o exercicio da pena”.²⁶²

Concordando os juízes na absolvição, o monarca confirmava necessariamente a consulta e, havendo divergência entre os juízes, o monarca decidia de acordo com o seu arbítrio.

O processo verbal correccional era aplicável para julgamento das “causas de justo receio criminoso, pela qual o publico, ou o particular temer ser offendido”.²⁶³ Esta forma de processo também podia ser aplicada, em alternativa com a do processo ordinário, em função do arbítrio da parte acusadora, para julgamento dos crimes que, pela sua “frequencia, urgencia de repentino remedio, e inferior gravidade”, fossem exceptuados no corpo do projecto do código²⁶⁴ e dos crimes cometidos por maiores de 14 anos e menores de 21 anos.

As causas correccionais eram processadas e julgadas, no prazo máximo de apenas três dias úteis, pelo juiz electivo ou pelo juiz letrado, salvo tratando-se de delitos públicos e de delitos cometidos por menores de 21 e maiores de 14 anos, que eram sentenciados apenas pelo juiz letrado, mesmo que tivessem sido preparados pelo juiz electivo.

²⁶² Forjaz de Sampaio, 1823: 36.

²⁶³ Tratava-se dos crimes de prostituição, desacatos, excessos das censuras disciplinares, escândalo e má vizinhança, injúrias e ameaças, venda de bens de consumo corruptos e, genericamente, de todas as faltas negligentes (Forjaz de Sampaio, 1823: 39).

²⁶⁴ Tratava-se dos crimes públicos de acoutar malfeteiros, arruido, blasfémia, heresia, sacrilégio, sodomia, superstição, taboagem, caças defesas, ebriedade e resistência (Forjaz de Sampaio, 1823: 13 a 18). O

O processo iniciava-se com a apresentação da acusação pelo ofendido ou pelo promotor junto do juiz, que determinava a notificação das partes para uma audiência pública de julgamento. Finda a produção da prova e proferida a decisão, as partes podiam apresentar “reflexões” e o juiz reformar a decisão em face destas. A parte agravada podia ainda recorrer da decisão final do juiz para o Tribunal da Relação, sendo o recurso obrigatório para o Ministério Público sempre que tivesse sido ele o acusador. O registo da prova, o objecto do recurso para a Relação e os poderes deste tribunal não eram especificamente regulamentados, sendo aplicáveis as regras do processo ordinário.²⁶⁵

A matriz do processo ordinário era a da *Riforma della Legislazione Criminale* da Toscânia, de 30.11.1786, que dava prioridade absoluta à instrução escrita da causa e atribuía a competência para julgamento a um magistrado distinto do juiz instrutor, mas com base naquela instrução escrita.²⁶⁶

A estruturação da audiência de julgamento em dois momentos separados, com a produção da prova diante do juiz letrado e o julgamento da matéria de facto pelo júri em sessão separada e vinculada às regras da prova tarifada,²⁶⁷ constituía não só uma violação clara do princípio da imediação na forma de processo ordinário, mas também a frustração da nova garantia constitucional do júri.

A concretização do princípio da acusação sofria também um grave défice em face da inexistência de uma vinculação do objecto do processo à acusação, da coincidência do magistrado que pronunciava com o que decidia da pena e da competência do júri para conhecer dos agravos interlocutórios interpostos nos autos das decisões que respeitassem ao conhecimento do facto proferidas pelo juiz.

A forma de processo correcional permitia, ao invés, o respeito por aqueles princípios, com excepção dos processos que eram preparados pelo juiz electivo e sentenciados pelo juiz letrado, em que a realização do princípio da imediação era irreversivelmente prejudicada pela distinção entre o magistrado que presidia à audiência

tratamento correcional dos crimes de natureza religiosa constituía uma significativa inovação em relação ao direito anterior.

²⁶⁵ O projecto previa a aplicação subsidiária ao processo correcional das disposições do processo ordinário “que forem compatíveis com a sua ordem especial” (Forjaz de Sampaio, 1823, p. 43).

²⁶⁶ Sobre estas características do processo penal leopoldino, Giovanni Carmignani, 1852 b: 240 a 249.

e o que elaborava a sentença.

A sindicância da decisão do júri sobre a matéria de facto pela Relação consagrava a novíssima garantia constitucional do duplo grau de jurisdição em matéria de facto de um modo muito amplo, abrangendo o mérito da própria decisão e não apenas os vícios processuais que a pudessem afectar. Contudo, por força da limitação, também de natureza constitucional, dos poderes da Relação à cassação do julgado proferido pelo júri, o recurso não constituía uma garantia eficaz de correcção dos gravames de que o réu tivesse sido objecto na instância. A Relação, fundando o seu juízo de valoração sobre a prova junta aos autos e, designadamente, sobre a prova junta na fase preparatória, não se encontrava em condições distintas das do júri, que também tinha decidido sem imediação. Por outro lado, a fundamentação da decisão cassatória da Relação, embora pudesse funcionar como um instrumento de influência do segundo júri, não prejudicava a liberdade de decisão deste, ficando ressalvada a natureza definitiva do juízo destes segundos jurados sobre a culpa.

A circunscrição rigorosa do objecto do recurso de revista aos vícios de natureza jurídica, fossem eles processuais ou substantivos, resultava da proibição constitucional do triplo grau de jurisdição em matéria de facto. Se o vício residisse na própria decisão do júri sobre a matéria de facto, à Relação estava constitucionalmente vedado proceder à reforma do anterior acórdão após a concessão da revista pelo Supremo Tribunal de Justiça. A introdução do recurso extraordinário officioso de agraciação constituía uma forma de ladear a proibição constitucional, representando a consulta absolutória unânime dos conselheiros a última garantia jurídica intrasistemática do réu contra os gravames sofridos na instância, a que a Relação tivesse permanecido indiferente. A garantia extrasistemática da intervenção do monarca era restrita aos casos em que aquela consulta não atingisse um resultado uniforme.

Os poderes meramente consultivos do Supremo Tribunal de Justiça enfraqueciam substancialmente a tutela dos vícios processuais e substantivos por este tribunal, centrando o verdadeiro poder decisório sobre a matéria de direito no Tribunal da Relação.

Assim, o “Extracto” constituiu uma tentativa doutrinária de concretização das

²⁶⁷ Também neste ponto fundamental o “Extracto” se aproximava do processo leopoldino, que mantinha intacta a vinculação do julgador às regras da “ciência da valoração da prova” e, por isso, admitia o valor

opções do legislador constituinte de 1822 em matéria de organização judiciária e de processo penal. No entanto, a criação de uma lei processual penal para o país conforme com a nova Constituição era prejudicada não só pelas aporias próprias do texto constitucional, mas também pelo comprometimento do autor com os princípios fundamentais do direito antigo, bem explícito no seu propósito de “nunca concorrer para grandes e arriscadas inovações”.²⁶⁸

Capítulo 3 °

A Consagração do Paradigma Judiciário Liberal

1. A Carta Constitucional

A Carta Constitucional foi outorgada em 29 de Abril de 1826, tendo sido jurada em 31 de Julho e mandada observar pela infante regente D. Isabel Maria em 1 de Agosto do mesmo ano.²⁶⁹

A Carta Constitucional continha um título VI dedicado ao poder judicial, completado por um título final, o oitavo, sobre os direitos civis e políticos e as garantias dos cidadãos, que mantinham os princípios fundamentais da liberdade, da igualdade e

jurídico da prova semi-plena (Giovanni Carmignani, 1852 b: 315 a 318, 434 a 441).

²⁶⁸ Forjaz de Sampaio, 1823: 5.

²⁶⁹ O ministro da justiça de D. Pedro, o marquês José Joaquim Carneiro de Campos, terá sido o autor do texto constitucional. O texto constitucional português, tal como a constituição do império brasileiro, mandada executar em 25.3.1824, tinham como modelo a Carta outorgada por Luis XVIII à nação francesa a 4.6.1814, sendo, no entanto, mais liberais do que esta (Lopes Praça, 1894: XXIII).

da separação de poderes e os que deles decorriam, já reconhecidos em 1822.²⁷⁰ No primeiro daqueles títulos estabelecia-se que o poder judicial seria composto de juizes de direito e jurados, no cível como no crime, “nos casos, e pelo modo que os Códigos determinarem” (artigo 118), cabendo aos jurados pronunciar-se sobre o facto e aos juizes aplicar a lei,²⁷¹ mas desaparecendo a anterior imposição constitucional de conhecimento pelos jurados dos delitos de abuso de liberdade de imprensa.

Para realizar o princípio constitucional da obrigatoriedade da conciliação prévia em qualquer forma de processo, a Carta previu a existência de juizes de paz, os quais seriam eleitos pelo mesmo tempo e modo que se elegiam os vereadores das câmaras.²⁷² Contudo, já não se previa, como em 1822, que estes juizes tivessem competência para causas cíveis de pequena importância e para delitos leves. Também se estabeleceu a possibilidade de existência de juizes árbitros nas acções cíveis e nas penais civilmente intentadas, admitindo-se agora que as suas sentenças pudessem não ser recorríveis se as partes assim o convencionassem.²⁷³

Previo-se ainda a existência das Relações que fossem necessárias para comodidade dos povos, que julgariam em segunda e última instância,²⁷⁴ e de um

²⁷⁰ A proibição dos privilégios que não estivessem ligados aos cargos por utilidade pública (artigo 145, § 15) não era facilmente conciliável com a manutenção da nobreza hereditária e das suas regalias (artigo 145, § 31), entendendo a doutrina que estas regalias eram apenas as regalias puramente honoríficas, tal como previu mais tarde o artigo 28 da Constituição de 1838 (Lopes Praça, 1878: 139, e Marnoco e Souza, 1910 a: 319).

²⁷¹ Silvestre Pinheiro Ferreira censurava o disposto no artigo 119 da Carta, por limitar a competência do tribunal de júri à apreciação da matéria de facto e não permitir o conhecimento da intenção e, portanto, do grau da pena. Lopes Praça (1879: 322) respondeu mais tarde à crítica, considerando-a uma “subtileza” que não tinha o valor real que aparentava, uma vez que *de internis solus Deus*. A discussão doutrinária era ainda adensada pela polémica em torno da singularidade do juízo letrado, em relação à qual se opunha que “por isso mesmo que há so dois grãos de jurisdiçam jamais se hade permittir que um so homem conheça das causas dos cidadãos”, propondo-se a constituição do tribunal de primeira instância nas cabeças de comarca com três ou cinco juizes letrados (José Pinto Rebello, 1832: 49 e 50).

²⁷² Destarte, a Carta foi ainda mais longe do que a Constituição de 1822, pois criou órgãos próprios e distintos para o exercício da competência conciliatória, o que mereceu a crítica cerrada da doutrina. A instituição de juizes de paz constituiu uma “desnacionalidade”, uma inovação feita ao arrepio da tradição nacional, que atribuiu a função conciliatória a todo o julgador (Lino Netto, 1898: 76, e Lopes Praça, 1879: 337), opinando mesmo este autor no sentido de que o artigo 128 da Carta não devia ser considerado “como artigo rigorosamente constitucional em toda a sua amplitude”, sendo preferível a redacção do artigo 195 da Constituição de 1822 e do artigo 124, § único, da Constituição de 1838.

²⁷³ Lopes Praça (1879: 337) pronunciava-se com reserva sobre o princípio constitucional da instituição destes juizes, mas concluía que da instituição de juizes árbitros voluntários não podia resultar grandes inconvenientes.

²⁷⁴ Os dois comentadores da Carta tinham opiniões distintas sobre esta opção do monarca outorgante. Silvestre Pinheiro Ferreira (1831 a: 82) criticou também a existência de apenas duas instâncias, ao que Lopes Praça (1879: 341) opunha que esta opção constituía “uma precaução suficiente contra o erro e o arbitrio”.

Supremo Tribunal de Justiça, que concederia ou denegaria a revista ²⁷⁵ e conheceria, não só dos erros de officios, como anteriormente, mas também dos delitos cometidos pelos magistrados judiciais dos tribunais superiores e pelos empregados do corpo diplomático.²⁷⁶ Por sua vez, a Câmara dos Pares era instituída como tribunal com competência exclusiva para conhecer os crimes cometidos pelos membros da família real, ministros de Estado, conselheiros de Estado e pares e pelos deputados durante o período da legislatura, cabendo à Câmara dos Deputados decretar que tinha lugar acusação contra os ministros e conselheiros de Estado.²⁷⁷

²⁷⁵ A Carta omitia a designação do tribunal competente para o julgamento da revista, tendo a doutrina notado esta diferença fundamental relativamente ao texto de 1822 e proposto com base nela, como se verá adiante, uma nova regulamentação das revistas distinta do regime da lei de 1843 (Eduardo Alves e Sá, 1888: 111).

²⁷⁶ Contra este privilégio, manifestava-se abertamente Lopes Praça (1879: 349), que defendia a opção contrária dos constituintes de 1838.

²⁷⁷ O Conde de Lumiares apresentou, na sessão de 13.12.1826, um projecto de lei de constituição da câmara dos pares como “supremo jurado nacional”. Uma comissão da câmara dava parecer sobre a acusação e a câmara decidia se tinha lugar a acusação, não havendo direito de recusa dos seus membros pelo réu. Se os membros da câmara condenassem, os autos iam à comissão da câmara para determinar a pena, não se admitindo apelação nem embargos da sentença. A câmara dos pares deu parecer sobre o projecto, no sentido de que este só devia ser adoptado depois de a lei ter regulado a responsabilidade dos ministros e dos conselheiros de Estado (Clemente José dos Santos, 1884: 631 a 633, e 1885 a: 100 a 104). Na sessão de 24.1.1827, o deputado Manuel Teixeira Leomil apresentou um outro projecto de lei, que já definia os ilícitos criminais em que podiam incorrer os ministros e os conselheiros de Estado, bem como o processo aplicável. A comissão de petições da câmara dos deputados ou o cidadão acusador apresentavam à câmara dos pares e nela sustentavam todas as acusações que aquela câmara tivesse aprovado. Uma comissão criminal constituída na Câmara dos Pares procedia a uma verificação dos papeis enviados e, em seguida, tinha lugar o julgamento, sem que o projecto previsse a possibilidade de indeferimento liminar da acusação com base naquela verificação da comissão criminal. Só depois da produção da prova, a comissão dava parecer sobre o mérito da acusação e os pares decidiam da culpa e da pena em duas votações separadas. Eram admitidos embargos de matéria nova, provada apenas com documentos, e de nulidade notória, que se encontrasse provada nos autos (Clemente José dos Santos, 1885 a: 125 a 131). Na Câmara dos Pares, a comissão de legislação que tinha dado parecer sobre o projecto do Conde Lumiares, elaborou um projecto alternativo, que apresentou na sessão de 9.2.1827. Neste projecto, também ele restrito à ordem do processo a observar na câmara dos pares quando esta se constituísse como tribunal criminal, uma comissão desta câmara dava parecer sobre se tinha lugar a acusação e a câmara dos pares decidia em conformidade. O réu podia recusar, sem motivo, um quinto dos pares e o acusador um oitavo. Após a produção da prova, procedia-se à leitura de todo o processo, se a câmara julgasse necessário, e, terminada esta, à votação nominal dos pares sobre a culpa do réu. Caso o réu fosse condenado, uma comissão de cinco membros, nomeados por listas e à pluralidade absoluta de entre os pares, decidia sobre a pena. A sentença admitia embargos nos termos descritos pelo projecto de Teixeira Leomil. Em face da necessidade de julgar um deputado, o projecto alternativo foi discutido na câmara dos pares, tendo sido rejeitado na sua generalidade e tendo sido aprovada uma resolução no sentido de a comissão de legislação apresentar um projecto “somente pelo que respeita á disposição e arranjo da sala da camara, quando haja de julgar o deputado eleito Manuel Christovão”. A comissão elaborou então umas “instrucções provisórias redigidas em artigos para formarem um aditamento ao regimento interno, e que devem servir de norma para quando a camara se formar em supremo tribunal de justiça”, em que se previam a decisão inicial da câmara de tomar ou não conhecimento da acusação e o voto separado de todos os pares sobre a culpa e a pena, podendo antes ser determinada a leitura de todo o processo. Não se admitia a recusa dos pares, nem a interposição de recurso da decisão final. Também estas instrucções

Deste modo, o monarca outorgante absteve-se de confirmar ou infirmar algumas das grandes opções políticas relativas à organização do poder judicial dos constituintes de 1822, concedendo uma maior liberdade de conformação ao legislador ordinário.

O monarca manteve apenas o princípio da existência de três graus de jurisdição, nada determinando relativamente ao objecto do conhecimento e aos poderes dos tribunais de recurso. Por outro lado, manteve também a existência de jurados na primeira instância, com competência para decidir sobre a matéria de facto. Toda a competência para julgamento de causas crimes era, aliás, concedida aos jurados e aos juízes de direito, não se prevendo qualquer outra magistratura com competência judicativa nas causas penais criminalmente intentadas.

A nomeação régia dos magistrados letrados já não dependia de consulta prévia do Conselho de Estado, mantendo-se, no entanto, o poder de suspensão dos magistrados pelo rei em caso de queixa, devendo então ser ouvido o Conselho de Estado. O exercício perpétuo das funções dos juízes de direito era garantido e a transferência permanecia sujeita à reserva de lei,²⁷⁸ mas já não se fixava constitucionalmente o período mínimo do triénio para a transferência e restringia-se o princípio da promoção por antiguidade aos juízes candidatos ao Supremo Tribunal de Justiça. A perda do lugar dependia ainda de sentença, mas não se concretizava o fundamento da perda, nem se sujeitava a matéria da aposentação à reserva de lei, como anteriormente. A posição estatutária do magistrado judicial encontrava-se menos definida e, por isso, mais permeável.²⁷⁹

foram submetidas a discussão, tendo sido aprovadas (Clemente José dos Santos, 1885 a: 214 a 217, 234 a 243, 286 a 297).

²⁷⁸ A garantia constitucional da inamovibilidade era, pois, meramente formal e orgânica, identificando-se com a reserva de lei sobre estas matérias (Lopes Praça, 1879: 327, Afonso Costa, 1899: 39, Marnoco e Souza, 1910 a: 778, e Carlos Fraga, 2000: 95).

²⁷⁹ Em face destas disposições da Carta foram defendidas duas concepções da independência dos juízes. A primeira, de Silvestre Pinheiro Ferreira (1831: 80 a 82), consistia em uma concepção ampla de independência, relativa à liberdade no exercício da função jurisdicional e à gestão do corpo de magistrados, e a outra, largamente maioritária na doutrina, restringia a independência dos juízes àquela vertente da liberdade no exercício da função jurisdicional. Pinheiro Ferreira censurou veementemente as disposições que punham em causa a independência do poder judicial e, designadamente, as disposições que previam a faculdade de nomeação e suspensão de juizes pelo rei, a constituição da câmara dos pares e do Supremo Tribunal de Justiça como um tribunal privilegiado e o poder régio de cassação de sentenças condenatórias. Já Ferreira de Moira (1826: 16 e 17) tinha anteriormente criticado a faculdade de o rei demitir os juízes, devendo ela competir aos representantes do povo. A resposta a estas críticas foi dada por Lopes Praça (1879: 315 e 316), que acusou Pinheiro Ferreira de laborar com base em uma teoria

No que respeitava ao processo penal, ao invés da constituição vintista, consagrava-se a prisão sem culpa formada sem a especificação dos casos da sua admissibilidade e o princípio da publicidade do processo em termos imediatamente vinculantes.²⁸⁰

A regulamentação das disposições constitucionais relativas à administração da justiça foi tentada sob a forma de vários projectos apresentados nas três sessões de funcionamento das Cortes que tiveram lugar no período de 1826 a 1828.

Na sessão da Câmara dos Deputados, de 17.11.1826, José António Guerreiro leu o parecer da comissão encarregada de indicar os artigos da Carta cuja execução estava dependente da aprovação de leis regulamentares, apontando no catálogo das “leis mais urgentes” a da divisão judicial do território, a do regimento dos jurados nas causas crimes, a da organização das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça, a da repressão dos abusos da liberdade de imprensa, a da inviolabilidade da casa do cidadão, a da

sobre a independência do poder judicial estranha à divisão de poderes consagrada na Carta. Lopes Praça concluiu, ao invés, que “se compararmos a independência do poder judicial, como é garantida pela carta, com a nossa antiga organização judiciária, ficaremos longe de a julgar inteiramente inaceitável”. Um juízo global semelhante fizeram Dias Ferreira (1892: 212), Afonso Costa (1899: 39), Marnoco e Souza (1910 a: 770 a 778) e Chaves e Castro (1910: 88), que se pronunciaram favoravelmente à fiscalização do poder judicial pelo executivo no que respeitava ao cumprimento dos seus deveres e à nomeação, promoção, transferência e aposentação dos juizes. A Carta garantia, pois, uma supremacia do poder executivo sobre o poder judicial (Jorge Campinos, 1975: 26).

²⁸⁰ José Ferreira Borges, 1826: 4. Nas suas “Dissertações Jurídicas”, Ferreira Borges procedeu a uma análise minuciosa e premonitória da repercussão deste princípio na reforma do processo penal, considerando que dele resultava a inutilidade do ofício dos inquiridores (Ferreira Borges, 1826: 7), a concentração da produção da prova em uma audiência de julgamento com direito dos advogados fazerem instâncias “de viva voz” às testemunhas da parte contrária (1826: 8 e 9) e a supressão da fase da publicação das provas e da vista com provas cerradas (“Sendo publicos desde agora todos os actos consecutivos à pronuncia repugna, que hajão mais Inquiriçoens e Allegaçõens cerradas, e lacradas. Acabou-se a occasião de suborno dos Escrivaens para deixarem ler a prova, que a Lei mandava guardar em segredo: acabou-se a argumentação indirecta do Advogado, que vira as provas, e raciocinava, pelo preceito da Lei, como se as não vira: e terminou-se enfim um obstaculo de defeza, que seculos de barbaridade havião alevantado, e que o descuido culposo do Legislador tinha consentido”, 1826: 9 a 13). O novo princípio constitucional constituía também um programa de reforma do processo na segunda instância, implicando a produção dos artigos de nova razão e a repergunta das testemunhas em uma audiência de julgamento pública e tornando desnecessário o relatório (1826: 16 a 18), do processo sumário, cujo sumário das testemunhas devia passar a ser público (1826: 20), e do processo militar aplicável nos conselhos de guerra e da marinha, no Conselho de Justiça e no do Almirantado (1826: 21). A doutrina censurou mesmo o legislador constituinte por não ter alargado o beneficio da publicidade ao processo civil (Custódio Rebelo de Carvalho, 1832: 21 e 22). O efeito prático inicial da imposição da vigência imediata do novo princípio constitucional da publicidade foi mais contido, como resulta da circular do ministro dos negócios eclesiásticos e da justiça, José António Guerreiro, enviada, logo em Agosto de 1826, a todos os provedores, corregedores de comarca e juizes de fora, em que se afirmava que “a publicidade da inquirição das testemunhas é a mais preciosa garantia da innocencia contra a calumnia, e em nenhum caso se póde omittir no plenario das causas criminaes” (Clemente José dos Santos, 1884: 186).

prisão antes da culpa formada e a da publicidade dos actos do processo criminal.²⁸¹ Só na sessão do ano seguinte foi aprovado pela Câmara dos Deputados o primeiro destes regulamentos, o da inviolabilidade da casa do cidadão.²⁸² Além desta, apenas duas outras providências foram votadas em matéria de processo penal na sessão ordinária de 1827, a da admissibilidade do voto de vencido²⁸³ e a da competência transitória para a concessão da revista no processo crime enquanto não fosse aprovada a lei regulamentar do Supremo Tribunal de Justiça. Na sequência de uma petição de revista especialíssima apresentada por um condenado à Câmara, a comissão das petições manifestou-se no sentido de que essa concessão competia ao poder legislativo, tendo os deputados Camello Fortes e Guerreiro proposto emendas no sentido de que essa competência pertencia ao poder executivo. A discussão intensa, que se prolongou por várias sessões, deu lugar à propositura e aprovação de um projecto de lei, que consagrava a tese dos deputados proponentes enquanto se não regulamentasse a competência do Supremo Tribunal de Justiça.²⁸⁴ Os três projectos mencionados foram sancionados por carta de lei.

Só na sessão de 1828 começaram a ser discutidas duas matérias fundamentais, a repressão dos abusos da liberdade de imprensa e a reforma provisória da ordem do juízo nos feitos crimes.²⁸⁵

²⁸¹ Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1826, pp. 84 a 86.

²⁸² Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1827, pp. 397, 402 a 437, 447 a 471.

²⁸³ Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1827, pp. 542, 571 e 572.

²⁸⁴ Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1827, pp. 229, 375, 385, 401 e 503.

²⁸⁵ Nesta sessão seriam ainda apresentados três outros projectos importantes, o da proibição da aplicação das penas crueis aos réus militares, o da ordem do processo nas Relações e o da prisão sem culpa formada, tendo o primeiro sido rejeitado na segunda leitura (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 44 e 76), não tendo chegado a ser discutido o segundo (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 298, 299 e 382) e tendo sido aprovado na generalidade o terceiro e iniciada a respectiva discussão na especialidade (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 140 e 141, 711, 733 a 748, 752 a 761, 776 a 779). Na sessão da Câmara dos Deputados, de 17.3.1827, a comissão encarregada da elaboração do regimento das Relações, apresentou um projecto ainda mais radical do que o dos constituintes de 2.11.1822, prevendo oito Relações para o continente e as ilhas adjacentes, a interposição de recurso de apelação officioso de todas as sentenças em que houvesse condenação que não fosse pecuniária ou esta fosse maior do que a de 12.000 réis ou absolvição em causa crime em que o delito fosse punível com a pena de prisão que excedesse seis meses ou a pena de degredo para fora do distrito por mais de dois anos, a inadmissibilidade absoluta de quaisquer outros recursos e de embargos e a irrecorribilidade das decisões da Relação não só nos casos de a sentença condenar em pena até cinco anos de degredo para fora do continente como também quando condenasse em pena pecuniária que excedesse 200.000 réis (Clemente José dos Santos, 1885 a: 469 a 476). No dia anterior ao da apresentação deste projecto, o Conde da Cunha apresentou na Câmara dos Pares um outro projecto, em que se regulamentava a ordem do processo nos tribunais de segunda instância. O propósito do par do reino era o de evitar “as trapaças, injustiças e despotismos” verificados no foro civil e eclesiástico e, em especial, nas Relações, fixando algumas regras práticas de funcionamento do tribunal e abolindo certas

Se o projecto de regulamentação dos abusos da liberdade de imprensa não se afastava do diploma aprovado pelos deputados vintistas, consagrando os mesmos órgãos judiciais e uma estrutura do processo em tudo idêntica à anterior,²⁸⁶ o projecto do deputado José António Guerreiro apresentado na sessão de 7.1.1828 constituiu, ao invés, uma iniciativa legislativa profundamente inovadora.²⁸⁷

O projecto tinha como principal objectivo a consagração dos princípios da acusação e da imediação no processo penal. Para tanto, o projecto separava claramente a competência do juiz da pronúncia da do juiz da fase de acusação e julgamento,²⁸⁸ sendo

práticas dilatórias e dispendiosas para as partes (Clemente José dos Santos, 1885 a: 420 e 421). Nem um nem outro dos projectos mereceu a atenção dos deputados e dos pares, tendo quase um ano depois o deputado Borges Carneiro feito um diagnóstico muito crítico da situação das Relações, invocando como fundamento para uma discussão urgente do projecto o arbitrio dos juizes e, designadamente, do presidente da Relação na selecção dos juizes adjuntos para julgamento das causas e no julgamento sumário das causas sem que se encontrassem reunidos os requisitos da ordenação do Livro I, Título 1, § 16 (Clemente José dos Santos, 1885 b: 149 e 150).

²⁸⁶ Tendo sido nomeada uma comissão para preparar um projecto de lei de repressão dos abusos da liberdade de imprensa, o deputado Manuel Pereira Coutinho, que fazia parte da mesma, apresentou na sessão de 24.1.1827 um projecto da sua lavra, prevendo apenas os tipos legais de repressão dos abusos de liberdade de imprensa, antecipando-se em dois dias ao projecto da comissão. Três dos cinco membros da comissão emitiram, no entanto, um voto em separado, em que se opunham à faculdade de o juiz escolher entre o máximo e o mínimo da pena, por entenderem que “esta attribuição vem a destruir radicalmente o fim do jury” e que “a operação de marcar a pena é essencialmente connexa com a outra de examinar o facto que pelos principios constitucionaes é attribuição do jury”. A proposta dos membros dissidentes era a de que a lei devia prever três graus de penas para cada crime, que o júri escolheria (Clemente José dos Santos, 1885 a: 123 a 131, 135 a 142). O projecto definitivo da comissão, entretanto alargada, foi apresentado na sessão de 14.3.1827, com dois votos de vencido. O novo projecto obedeceu ao modelo inglês ainda mais fielmente do que o decreto dos constituintes de 4.7.1821, sendo o júri de acusação designado por “Grande Jury” e constituído no mínimo por doze e no máximo por vinte e três jurados e o júri de julgamento designado por “Pequeno Jury” e constituído por doze jurados (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 13 a 20, 103 e 127). Mantinham-se, contudo, as deficiências já verificadas no Decreto de 1821 em relação à concretização do princípio da imediação, que também não eram compensadas com o recurso de apelação. O objecto do recurso, interposto desta feita para o Tribunal da Relação, era precisamente o mesmo do projecto de 1821, argumentando Borges Carneiro que “quando a Carta falla de segunda, e ultima instância nas Relações não tem em vista os Juizos dos Jurados. Alem disso a sua intenção em geral, he que não possa haver mais de duas Instâncias; mas não prohibir que em algumas Causas possa haver uma só” (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 151 e 152). Ao tribunal de recurso competia no novo projecto, diferentemente do de 1821, decidir em definitivo a causa se o fundamento do recurso consistisse em o juiz de direito não ter aplicado a pena correspondente. O especial significado deste projecto, que não chegou a ser aprovado, era o de que ele concretizava o novo direito constitucional em termos muito semelhantes aos do diploma aprovado pelos constituintes de vinte sobre a repressão dos abusos de liberdade de imprensa.

²⁸⁷ Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 40 a 43. Na sessão de 13.2.1827, os deputados Joaquim António de Magalhães e Alexandre Moraes Sarmiento já tinham submetido à discussão umas bases sobre a organização dos jurados e a ordem de juízo na primeira instância, que, no entanto, não foram apreciadas. Estas bases previam a existência de um júri de acusação e de um júri de julgamento, sendo o tribunal de julgamento composto ainda por um colectivo de três juizes. Um juiz de paz conduzia o processo preparatório e presidia ao júri de acusação (Clemente José dos Santos, 1885 a: 231 e 232).

²⁸⁸ “O Juiz, que pronuncia um Reo, fica grandemente prevenido contra a sua innocencia: o desejo, bem natural, de sustentar a sua primeira opinião torna-o parcial!”, afirmava o autor nos motivos da sua proposta

simultaneamente abolido o julgamento em primeira instância na Relação e nas visitas a cadeias ²⁸⁹ e instituído um promotor da justiça em cada terra onde houvesse juiz letrado.²⁹⁰

O processo só admitia uma única forma, suprimindo-se os articulados posteriores à contestação e submetendo-se toda a prova produzida na fase de julgamento à publicidade.²⁹¹ As testemunhas inquiridas no sumário ou na devassa eram obrigatoriamente reinquiridas na fase de julgamento.²⁹²

Os embargos eram suprimidos, mas no recurso de apelação admitia-se a dedução de artigos de nova razão, em matéria de facto, que deveriam ser julgados nos mesmos termos da primeira instância.²⁹³

A vigência da Carta Constitucional foi interrompida pelo regime legitimista de

(Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, p. 40). No entanto, nem mesmo a defesa da posição do autor pelo deputado Moraes Sarmento com a invocação da doutrina do Tratado das Provas Judiciárias de Jeremias Bentham e do exemplo do código francês foi capaz de sustentar a crítica de Borges Carneiro, fundada na denegação do preconceito do juiz da pronúncia e nos custos de deslocação das testemunhas e do réu decorrentes da proposta. Borges Carneiro levou consigo a maioria da Câmara (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 626, 627 e 636).

²⁸⁹ Mais uma vez Borges Carneiro se destacou na oposição ao projecto, invocando, entre outros argumentos, o do foro privativo da Relação para conhecimento de determinadas matérias, que a Carta não teria abolido. Contudo, o deputado contestatário só levou a melhor no que toca à competência das Relações, que se manteve a mesma, mas não no que respeita aos julgamentos sumários nas visitas às cadeias, cuja abolição foi aprovada (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 636 e 639).

²⁹⁰ Também esta inovação não foi aprovada, tendo sido sugerida a sua supressão pelo próprio Guerreiro, pois esta proposta era uma consequência das que a Câmara já tinha rejeitado de reorganização das competências do juiz de direito e da Relação para julgar os feitos em primeira instância (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, p. 639).

²⁹¹ O princípio novo foi aprovado, embora tivessem sido propostas muitas emendas à estrutura do processo, que não foram votadas (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, p. 659).

²⁹² “A calúnia ama o segredo, a verdade quer publicidade (...), baste-nos estabelecermos por agora o grande princípio de que a opinião do Juiz para a decisão final não deve ser formada senão por depoimentos, e documentos tirados, e discutidos com audiência, e assistencia do Reo, que he o legitimo, e indispensavel contradictor”. Com estas palavras sustentou Guerreiro, desta feita com sucesso, a sua tese, denunciando o carácter insuficiente dessa “vã formalidade” que era o termo das judiciais (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, p. 660). A tese adversa do deputado Caetano Alberto, que defendia a repergunta das testemunhas somente quando o réu a requeresse, ficou vencida (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, pp. 662 e 663). Toda a discussão reflecte a forte influência da doutrina do Tratado das Provas Judiciárias, em que Jeremias Bentham fez a defesa teórica do princípio da imediação (Jeremias Bentham, 1829: 300 a 303).

²⁹³ A Comissão encarregada de examinar o projecto do deputado apresentou um outro alternativo, que só se distinguia do primeiro por não impor ao juiz o dever de fundamentação da sentença, mandar processar os artigos de nova razão na primeira instância, julgar as apelações crimes por tenções e não impor a publicidade na segunda instância (Diário da Câmara dos Deputados, I^a legislatura, 1828, p. 335). Também em matéria de recursos Borges Carneiro encabeçou a oposição ao projecto, defendendo a manutenção dos embargos contra a sentença definitiva, quando fossem de facto e matéria novas, devendo os deduzidos na Relação ser remetidos à primeira instância para neles ser processada a prova. A Câmara

D. Miguel sem que estes dois projectos fundamentais tivessem sido aprovados na totalidade. D. Miguel dissolveu a Câmara dos Deputados através do Decreto de 13.3.1828, sem convocar novas eleições, tendo, ao invés, convocado, pelo Decreto de 3 de Maio seguinte, os três estados do reino para “reconhecerem a applicação de graves pontos de direito portuguez” e tendo-se posteriormente, por Decreto de 1 de Julho desse mesmo ano, proclamado rei de Portugal.

Só na ilha Terceira se manteve em vigor a Carta Constitucional. Aí, D. Pedro IV, na qualidade de regente durante a menoridade de sua filha D. Maria II, ordenou a publicação de um diploma fundamental, o decreto da regência dos Açores de 30.6.1830, que procedeu à introdução de várias providências sobre o processo penal em harmonia com a Carta Constitucional, estabelecidas provisoriamente, enquanto se não fizesse a reforma da justiça, com vista à realização imediata do imperativo constitucional da publicidade dos actos do processo posteriores à pronúncia.²⁹⁴

Não tendo conseguido convencer os seus pares em 1828, José António Guerreiro, que fazia parte do governo de D. Pedro IV nos Açores,²⁹⁵ ganhou os outros membros da regência para a causa dos novos princípios da imediação e da acusação, conseguindo a aprovação destes com a maior amplitude possível nas circunstâncias políticas da época.²⁹⁶

O diploma da regência dos Açores atribuiu à Junta de Justiça competência para ratificar a pronúncia e julgar os réus pronunciados pela prática de crimes puníveis com as penas de morte natural ou civil, degredo por mais de cinco anos ou trabalhos públicos

rejeitou a proposta de Guerreiro e aprovou a emenda de Borges Carneiro (Diário da Câmara dos Deputados, 1ª legislatura, 1828, pp. 696 e 697).

²⁹⁴ A organização judiciária na parte restante do país, sob domínio miguelista, manteve-se de facto na situação em que se encontrava antes da revolução liberal (Afonso Costa, 1899: 179).

²⁹⁵ O conselheiro foi nomeado pelo Decreto de 15.6.1829, de D. Pedro, para a regência, ao lado do Marquês de Palmela e do Conde de Vila-Flôr.

²⁹⁶ Posteriormente, o governo liberal declarou, por decreto da regência de 28.11.1831, “irritas e nulas, para por elas se não fazer mais execução alguma, antes se desfazer a que já esteja feita” todas as sentenças “proferidas pelos tribunaes, juizes, conselhos de guerra, alçadas, commissões ou quaesquer justiças dos reinos de Portugal, Algarves e seus domínios, em nome ou por auctoridade do governo usurpador, depois do dia 25 de abril de 1828, e as que de ora em diante se proferirem no mesmo nome ou pela mesma auctoridade, contra quaesquer portuguezes ou estrangeiros residentes em Portugal, de um ou de outro sexo, por motivos ou opiniões politicas, ou por factos dependentes de motivos ou opiniões politicas”. Este diploma tinha, além do efeito importante de constituir os liberais na obrigação de restituir todos os bens, postos e honras injustamente confiscados e retirados e de indemnizar todos os danos causados pelo poder usurpador, um outro, ainda mais significativo, que era o de responsabilizar civil e criminalmente os magistrados que tivessem proferido ou viessem a proferir as decisões nulas e os que violassem “as solemnidades substanciaes do processo” e “as regras mais obvias da justiça”.

por mais de três anos, sendo a competência para julgamento dos restantes crimes do juiz letrado territorial.²⁹⁷

O Decreto estabelecia também um procurador régio e um promotor da justiça, respectivamente, na Junta da Justiça e junto de cada juiz letrado, para seguir os termos da acusação e, designadamente, para deduzir o libelo acusatório.

A forma de processo ordinário iniciava-se com a decisão liminar de recebimento do processo preparatório pelo presidente da junta, que podia determinar a realização pelo juiz instrutor de diligências de prova suplementares. Não faltando na devassa ou no sumário da querela qualquer diligência, a Junta ratificava a pronúncia dada pelo juiz instrutor e ordenava à parte acusadora que deduzisse o libelo acusatório ou, não sendo esse o caso, declarava que não tinha lugar a acusação.²⁹⁸

Ao invés dos diplomas aprovados pelos constituintes vintistas de criação dos juízos especiais de protecção da liberdade de imprensa e de reforma do processo criminal do foro comum, o Decreto de 1830 consagrava expressamente, tal como o projecto parlamentar de Janeiro de 1828, o princípio da imediação, determinando a obrigatoriedade da repergunta das testemunhas ouvidas na devassa e no sumário da querela e admitindo apenas a leitura na audiência de julgamento dos depoimentos das testemunhas prestados no processo preparatório entretanto falecidas, que se tivessem ausentado para fora de Portugal continental ou estivessem em “logares física ou politicamente incommunicaveis”, sendo, no entanto, o réu admitido a deduzir todas as contraditas contra as testemunhas falecidas ou ausentes (artigo 28 do Decreto de 30.6.1830).²⁹⁹

A votação da decisão apresentava a particularidade de os juízes puderem

²⁹⁷ A Junta foi criada pelo Decreto de 27.3.1830, pois não era “praticavel, por agora, a instauração de huma Relação para a Provincia dos açores”, tendo sido atribuída à nova Junta a competência criminal fixada pelo Alvará de 15.11.1810 para a antiga Junta Criminal das ilhas dos Açores. A competência da Junta foi alargada pelo Decreto de 2.6.1830, que a investiu com a competência de tribunal supremo por o recurso para o Desembargo do Paço se encontrar vedado. Por Decreto de 21.7.1831, a competência da Junta de Justiça foi alargada a todas as ilhas do arquipélago dos Açores, tendo sido extinta no ano seguinte, pelo Decreto de 20.5.1832, publicado quatro dias depois da reforma judiciária de Mouzinho da Silveira.

²⁹⁸ O novo diploma omitia a regulamentação da audiência de ratificação de pronúncia, tendo o Decreto de 2.8.1830 providenciado pela sanação da omissão. A audiência da ratificação era pública, devendo os juízes conhecer da prova recolhida no processo preparatório apenas com base na leitura dos autos.

²⁹⁹ A leitura dos autos da devassa ou do sumário da querela no início da audiência era limitada aos documentos que fizessem prova contra o réu, não incluindo os depoimentos das testemunhas, o que se conjugava, aliás, com o disposto no artigo 8 do Decreto de 2.6.1830, que fixava os termos do processo a que o réu devia assistir pessoalmente, neles se mencionando o juramento das testemunhas.

expressar o voto de vencido, tal como os deputados tinham aprovado na sessão parlamentar de 1827, quer quanto à matéria de facto quer quanto ao direito, devendo, além disso, ser expostos na decisão “os motivos que foram vencidos por votação” (artigo 51 do Decreto de 30.6.1830). Deste modo, com a fundamentação da decisão, a admissão do voto de vencido na decisão sobre a matéria de facto e, sobretudo, com a audição obrigatória da prova pelo tribunal quando julgava, o legislador procurava diminuir o efeito nefasto da ratificação da pronúncia pelo tribunal de julgamento e, do mesmo passo, a possibilidade de julgamento da causa com base em pré-juízos do julgador.

A decisão de absolvição da Junta de Justiça era irrecorrível. Eram admitidos embargos contra a decisão condenatória da Junta de Justiça, em que podia ser apresentada prova testemunhal, e a graça especialíssima concedida pela regência enquanto não fosse instituído o Supremo Tribunal de Justiça. Também tinham lugar embargos contra a decisão condenatória em pena pecuniária que coubesse na alçada do juiz letrado territorial e apelação da decisão absolutória e condenatória em pena corporal maior proferida pelo juiz letrado territorial, conhecendo neste caso a Junta o feito na apelação “como se nunca tivesse sido processado” (artigo 68 do Decreto de 30.6.1830).

O diploma da regência dos Açores consagrava ainda uma forma de processo especial de julgamento de réus ausentes, que tinha lugar nos casos previstos nas Ordenações. Nela guardava-se a forma comum, com a especialidade da nomeação de um curador, a quem não cabia, contudo, o direito de embargar a sentença. Mantinha-se do direito antigo a execução imediata dos bens do ausente por custas, indemnização e pena pecuniária, mas revogava-se o banimento do ausente e, em benefício do princípio da imediação, permitia-se a dedução de embargos pelo ausente em qualquer momento em que fosse preso ou se entregasse.

Fortemente condicionados pela guerra civil, a organização judiciária e o processo penal comum na conformação do Decreto de 1830 assentavam em bases distintas das da Carta, consagrando-se apenas um grau de jurisdição para conhecimento dos crimes mais graves, mas admitindo-se a apresentação de embargos, e de dois graus de jurisdição para conhecimento dos crimes menos graves, que eram julgados por um juiz de direito sem jurados em primeira instância e submetidos a um novo julgamento em recurso de apelação interposto para a Junta.

A restrição do número de graus de jurisdição era compensada com a circunstância de a produção da prova na primeira instância se encontrar rodeada de duas garantias muito importantes, o julgamento público e com apreensão pessoal e directa pelo julgador do depoimento das testemunhas. Na forma de processo para julgamento dos crimes menos graves, a estas garantias sobrepunha-se ainda a referida garantia de um recurso de apelação muito amplo.

A reforma urgente iniciada com a publicação deste diploma, que constituiu, como se viu já, a segunda tentativa de concretização do imperativo constitucional consignado no artigo 126 da Carta, foi completada com a publicação do Decreto de 29.11.1830.

Este decreto visava dar execução imediata ao disposto no artigo 120 e no § 3 do artigo 75 da Carta. Para tanto, o governo liberal aboliu todos os lugares de juizes ordinários, atribuindo a jurisdição destes a novos juizes de fora nomeados pelo Governo, e determinou o modo de substituição do juiz de fora pelo promotor de justiça e não pelo vereador mais velho, dando sem efeito o disposto no § 4 do Título 65 do Livro I das Ordenações. Se o diploma de Março procurava concretizar os princípios da imediação e da acusação no âmbito de um programa de publicização do processo penal comum, o diploma de Novembro procedia à separação definitiva dos poderes judicial e administrativo e à abolição dos magistrados de eleição popular.³⁰⁰ Ambos estabeleceram as bases ideológicas fundamentais da reforma judiciária, tão almejada pelo partido liberal e levada a cabo por José Xavier Mouzinho da Silveira.³⁰¹

2. A Reforma Judiciária (1832)

³⁰⁰ Estas disposições tiveram execução nos Açores, com a excepção da que previa a extinção dos juizes ordinários (Innocencio Duarte, 1875: 15 e 16, Comissão de Legislação Civil das Cortes, 1888: 16, e Afonso Costa, 1899: 181).

³⁰¹ Outro diploma fundamental desta altura foi o Decreto de 2.6.1830, que procedeu à abolição das cartas de seguro e ao estabelecimento das fianças, em desenvolvimento da doutrina fixada no artigo 145, § 8 da Carta (Duarte Nazareth, 1853: 140 e 152).

O decreto n. 24, de 16.5.1832, assinado pelo regente D. Pedro IV, aprovou a Reforma Judiciária.

Nele se estabelecia a nova organização judiciária da metrópole, que era composta por um Supremo Tribunal de Justiça, um tribunal de segunda instância em cada círculo judicial, consagrando-se expressamente a igualdade em graduação de todos os tribunais de segunda instância, um juízo de primeira instância em cada comarca, composto por um juiz de direito e por jurados, um juiz ordinário em cada julgado, com excepção do julgado que fosse sede do juízo de primeira instância, um juiz de paz e um juiz pedâneo em cada freguesia. Estava também prevista a existência de juízes árbitros. Uma lei posterior regularia o número e a extensão dos círculos, comarcas e julgados e outra a administração da justiça nas províncias ultramarinas.³⁰²

Os conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça e os juízes de primeira e segunda instância eram nomeados pelo governo, ao invés do juiz de paz, que era eleito pela assembleia geral dos chefes de família de cada freguesia por um ano, do juiz ordinário e do juiz pedâneo, que eram escolhidos pelo mesmo período pelo presidente do tribunal de segunda instância, o segundo de uma lista de três pessoas eleitas pela assembleia dos chefes de família e o primeiro de uma lista de três pessoas eleitas pelos membros da municipalidade e por dois deputados da mesma assembleia de freguesia que elegia os juízes de paz.

O estatuto e as garantias destes magistrados seriam regulamentadas em lei especial, consagrando-se apenas que os juízes letrados, os de paz e os ordinários podiam ser suspensos pelo governo por queixas feitas contra si, sendo ouvidos os juízes visados e o Conselho de Estado. Os juízes pedâneos podiam ser suspensos pelo presidente do Tribunal da Relação, depois de ouvidos, sendo processados nos termos da lei. Por outro lado, alargando o princípio consagrado na Carta para o acesso ao Supremo Tribunal, o

³⁰² A Reforma Judiciária extinguiu o foro privilegiado, o foro misto, com a reserva das causas puramente espirituais para o foro eclesiástico, e todos os tribunais e ofícios de justiça que não fossem os criados ou conservados por esta lei. No ano seguinte ao da publicação da Reforma, o governo liberal atribuiu, pelo Decreto de 29.7.1833, aos juízes criminais competência para julgar os crimes civis cometidos pelos eclesiásticos seculares ou regulares de qualquer preeminência ou distinção e determinou a extinção das penas corporais na punição dos erros em matéria eclesiástica e dos cárceres e aljubes dos eclesiásticos seculares e regulares. Por fim, a Portaria de 9.7.1834 ordenou a remessa imediata de todas as causas que não fossem puramente espirituais, no estado em que se encontrassem, ao foro civil. As grandes reformas judiciárias posteriores de 1836-1837 e de 1841 não alteraram estas disposições.

legislador determinou que a promoção de todos os juizes letrados ficava exclusivamente dependente do critério de antiguidade.

Todo o cidadão morador na comarca, maior de vinte e cinco anos e menor de sessenta, que soubesse ler, escrever e contar e tivesse uma renda líquida de 100.000 réis por ano se vivesse na cidade e nas vilas notáveis ou de 50.000 se vivesse nas outras vilas e nas aldeias, era jurado. A lista geral dos jurados incluía todos os cidadãos apurados que não tivessem reclamado ou em relação aos quais não tivesse havido reclamações ou estas tivessem sido julgadas improcedentes e dela era extraída a pauta anual dos jurados por sorteio.

Os juizes de direito tinham competência para preparar e julgar, com os jurados, todas as causas crimes e, sem os jurados, “todas as contravenções de lei, ou Regimentos de Polícia Geral, que não importarem um crime daquelles, em que se admite Queréla, e cuja pena não possa exceder cinco dias de prisão, doze mil réis de multa ou outra semelhante” (artigo 292 da Reforma Judiciária).

Os juizes ordinários tinham competência para os actos do processo preparatório nas causas crimes e para o julgamento das mesmas “contravenções de lei ou Regimentos de Polícia Geral” de que conheciam os juizes de direito.

Os juizes pedâneos eram oficiais de polícia judiciária, vigiavam o cumprimento dos regulamentos de polícia geral e tinham competência para o julgamento de causas de coimas e transgressões de posturas, até ao valor de 1.200 réis.

Deste modo, o legislador equiparava a competência jurisdicional dos juizes de direito e dos juizes ordinários enquanto magistrados singulares, restringindo a competência destes magistrados ao conhecimento de ilícitos de natureza contravencional puníveis com pena de prisão até cinco dias.³⁰³ Ao júri competia não só o conhecimento de todos os crimes, mas também o das contravenções que fossem

³⁰³ Se o início da investigação criminal não dependia da apresentação de uma querela, como resultava do disposto nos artigos 178 e 188 da Reforma, todos os crimes, públicos e particulares, admitiam, no novo direito, a apresentação da querela, por força da rejeição das devassas e das denúncias (artigo 168 da Reforma), o que implicava a necessidade de uma interpretação conjugada dos artigos 168 e 292, no sentido de que todos os crimes deviam ser julgados pelos jurados. Esta conclusão é confirmada não só pela extinção de todas as magistraturas que não estivessem previstas neste diploma, como os magistrados de polícia correcional, mas também pela própria vontade do legislador, a que se fará referência adiante, de consagrar um “júri onipotente”.

puníveis com pena superior à alçada do juiz de direito e do juiz ordinário.³⁰⁴

Para a fixação da competência jurisdicional dos magistrados singulares, o legislador recorreu ao critério da lei processual francesa de definição da competência do magistrado singular e, simultaneamente, afastou a opção dos constituintes vintistas de atribuição aos juizes singulares de competência para conhecer sem recurso das “causas criminais em que se tratar de delitos leves” (artigo 181 da Constituição de 1822), doutrina cuja consagração a Carta, se não vedava, também não impunha.³⁰⁵

O diploma criava também um procurador geral da coroa junto do Supremo Tribunal de Justiça, um procurador régio junto de cada tribunal de segunda instância, um delegado do procurador régio junto de cada juízo de primeira instância e um subdelegado junto de cada julgado, com a função de seguirem os termos da acusação em cada um destes tribunais, garantindo deste modo a separação em todas as instâncias da função acusatória e da de julgamento.³⁰⁶

³⁰⁴ O limite da punição das contravenções de polícia previstas em regulamento administrativo ou de polícia ou postura camarária variava muito e só com a publicação do CP de 1852 se estabeleceu pela primeira vez a pena de prisão até um mês e a de multa até 20.000 réis como limite uniforme para a punição de qualquer contravenção de polícia prevista em regulamento administrativo ou de polícia ou postura camarária (artigo 489).

³⁰⁵ Os artigos 137, 138 e 166 do *Code d' Instruction* atribuíam aos juizes de paz e aos presidentes de câmara competência para conhecer das contravenções de simples polícia, que eram definidas como os factos puníveis pelo livro quarto do código penal com a pena de multa até quinze francos ou a pena de prisão até cinco dias. O legislador imperial manteve deste modo as duas jurisdições de polícia criadas depois da revolução, consagrando uma solução de compromisso entre o tribunal de polícia composto por membros do órgão administrativo municipal e com competência para aplicar multas ou penas de prisão até oito dias, instituído no título XI do Decreto de 16-24.8.1790, e o tribunal de polícia do juiz de paz, criado pelo artigo 233 da Constituição do ano III e mantido pelo artigo 151 do Código de 3 *brumaire* e pela Lei de 27 *ventôse* do ano VIII. Sobre a opção compromissória do legislador imperial, Faustin Hélie, 1867 b: 21 a 27, 36 e 37, Ernest Glasson, 1883 b: 563 e 564, e René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 667 e 668. A manifesta violação do princípio da separação de poderes da solução inicial de 1790, que tinha sido afastada no ano III por uma outra, mais conforme com o referido princípio, foi de novo introduzida pelo legislador de 1810 (Jean-Pierre Royer, 1996: 286 e 287, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 130 e 277). Desde sempre a doutrina francesa criticou, não só o âmbito restrito da competência do tribunal de simples polícia, que deveria ser alargado a muitas condutas processadas em correccional, como também o processo caro, lento e ineficaz de julgamento das contravenções (D' Eyraud, 1825: 192 a 195 e 204, Faustin Hélie, 1867 b: 40 a 42, e René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 708 e 709). Por outro lado, a atribuição da competência jurisdicional às autoridades administrativas foi também objecto da crítica firme da doutrina, não obstante o facto de estas autoridades sempre se terem absterido do exercício daquela competência. A polémica ficou definitivamente resolvida pela Lei de 27.1.1873, que aboliu a competência jurisdicional das autoridades administrativas (Ortolan, 1875: 395 e 396, e René Garraud, 1915: 396).

³⁰⁶ A consagração da magistratura do Ministério Público no direito português caracterizava-se, tal como no direito francês então vigente, por dois princípios fundamentais: o da organização hierárquica e o da submissão ao poder político central. Os lugares do Ministério Público encontravam-se na “immediata dependencia do Governo”, que podia livremente demitir os seus titulares (artigo 14 da Reforma). No primeiro regulamento dos “empregados do Ministério Público”, de 15.12.1835, previa-se a faculdade de o governo se “corresponder” com o procurador geral da coroa e este com os procuradores régios e estes

O diploma determinava ainda a extinção do foro privilegiado e do foro misto, com a ressalva dos casos previstos na Carta e a reserva das causas puramente espirituais para o foro eclesiástico, e a abolição de todos os tribunais e ofícios de justiça que não fossem os criados ou conservados pela presente lei.

A Reforma Judiciária modificava profundamente a regulamentação do processo. O diploma previa três formas de processo, uma para julgamento dos crimes e

ainda com os seus delegados sobre “os objectos do Ministério Público” (artigo 52 do regulamento). Em França, a magistratura dos procuradores do rei tinha sofrido uma profunda reforma com a revolução, deixando de se caracterizar, como no direito do Antigo Regime, pela submissão ao poder político central e pela inexistência de uma organização hierárquica. Os constituintes decidiram, pelo Decreto de 10.8.1790, vedar a acusação pública aos comissários do rei e, pelo Decreto de 16.8.1790, procederam à organização de duas magistraturas separadas, a dos comissários do governo, que seriam designados por este e tinham apenas uma função de vigilância do cumprimento das leis pelos juizes e de promoção da execução das decisões (*faire observer dans les jugements à rendre les Loix qui intéressent l'ordre général, & à faire exécuter les jugements rendus*, n. I, do artigo 1º do título VIII), e os acusadores públicos, que seriam eleitos, o que garantia a independência destes. Subjacente a esta reorganização do Ministério Público estava um concepção rigorosa do princípio da separação de poderes, da qual decorria que a acusação pública não podia ser atribuída a um agente do poder executivo, mas antes a um representante da nação (Jean-Pierre Royer, 1996: 285 e 286, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 131). Depois da Convenção ter ensaiado, através do Decreto de 13-14.19.1792, a reunificação das duas magistraturas, suprimindo os comissários do rei, o artigo 63 da Constituição consular do ano VIII, que foi regulamentado pela Lei de 7 pluviôse do ano IX, reunificou definitivamente aquelas magistraturas, abolindo o acusador público. O legislador do Império viria a restaurar a sujeição dos magistrados do Ministério Público ao poder político central e a consagrar o princípio da organização hierárquica desta magistratura. Com base nos artigos 27 e 274 do *Code d'Instruction*, a doutrina advogava a falta de competência do ministro da justiça para dar ordens aos magistrados no âmbito de um determinado processo ou para proibir o exercício da acção pública contra certa pessoa, reconhecendo-lhe apenas competência para mandar instaurar processos contra pessoas determinadas. A doutrina reconhecia, contudo, que a prática foi sempre muito diversa do que mandava a lei, substituindo-se mesmo por vezes a administração pública à justiça, mas que os abusos não eram tanto resultado da “falta da instituição, mas dos homens que estavam encarregados de a fazer funcionar” (Édouard Bonnier, 1853: 50, 134 a 137, Esmein, 1882: 100 a 106, 429 e 430, 451 a 453, Henri Saussier, 1910: 91 a 97 e 100, Jules Coumoul, 1911: 274 e 275, 285 e 286, e Michèle-Laure Rassat, 1967: 55 a 62, 90 a 100, 152 a 156). O modelo napoleónico de organização do magistratura de acusação alastrou por toda a Europa. Nos Estados alemães, a magistratura do Ministério Público teve como antecessora o *Fiskalat*, que desempenhava funções de vigilância e defesa dos interesses dos senhores, sendo-lhe atribuídas excepcionalmente funções instrutórias e acusatórias em certas causas crimes comissionadas, mas não intervindo na fase de julgamento devido à prática da consulta das universidades para prolação da decisão. A introdução da magistratura acusatória pública pela Lei de 28.12.1831 do Estado de Baden constituiu nos direitos dos Estados alemães uma verdadeira inovação, que teve particularmente em vista a dedução da acusação nos processos de injúrias a funcionários administrativos e de delitos de imprensa, o acompanhamento dos processos relativos a criminalidade muito violenta, a interposição de recursos e a execução das penas (J. D. Meyer, 1822: 306, 314 e 315, Carl Mittermaier, 1856: 166 a 173, Christoph Martin, 1857: 134 e 135, 529 e 530, Eberhard Schmidt, 1921: 136 a 140, 163 a 178, e 1947: 156, 301 e 302, Werner Schubert, 1981: 122 a 125, Wolfgang Wohlers, 1994: 66, 69 e 70, e Kai Drews, 1997: 18 e 19). No direito prussiano, os §§ 3 e 10 da *Verordnung* de 3.1.1849 consagraram os dois princípios já referidos, com a diferença fundamental de que § 6 vinculava estes magistrados à observância do princípio da legalidade na prossecução da acção pública, o que a lei francesa não impunha expressamente e viria a dar lugar à prática dos “arquivamentos definitivos” (*classements sans suite*). Também os §§ 52 a 60 da *Strafprozeßordnung* austríaca de 1850 organizavam a magistratura do Ministério Público de acordo os

duas para julgamento das contravenções. A forma de processo para julgamento dos crimes dividia-se em duas fases, a do processo preparatório, que era secreta até à convocação do júri da pronúncia, e a de acusação e julgamento, que era pública.

Determinava-se a obrigatoriedade da conciliação prévia na acusação de crimes particulares, sob pena de nulidade,³⁰⁷ e a extinção das devassas e das denúncias.

O processo preparatório começava com a elaboração do corpo de delito pelo juiz, seguido da inquirição de testemunhas. À medida que o juiz fosse achando indiciados na inquirição, lançava contra eles pronúncia nos autos.

Estabelecia-se um júri de pronúncia, composto por seis jurados, que ratificava o despacho de pronúncia ou de não pronúncia, proferido pelo juiz no final do processo preparatório, sendo a ratificação da pronúncia promovida oficiosamente e a da não pronúncia a pedido do Ministério Público ou da parte.³⁰⁸ O júri da pronúncia decidia após a leitura das peças do processo, a repergunta das testemunhas ouvidas no processo preparatório e o interrogatório do réu, escrevendo-se nos autos apenas as respostas dadas pelo réu.

Confirmada a pronúncia e preso ou afiançado o réu, sendo caso disso,³⁰⁹ o representante do Ministério Público apresentava o seu libelo contra o réu, com o qual se iniciava o processo de acusação e julgamento.

O júri de julgamento, composto por doze jurados, procedia ao julgamento dos

princípios da hierarquia e de subordinação política do modelo francês, impondo, no entanto, o § 57 a observância estrita do princípio da legalidade.

³⁰⁷ O legislador não escondia a grande esperança que tinha na eficácia da actividade de conciliação. “Este Juízo da Conciliação é o mais importante de todos, e sendo as leis bem feitas mata quase todas as demandas” (Mouzinho da Silveira, 1989 a: 790).

³⁰⁸ O júri da pronúncia constituía uma inovação cujo efeito prático e relevância dogmática eram, na perspectiva do legislador, ainda maiores do que os do júri de julgamento. Mouzinho da Silveira foi um dos deputados que na sessão de 1828 se bateu pela consagração do “grande jury”, afirmando então que “o grande jury tem muito mais que fazer; ele tem a dignidade de dizer, não está delincente; por consequência ali está depositada a maior porção de liberdade de julgar, e basta que diga, não ofende, para ter o negócio acabado” (Mouzinho da Silveira, 1989 b: 1577). A doutrina dividia-se a este propósito. Contra o júri de acusação, Teixeira de Aragão, 1824: 118, 119 e 121, e a favor, Machado Ferraz, 1834: 87 e 182.

³⁰⁹ A doutrina apontava como um defeito grave da nova lei o facto de a concessão da fiança não ser determinada, como anteriormente, em função da natureza do delito, mas do montante das penas aplicáveis, remetendo o artigo 194 deste modo para as penas das Ordenações, com o que muito se restringia a nova garantia (Machado Ferraz, 1840: 62 e 63). Este autor concluiu que o disposto na lei antiga a este propósito continuava em vigor enquanto não fosse aprovada a nova lei penal substantiva. Mais tarde, Corrêa Telles (1849: 270) repetiria aquela crítica em face da Novíssima Reforma. Só com a publicação do primeiro código penal em 1852 o problema obteve, em parte, solução, mantendo-se, no entanto, o recurso a certas disposições das Ordenações sobre a fiança favoráveis aos réus, que não tinham paralelo na nova ordem jurídica (Silva Ferrão, 1856 b: 154).

factos imputados ao réu.³¹⁰ A prova produzida em julgamento não era registada. O júri não apreciava factos sobre os quais houvesse acordo das partes nos processos relativos a crimes particulares, mas decidia as causas crimes em que a certeza moral se pudesse obter em face da prova documental ou de inspecção ocular.³¹¹

No início da audiência procedia-se à leitura das peças do processo, salvo do interrogatório do réu feito na ratificação da pronúncia, que só seria lido a requerimento deste. Embora não se previsse qualquer regra sobre o valor probatório da prova produzida no processo preparatório, a leitura das peças do processo na audiência de julgamento e a liberdade dos jurados de “dar uma decisão em tudo conforme aos dictames da sua consciencia” (artigo 96, em conjugação com o artigo 209, § 1, da Reforma) permitiam a formação da convicção dos jurados com base na prova produzida fora da audiência de julgamento, em claro retrocesso face ao regime do diploma da regência dos Açores de 1830.³¹²

Na audiência de julgamento o juiz não dispunha de quaisquer poderes de investigação de novos meios de prova, nem de conformação do objecto do processo, encontrando-se em uma posição de total inércia diante das partes processuais, às quais competia, tal como no processo civil, arrolar a prova e proceder à inquirição das testemunhas por si oferecidas.

³¹⁰ Machado Ferraz (1834: 127) propunha que o júri decidisse também dos graus de imputação, munindo-se os jurados de uma instrução escrita sobre as características dos delitos e das suas penas.

³¹¹ O artigo 46 não deixava dúvidas no sentido da primeira afirmação, por força da sua conjugação com os artigos 7, 40 e 216. O disposto no artigo 116, dada a sua colocação sistemática, também impunha a segunda conclusão do texto.

³¹² A leitura de todas as peças do processo no início da audiência justificava a inexistência de qualquer regime especial de leitura dos depoimentos das testemunhas faltosas prestados na fase preparatória. O aproveitamento integral da prova produzida na fase investigatória constituía a razão por que Corrêa Telles censurava o disposto no artigo 208 da Reforma. O artigo 208 limitava a oito o número de testemunhas de cada parte na audiência de julgamento, o que prejudicava o réu. “Era injusto, porq’ seria iniquo q’ se admitissem contra o réo 28 testemunhas, e q’ elle só podesse dar oito” (Corrêa Telles, 1840: 59). As vinte testemunhas da acusação que já teriam sido ouvidas e que faziam prova contra o réu eram as do sumário da culpa (artigo 185). Aliás, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, aprovado seis meses depois da Reforma de D. Pedro, previa também, nos seus artigos 260 e 261, a leitura de todo o processo de formação da culpa pelo escrivão no início da audiência de julgamento e mesmo uma segunda leitura logo em seguida pelo advogado do acusador dos “depoimentos e respostas do processo de formação de culpa e as provas com que se acha sustentado”. Contudo, os práticos reagiram a esta amplitude da lei, tendo-se criado uma praxe, que continuou mesmo em face da Nova Reforma, de retirar aos jurados a competência para decidir sobre a matéria de facto sempre que as testemunhas fossem inquiridas fora da sua presença, invocando-se o principio de que “o systema oral forma de tal sorte a essencia do jury, que na sua ausencia não tem elle competencia” (Machado Ferraz, 1840: 53 e 56, e Innocencio Duarte, 1871: 168). Machado Ferraz opunha-se a esta praxe, considerando que não feria a essência do tribunal de júri o conhecimento pelo júri dos depoimentos das testemunhas prestado no sumário da culpa (Machado Ferraz, 1840: 54).

Contudo, não se previa no julgamento das causas crimes, ao invés do processo civil, a elaboração de relatório “dos diferentes factos allegados pelo Auctor em seu Libello, e dos allegados pelo Réu na contestação, comparados com as provas produzidas por uma e outra Parte, reduzindo-as a uma conclusão determinada” (artigo 110), o que, atenta a natureza pré-judicativa desta “conclusão determinada”, consentia aos jurados no foro criminal maior liberdade do que aos do foro cível.³¹³

A decisão dos jurados era inatacável, não se prevendo qualquer mecanismo de controlo judicial sobre a justiça das respostas aos quesitos dos jurados, nem a impugnação directa ou com prévio protesto de nulidades da decisão sobre a matéria de facto no tribunal de recurso.³¹⁴

A faculdade de sindicância da decisão do tribunal de primeira instância foi muito restringida pelo legislador, que consagrou o princípio da taxatividade dos recursos ordinários, a proibição expressa do agravo de injusta pronúncia e a irrecorribilidade das decisões proferidas nas causas por crimes puníveis com pena igual ou inferior a seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca.

A lei impunha, no entanto, a interposição obrigatória para o tribunal de segunda instância do recurso de apelação da sentença condenatória de primeira instância e admitia a interposição facultativa para o Supremo Tribunal de Justiça do recurso de revista da sentença absolutória da primeira instância e das sentenças proferidas pelo tribunal de segunda instância, sendo a regulamentação deste recurso remetida para uma lei especial.

O objecto da apelação era mais restrito do que no direito das Ordenações, pois se, por um lado, a interposição da apelação aproveitava a todos os litigantes em relação aos quais a causa fosse comum à do recorrente e ainda à parte contrária, por outro lado, o tribunal superior não conhecia da decisão sobre a matéria de facto. Em sessão pública,

³¹³ O teor do procedimento previsto no artigo 212 é explícito no sentido de que o júri reuniria para decidir imediatamente após as alegações. Por essa razão, Machado Ferraz (1834: 114) propunha *de iure condendo* a solução inglesa do relatório assente nas notas do juiz.

³¹⁴ Machado Ferraz (1834: 147) pugnava pela adopção da solução inglesa da advertência pelo juiz aos jurados quando o veredicto absolutório fosse injusto e da representação junto do poder executivo quando o veredicto condenatório fosse injusto. Por outro lado, o comentador da Reforma rejeitava, em teoria, qualquer recurso da decisão do júri para um tribunal de letrados, pois eles viriam a ser os “verdadeiros juizes e d’ esta forma a instituição do jury se tornaria illusoria e sem efeito”, ou para um outro tribunal de júri, “porque não podendo atribuir-se mais confiança ao segundo do que ao primeiro, viria a ser isto uma operação inutil e viciosa”, admitindo apenas a interposição do recurso de cassação de nulidades e errada aplicação da lei (Machado Ferraz, 1834: 146 e 147).

com a apresentação de alegações orais pelas partes e a formulação de “perguntas necessárias” pelos juízes aos advogados e por estes às partes ou entre si,³¹⁵ o tribunal procedia apenas à sindicância da decisão de direito, em face do não registo da prova produzida em audiência de julgamento. Contudo, o tribunal de recurso podia conhecer da nulidade de quaisquer actos judiciais feitos “contra a determinação da lei” (artigo 283).³¹⁶ O eventual efeito nocivo do exercício desta faculdade era contrabalançado pela restrição dos poderes do tribunal de segunda instância no julgamento da apelação, já que este tribunal não podia reformar a decisão recorrida, mas apenas revogá-la ou confirmá-la.³¹⁷

Além destes meios de impugnação das decisões finais de mérito, só o agravo no auto do processo “nos casos em que esta lei o admite” era consagrado como meio de impugnação de decisões interlocutórias (artigo 124).³¹⁸

Por outro lado, se em França o credo da infalibilidade do júri já tinha sido ultrapassado, consagrando o *Code d' Instruction Criminelle* três casos de revisão dos julgados penais transitados, a lei portuguesa omitia qualquer previsão neste sentido, prevendo apenas a remessa oficiosa ao poder moderador de todas as sentenças de condenação em pena de morte.³¹⁹

A lei nova consagrava também duas formas de processo para julgamento de ilícitos contravencionais, uma aplicável no caso de contravenções puníveis com pena até 1.200 réis e outra aplicável no caso de contravenções puníveis com pena superior àquela

³¹⁵ Estas perguntas não tinham a natureza de meio de prova, mas apenas de esclarecimentos que facilitassem a discussão jurídica, não tendo lugar em uma fase autónoma prévia às alegações orais, mas durante estas alegações e até ao início do relatório.

³¹⁶ A interpretação deste preceito foi feita cautelosamente pela jurisprudência com recurso ao direito das Ordenações e, designadamente, aos títulos 75 e 81 do Livro III (Innocencio Duarte, 1871: 10 e 11, 268 a 271, que aponta a jurisprudência publicada desde a Reforma Judiciária).

³¹⁷ A votação dos juízes devia “positivamente versar sobre a revogação ou confirmação directa da sentença da primeira instância” (artigo 239, § 6). À luz desta disposição nasceu uma praxe nos tribunais superiores de anular o processo “sem mais indicação do andamento, que deverião seguir”, ficando os processos parados e “sem destino” (Machado Ferraz, 1840: 44, e Innocencio Duarte, 1871: 10). O problema só foi resolvido pela Nova Reforma, como se verá adiante.

³¹⁸ Mouzinho da Silveira já tinha defendido semelhante solução em um estudo teórico (1989 a: 791).

³¹⁹ A introdução do recurso de revisão no *Code d' Instruction* estava intimamente ligada ao esmorecimento do credo na infalibilidade do júri e nas novas garantias do réu na primeira instância. A assembleia constituinte tinha suprimido o recurso de revisão, com base neste credo, mas o Decreto de 13.5.1793 admitiu de novo aquele recurso em um caso, o da contradição de julgados, depois de um erro judiciário clamoroso. O legislador imperial consagrou uma solução intermédia entre a tradição ampla do direito antigo e a solução muito restritiva do Decreto de 1793, alargando o número de casos previstos no *Code* (Alvaro Villela, 1897: 75 a 79, Adelino da Palma Carlos, 1927: 82 e 83, e René Garraud e Pierre Garraud, 1928: 268 a 271).

O júri decidia da matéria de facto em todos os processos por crimes ou contravenções puníveis com mais de cinco dias de prisão.³²⁴ Esta latitude da competência do júri conjugava-se com a posição de inércia total do juiz de direito e com a atribuição de uma liberdade de decisão irrestrita aos jurados, que não se encontravam em momento algum sob a influência ou o escrutínio do juiz. Com efeito, a omissão de um relatório no final da produção da prova em audiência, a não participação do juiz na discussão e votação das respostas aos quesitos e a inexistência de um regime de sindicância da equidade destas respostas garantiam aos jurados uma liberdade decisória absoluta.

O legislador optava deste modo pela consagração de um modelo judiciário radicalmente diferente do do *Code d' Instruction Criminelle*,³²⁵ caracterizado precisamente pela limitação da competência do tribunal de júri aos crimes puníveis com penas aflagradas e infamantes, pela atribuição aos juizes letrados de poderes consideráveis de fixação do objecto do processo, de investigação oficiosa de meios de prova e de influência e escrutínio da decisão dos jurados e ainda pela faculdade de impugnação dos julgados penais transitados.³²⁶

O modelo judiciário adoptado pelo legislador aproximava-se do inglês, sem com ele se confundir.³²⁷ O modelo judiciário inglês caracterizava-se no início do século

233 da Constituição do ano III e no artigo 153 do Código de 3 *brumaire* do ano IV (Le Sellyer, 1875: 19 e 20, e Faustin Hélie, 1867 b: 421).

³²⁴ O propósito do legislador foi o de reduzir todos os juízos a um único juízo, o júri “omnipotente” (Mouzinho da Silveira, 1989 b: 1592), de acordo com o modelo judiciário inglês. A doutrina portuguesa não delimitou o âmbito da competência dos diferentes magistrados na Reforma Judiciária, criticando apenas o legislador da reforma pelo “exagero das idéas dos publicistas” e “por ter confiado demasiadamente no júri, nos juizes de paz e nos juizes árbitros” (Dias da Silva, 1903: 757, Marnoco e Souza, 1907: 22, Chaves e Castro, 1910: 20, e Ary dos Santos, 1970: 48). A afirmação de Cavaleiro de Ferreira (1986 b: 286) de que “com a introdução do júri em processo penal, na primeira instância, e a inapelabilidade do seu julgamento em matéria de facto, ficou sem sentido o julgamento na Relação de recursos em matéria de facto, dado que o júri julgava todos os crimes puníveis com pena de prisão superior a 6 meses”, não é correcta no que toca à delimitação da competência do júri aquando da sua introdução no processo penal português.

³²⁵ A doutrina portuguesa não aprofundou as fontes do direito processual penal no período liberal, mas já defendeu, sem mais desenvolvimentos, a tese contrariada no texto (Eduardo Correia, 1967: 9, e Salgado Zenha, 1968: 19 e 20). Em um texto posterior, este autor mudou de opinião, atribuindo simultaneamente ao direito napoleónico e ao direito inglês a origem das reformas de Mouzinho, sem especificar as características de um e de outro ordenamento que se encontravam no português (Salgado Zenha, 1973: 12 e 13).

³²⁶ A análise da Nova Reforma Judiciária dará azo ao estudo paralelo destas características da lei processual penal francesa.

³²⁷ No início da década de trinta do século XVIII, vigoravam nos países europeus cujo direito se afastava do paradigma do Antigo Regime dois distintos modelos judiciários, o inglês e o francês. Os diferentes Estados alemães eram ainda regidos por códigos, como a *Kriminalordnung* da Prússia de 11.12.1805 e o

XVIII pela existência de duas formas de processo claramente distintas, o processo sumário para julgamento das infracções leves e o processo ordinário para julgamento dos crimes graves e muito graves.

No processo sumário, o denunciado era julgado nas *petty sessions* do juiz de paz,³²⁸ verificando-se nelas uma concentração da instrução e do julgamento da causa.³²⁹

Strafgesetzbuch da Baviera de 16.5.1813, consagrando um processo inquisitório, escrito e não público, dividido em duas fases, a inquirição geral para descoberta dos meios de prova do crime e eventual inquirição do suspeito como testemunha e a inquirição especial para interrogatório do suspeito como arguido e repetição formal da prova produzida sumariamente na fase anterior. O julgamento em tribunal colectivo consistia na discussão e valoração da prova recolhida nos autos com base em uma relação feita por um dos juizes do tribunal, não podendo ser relator o juiz instrutor. Os juizes encontravam-se vinculados a um sistema positivo de provas legais e tinham a faculdade de aplicar “penas de desobediência” (*Ungehorsamstrafen*) e penas extraordinárias ou mesmo de absolver o réu da instância. A prática e a doutrina eram, no entanto, contraditórias em relação à competência do juiz instrutor ou do tribunal de julgamento para determinar a causa pronta para julgamento. O julgamento em tribunal singular era realizado pelo mesmo juiz que tinha instruído a causa. No império austríaco vigorava o *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen* de 3.9.1803, também ele construído com base no paradigma judiciário do Antigo Regime, com a particularidade de só admitir a intervenção do defensor na fase de recurso e de já consagrar um sistema negativo de provas legais (J. D. Meyer, 1822: 233 a 235, 247, 248, 255 a 261, Julius Abegg, 1833: 43 e 44, 230 a 245, 263 a 281, 297 a 300, e 1841: 177 e 178, Anton Bauer, 1835: 93 a 99, 331 e 339 e 400, e 1842: 185 a 192, Joseph Kitka, 1841: 196 a 198, Carl Mittermaier, 1845: 113 a 117, 506, 507, 534 e 535, e 1846: 12 e 13, 253 e 254, 531 a 534, Christoph Martin, 1857: 258 a 261, 402 a 407, 461 a 464, Heinrich Zachariae, 1868 a: 237 e 297, Julius Glaser, 1883: 120 a 125, Fernand Daguin, 1884: XLIV a XLIX, Eberhard Schmidt, 1947: 242, 243, 250 e 251, e Andrea Schmidt, 1994: 40 a 46). Os primeiros Estados alemães que aprovaram leis processuais renovadoras foram o de Württemberg e o de Baden, tendo sido publicados, respectivamente, a 22.6.1843 e a 6.3.1845 novos códigos em cada um destes Estados, que combinavam a estrutura tradicional do processo e um sistema negativo de provas legais com uma audiência final pública, mas em que não era produzida prova, e com a abolição das penas extraordinárias. Para a crítica destas novas leis do ponto de vista dos princípios da imediação, da oralidade e da publicidade, Carl Mittermaier, 1845: 210 a 219, Andrea Schmidt, 1994: 52, e Wohlfgang Wohlers, 1994: 78 a 85. A situação só se alteraria, contudo, com os movimentos revolucionários, que levaram à consagração no artigo 103 da constituição imperial austríaca de 4.8.1849 dos princípios da oralidade, da publicidade e da acusação e do julgamento dos crimes mais graves pelo júri. Em conformidade com esta nova disposição constitucional, foi publicada a primeira *Strafprozeßordnung* austríaca, de 17.1.1850, inspirada no modelo judiciário francês, mas corrigida de algumas imperfeições mais significativas deste (Victor Foucher, 1833: VI a IX, Edm. Bertrand e Lyon Caen, 1875: V, Julius Glaser, 1883: 198 e 199, e Einhard Steininger, 1989: 21 a 33). Depois da aprovação pela assembleia nacional de Frankfurt da Constituição de 28.3.1849, a maioria dos Estados alemães reformou também as suas anteriores leis processuais de acordo com o modelo judiciário francês, como se verificou na Prússia com a publicação da *Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen*, de 3.1.1849, tendo outros Estados seguido o modelo inglês e alguns outros mantido o direito anterior. Só depois da união dos Estados alemães do sul à confederação do norte e da fundação do império alemão, em 1871, foi alcançado o objectivo da unificação das leis processuais com a publicação no dia 1.2.1877 da *Strafprozeßordnung*. A preocupação fundamental do legislador foi a de se manter fiel aos princípios do direito reformado da maioria dos Estados alemães, isto é, ao modelo judiciário francês (Carl Mittermaier, 1856: 11 a 20 e 279, Adolf Dochow, 1879: 108, Fernand Daguin, 1884: L a LVIII, Eberhard Schmidt, 1947: 315 a 317, Wolfgang Wohlers, 1994: 182, 185 a 197, e Kai Drews, 1997: 49 e 50).

³²⁸ Este magistrado era escolhido entre os possuidores de determinados rendimentos provenientes da terra pelo *Lord-Lieutenant* que representava o rei no condado e era nomeado pelo *Lord Chancellor*, podendo ser demitido das suas funções apenas quando houvesse justa causa (*good cause*) para tanto. O uso desta faculdade era raro (Manchester, 1980: 75 a 79, e Peter King, 2000: 117 a 122).

No tocante aos crimes graves e muito graves, a forma de processo encontrava-se dividida em uma instrução conduzida pelo juiz de paz ou, nos casos de morte, pelo *coroner* e em um julgamento por um júri. O juiz que presidia ao julgamento era, nas *quarter sessions*, um magistrado local, o *recorder*, e, nas *assizes*, um dos doze juizes dos três tribunais superiores de Westminster, a *King's Bench Division*, o *Court of Common Pleas* e o *Court of Exchequer*.³²⁹ Nas *assizes* procedia-se ao julgamento duas vezes por ano dos crimes mais graves (as *felonies*), puníveis com pena de morte ou de degredo, e nas *quarter sessions* ao julgamento quatro vezes por ano dos crimes menos graves (as *misdemeanors*), puníveis com pena de prisão ou de trabalho.³³¹

A instrução era escrita e, em princípio, contraditória e findava com a prolação pelo magistrado local da indicição (*indictment*) ou da ordem de arquivamento.³³²

³²⁹ O processo relativo aos crimes leves era “extremamente rápido” (William Blackstone, 1787: 282 e 283) e tinha como único requisito indispensável a convocação do acusado para o julgamento. O seu âmbito era excepcional e foi progressivamente alargado a partir da publicação de vários estatutos no século XVIII e, sobretudo, na primeira metade do século XIX, mas o arguido podia opor-se à sua aplicação. Só com a entrada em vigor do *Summary Jurisdiction Act*, de 1848, se formularam as primeiras regras sobre esta forma de processo, estabelecendo uma audiência pública para a qual o acusado devia ser notificado e garantindo o direito de recurso da decisão do juiz de paz para a *quarter session* e ainda da decisão desta, em questões de direito, para o *King's Bench* (Ernest Glasson, 1883 a: 308, 309, 573 a 578, e 1883 b: 572 e 573, Friedrich Stein, 1907: 12, 13 e 21, Karl Neumann, 1930: 12, Manchester, 1980: 94, 160 a 162, David Taylor, 1998: 107 a 109, e Peter King, 2000: 63 a 68 e 356).

³³⁰ Os juizes superiores eram nomeados pelo rei, por conselho do *Lord Chancellor* e só podiam ser demitidos por má conduta (*misconduct*) e através de um voto das duas câmaras do parlamento (Manchester, 1980: 79 a 83).

³³¹ Manchester, 1980: 162 a 166, Sharpe, 1984: 23 e 24, e Beattie, 1986: 283 a 288, 309 a 313. Em virtude da proliferação de previsões legais de condenação do delincente à morte, o juiz de paz frequentemente manipulava a instrução no sentido de o processo em que se investigava um crime punível com pena de morte, mas em que concorria alguma circunstância atenuante, ser apresentado a uma *quarter session* e não a uma *assize* (Cottu, 1822: 26 e 27).

³³² Também eram admitidas outras duas formas de instrução da causa, o *presentment* e a *information*, que eram muito menos frequentes do que o *indictment*. O júri de acusação podia em certos casos constituir-se em júri de instrução de uma causa, com base na notícia de um crime ou na observação directa do facto, inquirindo testemunhas em segredo e proferindo a final uma decisão de remessa dos autos a julgamento, o *presentment*. Quer nos casos de *indictment* quer nos de *presentment*, a prova recolhida na instrução da causa não podia ser usada na audiência de julgamento, mas apenas para permitir o arquivamento imediato dos autos ou a verificação da indícios suficientes da culpa que justificavam a sua remessa a julgamento. A terceira modalidade era verdadeiramente excepcional, tendo por objecto crimes de média gravidade, crimes de natureza política ou crimes de imprensa, atinentes aos interesses do rei (os crimes que “tendem a perturbar ou pôr em perigo o seu governo, ou a molestá-lo ou afrontá-lo no exercício das suas funções reais”), e conferindo aos magistrados do rei o direito de apresentação imediata do réu a julgamento pelo júri competente, sem qualquer apreciação prévia por um júri de acusação. A apresentação da *information* dependia de ordem expressa da *King's Bench Division* e o acusador não só tinha de depositar uma caução, como se tornava pessoalmente responsável pelos danos causados se o réu fosse absolvido em julgamento, salvo se o juiz que tivesse presidido ao julgamento considerasse que havia indícios suficientes para deduzir a *information*. As causas crimes podiam ainda ser apresentadas a julgamento através da acusação directa do particular, designada por *appeal*, admitindo-se nelas a prova por combate judiciário. Este último procedimento foi abolido no ano de 1819, embora já tivesse caído em desuso há

Aquela decisão tinha como consequência a apresentação do acusado diante do *grand jury*, composto no mínimo de doze e no máximo de vinte e três jurados, que deliberava em segredo e por maioria de pelo menos doze votos sobre se tinha lugar o julgamento do suspeito.³³³ Em caso afirmativo, seguia-se o julgamento do acusado pelo *petty jury*, composto de doze jurados, que decidia sobre a culpa do acusado.³³⁴

O pequeno júri decidia com base na prova produzida pela acusação e pela defesa³³⁵ na audiência e por unanimidade.³³⁶ O juiz registava sumariamente os

muito (William Blackstone, 1787: 301 a 312, J. D. Meyer, 1819 a: 228 a 232, 288 e 289, e 1822: 475 e 476, Cottu, 1822: 210 a 213, Anselm von Feuerbach, 1825: 349 e 350, 366 e 367, Carl Mittermaier, 1846: 153 a 168, Ernest Glasson, 1883 a: 579 a 582, Holdsworth, 1926: 229 a 244, e Karl Neumann, 1930: 13 e 14). A doutrina de língua portuguesa conhecia bem a organização judiciária e o processo penal ingleses (Francisco de Almeida, 1822: 18, Teixeira de Aragão, 1824: 34, Ferreira de Moira, 1826: n. II, pp. 10 e 11, e Paulo Midosi, 1867: 76). O primeiro autor criticava os poderes de arquivamento definitivo conferidos ao juiz de paz, propondo antes uma solução inédita, que viria mais tarde a ser recuperada na doutrina: a formação de um conselho de três ou cinco magistrados designados pelo poder executivo, que ficavam impedidos de intervir no julgamento e tinham competência apenas para instruir a causa e prender o suspeito (Francisco de Almeida, 1822: 75).

³³³ O papel desempenhado pelo *grand jury* foi declinando ao longo do século XIX, à medida que se reforçaram os poderes de investigação do juiz de paz, se alargou a produção de prova às testemunhas da defesas e se permitiu a interferência do acusado e do seu defensor na inquirição das testemunhas de acusação, tendo o *Indictable Offences Act* de 1848 consagrado esta tendência e transformado o juiz de paz de instrutor do caso da acusação em juiz preliminar equidistante em relação às partes (Manchester, 1980: 230, Beattie, 1986: 319 a 326, Cornish e Clark, 1989: 612, e David Taylor, 1998: 112, 113 e 117).

³³⁴ A característica essencial do modelo judiciário inglês residia nesta garantia do acusado de que não podia ser acusado e condenado por um crime grave sem o voto unânime de pelo menos vinte e quatro dos seus iguais, que representava também a consagração do princípio da acusação (*So tender is the law of England of the lives of the subjects, that no man can be convicted at the suit of the king of any capital offence, unless by the unanimous voice of twenty-four of his equals and neighbours*, William Blackstone, 1787: 306). Na doutrina de língua portuguesa, Francisco de Almeida, 1822: 16 e 17, Teixeira de Aragão, 1824: 38, e Ferreira de Moira, 1826: n. II, pp. 38 e 39). Quer os jurados do *petty jury* quer os do *grand jury* eram escolhidos de entre os locais que tivessem determinados rendimentos provenientes da terra por um oficial da administração local nomeado anualmente pelo rei, o *sheriff* (Cottu, 1822: 44 e 45). A escolha do jurado por um representante do poder executivo constituía, aliás, a segunda crítica fundamental que Francisco de Almeida fazia à organização do júri inglês, propondo o autor a eleição dos jurados pelo povo (Francisco de Almeida, 1822: 95). Diferentemente, Ferreira de Moira (1826: n. II, pp. 47 e 48, 61 e 62) considerava que a escolha do *sheriff* devia ser substituída por um sorteio.

³³⁵ A defesa não se encontrava, no entanto, em posição de igualdade perante a acusação, existindo desde tempos antigos quatro graves limitações da sua posição processual. O réu era sujeito à *penance forte et dure* se recusasse submeter-se ao julgamento pelo júri e não respondesse às perguntas do juiz sobre o modo como pretendia defender-se, o que acontecia com os acusados pela prática de *felonies* ou de traição, que deste modo evitavam a perda dos bens da família para a coroa no caso de condenação. Esta tortura, que o réu tinha de suportar até à morte se não cedesse, não constituía, no entanto, um meio de obtenção de prova no caso de ele aceitar o julgamento pelo júri. A prática da *penance forte et dure* foi abolida em 1772. Por sua vez, o silêncio do réu acusado de alta traição e de *misdeemeanors* e, a partir de 1772, também do réu acusado de *felonies* era equiparado a uma confissão (*guilty plea*), tendo-se esta equiparação mantido até à sua proibição em 1827. A posição processual do réu era ainda agravada pela proibição da assistência de um advogado nos processos por *felonies*, com a excepção do crime de alta traição, e da possibilidade de o réu prestar depoimento ajuramentado, tendo aquela proibição sido afastada em 1836 e esta em 1898 (William Blackstone, 1787: 324 e 329, J. D. Meyer, 1819 a: 259 e 268, Gaetano Filangieri, 1840: 340, e Carl Mittermaier, 1845: 503 e 504, e 1846: 259 e 281 e 282, e Ernest

depoimentos das testemunhas enquanto as partes conduziam a inquirição, proferindo um resumo final sobre os factos e o direito aplicável.³³⁷

O veredicto dos jurados a favor do acusado era inatacável, podendo o juiz apenas convidar os jurados a reformá-lo ou representar ao rei as suas dúvidas sobre a má fé de algum dos jurados, no caso em que suspeitasse dela. O veredicto desfavorável podia ser impugnado junto da *King's Bench Division*, que ordenava a subida dos autos com total discricionariedade.³³⁸ Caso o *writ of error* fosse admitido, a *King's Bench Division* podia determinar a repetição do julgamento diante de um novo júri quando o veredicto fosse contrário às provas ou pudesse ter sido influenciado por um resumo

Glasson, 1883 a: 583, 587, 588, 590 a 592, e 1883 b: 778 e 779, Beattie, 1986: 337 e 338, 343 a 347, 356 a 362, e Cornish e Clark, 1989: 562). Acresce que, em regra, o suspeito que devia ser julgado pelo tribunal de júri aguardava o julgamento sob prisão ordenada pelo juiz de paz, que poderia durar até três meses quando fosse julgado na próxima *quarter session* ou até seis meses quando fosse julgado na *assize* seguinte, sendo admissível a prestação de caução apenas no julgamento de *misdemeanors* (Cottu, 1822: 39, Friedrich Stein, 1907: 20, 21 e 57, Beattie, 1986: 281 a 283, 288 e 309, Corbish e Clark, 1989: 561, e Peter King, 2000: 45 e 95).

³³⁶ Ao invés do princípio da “íntima convicção” (*intime conviction*) introduzido no direito europeu depois da revolução francesa, o princípio da livre convicção no direito inglês conjugava-se com as “regras da prova” (*rules of evidence*), que se fundavam “na caridade da religião, na filosofia da natureza, na verdade da história e na experiência da vida comum” (*in the charities of religion, in the philosophy of nature, in the truth of history and in the experience of common life*). Estas regras de valoração da prova, que se foram condensando sobretudo ao longo do século XVIII, impunham-se aos jurados apenas pela força da autoridade moral e argumentativa das indicações do magistrado. Assim, as *rules of evidence* afastavam-se do sistema de prova tarifada, mas constituíam simultaneamente um limite à arbitrariedade do juízo dos jurados, sobretudo na apreciação da prova testemunhal. A rejeição da regra *testis unus testis nullus*, salvo nos casos de traição, do valor probatório da mera opinião, da prova de “ouvir dizer” (*hearsay*), do depoimento não corroborado de um cúmplice arrependido e não acusado e da confissão pré-judicial conseguida por meios fraudulentos constituíam algumas das mais significativas regras deste direito probatório, tendo sido gradualmente suprimidas as particularidades desfavoráveis do regime probatório dos processos pelo crime de traição (William Blackstone, 1787: 356 a 360, Anselm von Feuerbach, 1825: 459 a 467, Carl Mittermaier, 1846: 549 a 551, Ernest Glasson, 1883 a: 147 a 149 e 593, e 1883 b: 787 e 788, e Holdsworth, 1926: 205 a 218, Beattie, 1986: 363 a 372, e Peter King, 2000: 223 a 228).

³³⁷ Cottu, 1822: 92 e 94, e, entre nós, Francisco de Almeida, 1822: 25, Teixeira de Aragão, 1824: 49, e Paulo Midosi, 1867: 83. O primeiro autor criticava a influência exercida por este meio pelo juiz sobre os jurados (Francisco de Almeida, 1822: 108), ao invés do terceiro, que a considerava uma garantia da boa decisão dos jurados (“com um bom juiz não há jurado mau”, Paulo Midosi, 1867: 23, e, já anteriormente, Rebello de Carvalho, 1832: 31 e 32). Sobre as modalidades deste resumo e a sua força jurídica, Karl Binding, 1915 a: 124 a 126, que concluía que são “os grandes juizes ingleses que mantêm o júri e não ele que se mantêm a si próprio”. Também a doutrina anglo-saxónica sempre considerou o resumo como “a parte vital do julgamento pelo júri”, reconhecendo expressamente que ele constitui uma “limitação informal” da função do jurado (Patrick Devlin, 1966: 116 e 124, e Sharpe, 1984: 37).

³³⁸ O veredicto podia consistir apenas na declaração de culpa do acusado (o *general verdict*) ou na declaração da verificação de determinado facto, sem que se decidisse sobre se ele constituía delito (o *special verdict*). Este veredicto tinha lugar quando os jurados tinham dúvidas sobre a questão de direito e deixavam a decisão da qualificação do facto como crime ao tribunal. O júri podia ainda dar um veredicto parcial (*partial verdict*), julgando provado um crime menos grave contido no âmbito do crime acusado, o que constituía, aliás, uma tática muito frequente para mitigar a severidade da lei penal conhecida pela *jury nullification* (William Blackstone, 1787: 362, Jacques Raiga, 1913: 9, e Patrick Devlin, 1966: 88, Beattie, 1986: 407, e Peter King, 2000: 242 e 355).

tendencioso do juiz, pela admissão de provas que deviam ter sido rejeitadas ou pela rejeição de provas que deviam ter sido admitidas.

Além desta prática, o juiz que presidia ao julgamento de uma *assize* podia, quando tivesse dúvidas sobre a questão de direito, suspender a prolação ou mesmo a execução da sentença proferida de acordo com o veredicto e consultar officiosamente o colégio dos doze juizes de Westminster. Este colégio de magistrados, mais tarde designado pelo *Court of Crown Cases Reserved*, só opinava sobre a questão de direito, mas excepcionalmente podia apresentar o caso ao rei, quando entendesse que o veredicto era contrário à prova, com vista à concessão do perdão ao réu.³³⁹

Na lei processual portuguesa o princípio da acusação obtinha uma realização quase perfeita, melhor do que a do direito inglês, atendendo à competência judicativa e à liberdade de decisão do júri e ao deferimento da promoção dos termos da acusação em julgamento a um novo magistrado, o agente do Ministério Público, o que libertava o juiz do exercício dessa função. A observância daquele princípio era somente prejudicada no julgado que fosse cabeça de comarca, onde o juiz de direito que tinha proferido a pronúncia elaborava a decisão de direito e determinava a pena. Nos restantes julgados, o juiz ordinário dirigia o processo preparatório, proferia a pronúncia e presidia à audiência de ratificação da pronúncia, mas não participava no julgamento das causas que competia ao júri conhecer.

O princípio da imediação, ao invés, não era imposto na nova lei nacional. Não obstante a fixação da presença obrigatória do réu em audiência de julgamento no

³³⁹ A divisão da *aula regis* pelo rei Eduardo I em três tribunais superiores, a *King's Bench Division* para as causas criminais, a *Common Pleas* para as causas cíveis e o *Court of Exchequer* para as causas fiscais, o surgimento e o alargamento da actividade cassatória da *King's Bench* e dos outros tribunais superiores e a formação do colégio de magistrados no *Sergeant's Inn* foi o fruto de uma longa evolução costumeira, que só foi reconhecida pelo legislador com a aprovação do *Crown Cases Reserved Act*, em 1848. Este diploma estabeleceu o recurso sobre questões de direito para o colégio dos magistrados dos três tribunais superiores, consagrando um meio de impugnação complementar do *writ of error* que só podia fundar-se nas formalidades registadas no processo. Só com o *Criminal Appeal Act* de 1907, que criou o *Court of Criminal Appeal*, foi definitivamente reconhecido um amplo direito de impugnação de facto das decisões condenatórias de um tribunal de júri, com fundamento em que o veredicto não era razoável (*unreasonable*), não podia ser sustentado atendendo à prova (*cannot be supported having regard to the evidence*) ou constituía um erro de apreciação (*a miscarriage of justice*), bem como o direito de impugnação da pena, embora neste caso se admitisse a *reformatio in pejus* da decisão recorrida (J. D. Meyer, 1819 a: 141 a 146, Cottu, 1822: 111 a 119, Carl Mittermaier, 1846: 558 a 561, e 1852: 646 a 648, Ernest Glasson, 1883 a: 121, 122, 300 a 302, 499 a 502, 520 e 521, Jacques Raiga, 1913: 20 a 38, Karl Neumann, 1930: 19 e 20, Patrick Devlin, 1966: 75 a 80, Manchester, 1980: 180 a 187, e Cornish e Clark, 1989: 619 a 623). A doutrina de língua portuguesa conhecia esta evolução do sistema de recursos inglês (Francisco de Almeida, 1822: 27, Teixeira de Aragão, 1824: 53, e Paulo Midosi, 1867: 86 e 87).

processo ordinário, o regime de leitura das peças do processo no início da audiência permitia que o júri fundasse a sua convicção em prova produzida fora da audiência de julgamento e na fase secreta do processo. O aproveitamento desta possibilidade pelos jurados, que se reflectia em termos práticos na formação de pré-juízos sobre a prova pelos jurados, conjugava-se, por um lado, com o ideal afrancesado da liberdade “íntima” dos jurados para motivar a sua decisão como bem entendessem, inclusivamente com os elementos do processo preparatório,³⁴⁰ e constituía, por outro, um instrumento poderoso de influência da valoração da prova produzida em audiência de julgamento pela actividade instrutória secreta do juiz singular. Sendo certo que este efeito perverso era diminuído pela publicidade do processo depois da pronúncia e pela plena contraditoriedade da audiência de julgamento, onde o réu podia inquirir as testemunhas ouvidas na instrução e impugnar a sua credibilidade, a pretensão do legislador liberal de implantar o modelo judiciário inglês em Portugal revelava-se, contudo, contraditória. O legislador conferia aos jurados uma liberdade mais ampla do que a dos seus congéneres ingleses, esquecendo que estes julgavam de acordo com as *rules of evidence* e sob a tutela de um juiz, que as transmitia aos jurados e sindicava a sua observância por estes. O legislador importava um modelo inglês, mas distorcendo-o pela adopção de um princípio afrancesado de liberdade total da convicção dos jurados.

A consagração das novas garantias do processo na primeira instância justificavam a fixação do princípio da taxatividade dos recursos e a redução muito significativa dos meios de impugnação ordinária das decisões finais e interlocutórias, proibindo-se mesmo o agravo de injusta pronúncia em face da introdução da audiência de ratificação de pronúncia e afastando-se como proscritos do foro os embargos, os agravos de instrumento e de petição e o benefício de restituição.

O legislador consagrava apenas dois graus de jurisdição quando o tribunal de primeira instância tivesse absolvido o réu e três graus quando tivesse condenado o réu, não definindo os termos em que seria admissível o recurso de revista e os poderes do Supremo Tribunal de Justiça no julgamento das revistas.

³⁴⁰ Este foi também desde sempre o entendimento da doutrina portuguesa. O princípio da livre convicção fixado no texto da Reforma Judiciária e nos que se lhe seguiram foi sempre interpretado com a máxima amplitude, não se encontrando sequer limitado pelo princípio da imediação. Assim, a convicção dos jurados podia resultar ou das “provas dos autos, ou das provas externas, que tenham alcançado como particulares”, (Duarte Nazareth, 1886: 270, e Caeiro da Matta, 1911 b: 11) concluindo-se mesmo que “o júri não é adstrito à prova, julga por ela, contra ela, ou sem ela” (António Macieira, 1914: 58).

A tutela da posição processual do réu pelo tribunal de recurso era reforçada pela obrigatoriedade do recurso de todas as sentenças condenatórias proferidas em processo ordinário fora da alçada do tribunal recorrido e pelo regime muito amplo das nulidades. Contudo, o grave défice na realização do princípio da imediação não era compensado no tribunal de segunda instância, que não sindicava a decisão sobre a matéria de facto e tinha poderes de natureza estritamente cassatória. Os amplos poderes anulatórios do tribunal de recurso, se usados com respeito pelo objecto estrito do recurso, só permitiriam o controlo da regularidade da produção da prova, mas não o da suficiência da prova.

O legislador liberal consagrava, pois, um regime de recursos, que embora compatível com os preceitos da Carta sobre os graus de jurisdição, retomava afinal a doutrina fixada na Constituição de 1822 no tocante aos poderes restritos do tribunal de segunda instância.

Na forma de processo para julgamento das contravenções mais graves, a citação directa do réu pelo ofendido assegurava a observância do princípio da acusação, enquanto a possibilidade de julgamento à revelia do réu, sem a garantia de qualquer defesa ulterior, representava uma violação do princípio da imediação. A irrecorribilidade das decisões proferidas nesta forma de processo, que podiam impor a prisão efectiva, constituía um gravame insuportável, com origem na doutrina da constituinte vintista da irrecorribilidade das sentenças proferidas pelos magistrados singulares no julgamento dos “delitos leves”, mas sem paralelo no direito francês que serviu de fonte da legislação nacional neste ponto concreto e limitado da regulamentação do julgamento das contravenções mais graves.

A regulamentação da forma de processo para julgamento das contravenções menos graves teve na sua base o disposto no § 73, do Título 65 do Livro I e no Título 87 do Livro V das Ordenações Filipinas, que previam um processo verbal, sumário e contraditório para aplicação de coimas por violação de posturas municipais. O novo juiz pedâneo sucedia ao antigo juiz das vintenas, com a mesma competência para prender os delinquentes e julgar, sem recurso, as transgressões de posturas locais puníveis com coimas até determinado montante.

Esta reforma foi inicialmente aplicada apenas nos Açores. Após a tomada do Porto pelo partido liberal, D. Pedro IV criou na cidade um tribunal extraordinário, de

composição mista, civil e militar, com competência criminal, que pouco tempo duraria, sendo substituído pelo recém-reconstituído Tribunal da Relação do Porto.³⁴¹ No meio da convulsão política e militar, a reforma judiciária foi aplicada com limitações, designadamente, no que respeitava aos jurados.³⁴²

A reforma viria a ser completada com a publicação de três diplomas fundamentais, um sobre a organização e a competência do Supremo Tribunal de Justiça,³⁴³ o outro sobre a criação dos tribunais de polícia correcional e de uma forma de processo especial para julgamento dos crimes de polícia e o terceiro sobre a regulamentação da forma de processo especial para julgamento dos crimes de imprensa.

O Decreto de 19.5.1832 regulamentou a acção de nulidade, que restringiu aos casos de suborno, peita, peculato ou concussão dos juizes ou dos jurados,³⁴⁴ e o recurso de revista, que cabia quando se verificasse a preterição de formalidade prevista nas leis do reino com essa cominação ou desconformidade da sentença com a disposição literal das leis do reino, constituindo a exigência da literalidade da interpretação das leis do reino o tribunal supremo na obrigação de “com mão de ferro cassar todas as decisões, que se lhe apresentem, quando fundadas em esquivas interpretações de nossos reinicolas”.³⁴⁵

O Supremo tinha o poder de anular o processo, parcial ou totalmente, consoante a fase processual em que tivesse ocorrido a nulidade processual, ou de anular a sentença no caso de desconformidade desta com as leis do reino e, num caso como no

³⁴¹ No seu lugar próprio serão objecto de estudo os diplomas de criação e extinção daquele tribunal extraordinário.

³⁴² Afonso Costa, 1899: 193.

³⁴³ No âmbito da reforma da organização judiciária, o governo aboliu posteriormente o Tribunal da Casa da Suplicação pelo Decreto de 30.7.1833, o Real Conselho de Marinha pelo Decreto de 2.8.1833, o Desembargo do Paço por um decreto do dia seguinte, o Conselho da Real Casa e Estado das Rainhas e a Junta da Sereníssima da Casa de Bragança e da Sereníssima Casa do Infantado pelo Decreto de 9.8.1833, o Tribunal da Mesa da Consciência e Ordens pelo Decreto de 16.8.1833, o Tribunal da Legacia Apostólica pelo Decreto de 23.8.1833, o Tribunal do Conselho Ultramarino pelo Decreto de 30.8.1833, o Juízo da Conservatória da Universidade pela Portaria de 23.5.1834 e o Tribunal do Conselho de Guerra e o Conselho Militar de Justiça pelo Decreto de 1.7.1834. Depois desta verdadeira *revolutio* legislativa subsistiam apenas as conservatórias dos ingleses, dos espanhóis, dos franceses, dos italianos e dos alemães.

³⁴⁴ O comentador das leis de organização do Supremo Tribunal de Justiça, Machado Ferraz, exprimiu opinião favorável à restrição dos fundamentos da acção de nulidade, pois “esta acção, depois que se estabeleceu o recurso de revista como meio ordinario de justiça, era inutil, e prejudicial” (Machado Ferraz, 1844: 40).

³⁴⁵ Machado Ferraz, 1840: 10. Sobre o teor restritivo da previsão legal, que vedava o controlo da desconformidade da sentença com o espirito da lei ou da aplicação manifestamente errada de lei ou do

outro, o processo era julgado de novo por um tribunal diferente do recorrido, mas com igual categoria. Não cabia segunda revista em caso algum.

A doutrina acusou esta lei de ser “errónea”, “injurídica” e “inconstitucional”, por esvaziar de conteúdo o poder jurisdicional do tribunal *ad quem*, permitindo que o tribunal *a quo* fizesse valer em definitivo a sua doutrina e denegasse o julgado do tribunal superior,³⁴⁶ e por instituir verdadeiros juízos comissários vedados constitucionalmente.³⁴⁷

A lei nova aproximava-se quer da tradição jurídica nacional quer da legislação francesa então vigente, pois vedava ao Supremo Tribunal o conhecimento directo da causa, atribuindo a este tribunal um poder de cassação estrito, o poder de conhecer “da má applicação da lei sem se intermetter no mal julgado”,³⁴⁸ mas respeitando a liberdade dos juízes do tribunal inferior de julgarem como bem entendessem a causa, tal como nas Ordenações os desembargadores do Paço acatavam a informação dos desembargadores da Casa da Suplicação.³⁴⁹

Por outro lado, o legislador liberal conhecia a experiência francesa pós-revolucionária e deixou-se influenciar por ela. Se o artigo 2 do Decreto de 27.11.1.12.1790 da assembleia constituinte francesa enunciava genericamente a violação das formas processuais e a contravenção expressa ao texto da lei como os fundamentos de admissibilidade do recurso,³⁵⁰ o *Code d' Instruction*, que previa a interposição para a

cometimento de algum defeito substancial que viciasse o julgado, Afonso Costa, 1903: 210, Alberto dos Reis, 1909: 183, Chaves e Castro, 1910: 162, e Eduardo de Sousa Monteiro, 1932: 101.

³⁴⁶ O contemporâneo que mais veementemente contestou esta particularidade do diploma de 1832 foi Ferreira Borges na sua obra “Das Fontes, Especialidade e Excellencia da Administração Commercial segundo o Codigo Commercial Portuguez”, de 1835, em especial a páginas 22 e 23. Mais tarde, a doutrina criticou unanimemente a inexistência de segunda revista, pois esta transformava o Supremo em uma espécie de “corpo consultivo”, em uma instituição “inutil”, impedida de conseguir o seu objectivo principal, que era o da uniformização da jurisprudência (Costa e Simas, 1843: 7, Eduardo Alves e Sá, 1888: 55 e 103, Afonso Costa, 1903: 210, Dias da Silva, 1903: 739, Alberto dos Reis, 1909: 183, e Chaves e Castro, 1910: 162).

³⁴⁷ Ferreira Borges, 1835: 92.

³⁴⁸ Machado Ferraz, 1844: 11. O paralelo entre a doutrina da lei nova e a do § 2, do Título 75 do Livro III, das Ordenações, que constituía “um exemplo da sabedoria dos nossos antigos legisladores, que em muito devemos apreciar”, já tinha sido estabelecido pelo autor no comentário ao diploma de 1832 (Machado Ferraz, 1840: 17 e 18).

³⁴⁹ Melio e Carvalho, 1843: 48, e Machado Ferraz, 1844: 29 e 31.

³⁵⁰ O referido artigo 2º reza assim: “Ele anulará todos os processos nos quais as formas tenham sido violadas, todo o julgamento que contiver uma contravenção expressa ao texto da lei. Sob nenhum pretexto e em caso algum, o Tribunal de Cassação poderá conhecer do fundo dos casos” (*Il annullera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. Sous aucun prétexte et un aucun cas, le Tribunal de cassation ne pourra connaitre du fon des affaires*). No modo de ver dos constituintes franceses, a instituição de um tribunal de

Cour de Cassation do recurso das sentenças condenatórias proferidas em processo com intervenção de júri e das sentenças proferidas em última instância em processo de polícia ou correcional, admitia mais restritivamente como fundamentos para o *pourvoir en cassation* as nulidades expressamente previstas no *Code*, a incompetência e o excesso de poder, a omissão de pronúncia sobre as petições das partes para o exercício de uma faculdade ou de um direito fixados pela lei, ainda que a lei não cominasse com a sanção da nulidade a omissão da formalidade cuja execução tivesse sido requerida,³⁵¹ e a violação ou a aplicação incorrecta da lei.³⁵²

cassação constituía, não tanto um meio de uniformização da jurisprudência, mas uma garantia imprescindível da divisão estrita de poderes, pois o recurso de cassação devia sancionar apenas as intromissões do poder judicial no âmbito da competência do poder legislativo. Por outro lado, o mecanismo do *référé législatif* ou *référé facultatif* visava prevenir aquelas mesmas intromissões, na medida em que permitia ao órgão legislativo resolver qualquer dúvida colocada pelos tribunais sobre a interpretação de uma lei (J. D. Meyer, 1822: 417, Piero Calamandrei, 1920: 422 a 425, 433 e 434, 442 a 448, Gabriel Marty, 1929: 59 a 62, e Wilfried Küper, 1967: 44 a 56). O sentido da previsão legal de 1790 era o de que o tribunal “não devia indagar sobre o modo de ser da relação jurídica controversa, mas apenas sobre o modo de ser da sentença pronunciada sobre essa relação” (Piero Calamandrei, 1920: 459), devendo facultar a cassação apenas com fundamento nos “erros de direito mais flagrantes e mais grosseiros, em violações da lei tão formais que impliquem quase uma rebelião do juiz contra a regra legal”, razão pela qual o tribunal não podia cassar a decisão recorrida se se tratasse de uma mera interpretação inexacta da lei (Gabriel Marty, 1929: 65). A competência da *Cour de Cassation* foi posteriormente esclarecida pelo legislador constituinte. O artigo 20 do título III do capítulo V da Constituição de 1791 e, depois dele, o artigo 99 da Constituição de 1793, o artigo 255 da Constituição do ano III e o artigo 66 da do ano VIII já só mencionavam a contravenção expressa à lei, admitindo, pois, a mera violação do espírito da lei como fundamento do recurso. As Cartas de 1814 e de 1830 omitiram qualquer disposição expressa sobre a competência do tribunal de cassação, tal como as Constituições de 1848 e de 1852 e as leis constitucionais de 1875. Embora a *Cour de Cassation* não tivesse outra competência além daquela que o *Conseil des parties* dispunha no seio do *Conseil du Roi*, a supressão dos Parlamentos, a obrigação de motivação das decisões, o movimento de codificação e as novas atribuições do Ministério Público no âmbito dos recursos contribuíram para o reforço da autoridade moral da *Cour de Cassation* e para a alçar a uma posição no sistema judiciário francês que o antigo *Conseil* nunca teve (J. D. Meyer, 1822: 420 a 428, Faustin Hélie, 1867 c: 346 a 348, e Albert du Boys, 1874 a: 281).

³⁵¹ A jurisprudência alargou o âmbito desta causa de nulidade, nela incluindo a omissão de quaisquer formalidades substanciais, isto é, “cuja necessidade resultasse implicitamente do fim perseguido pelo legislador ao prescrever a formalidade”, e considerando verificada a nulidade se o cumprimento da formalidade não resultasse dos autos (Francisque Goyet, 1926: 347 e 348). Esta evolução da jurisprudência correspondeu a uma transformação da natureza inicial do tribunal de cassação, que gradualmente deixou de ser um órgão político de censura das ofensas do poder judicial ao princípio da separação de poderes para se tornar em um remédio judicial contra as irregularidades do processo (Piero Calamandrei, 1920: 489 a 491, e Gabriel Marty: 1929: 68 a 70).

³⁵² O texto dos artigos 410, 429 e 434 do *Code* só implicitamente suponha a incorrecta aplicação da lei como fundamento da cassação (Gabriel Marty, 1929: 76 e 77). Com base em uma jurisprudência do *Conseil du Roi*, o legislador imperial consagrou a doutrina da “pena justificada” (*peine justifiée*) no artigo 411 do *Code* para os processos crimes e no artigo 414 para os processos correctionais e de polícia. As disposições legais permitiam a confirmação parcial da decisão recorrida, quando se verificasse erro na citação da lei aplicada, mas a pena aplicada fosse a adequada. Este teoria foi sendo ampliada pela *Cour de Cassation*, de acordo com o entendimento de que o preceito legal constituía apenas uma aplicação de um princípio mais amplo, o princípio segundo o qual “onde não há interesse não há acção” (*pas d'intérêt, pas d'action*). Esta tendência da jurisprudência daquele tribunal firmou-se sobretudo a partir da decisão das câmaras reunidas de 30.3.1847, que alargou o âmbito da competência do tribunal aos casos em que a

A *Cour* só tinha poderes cassatórios, anulando no todo ou em parte o processo ou o julgado. Após a primeira cassação, o segundo julgado da instância podia ainda ser impugnado nos termos do disposto na Lei de 16.9.1807, para os quais remetia o artigo 440 do *Code*.³⁵³ Depois da publicação desta lei, ainda veio a ser aprovada a Lei de 30.7.1828, que estabeleceu o julgamento definitivo pelas secções reunidas do segundo tribunal de reenvio, não se admitindo um terceiro recurso de cassação, mas apenas a comunicação ao rei do litígio, que devia propor na sessão seguinte uma lei interpretativa. Foi esta lei francesa de 1828 que serviu de modelo ao legislador

decisão impugnada fosse válida por força de uma disposição da lei que o juiz tivesse ignorado. Assim, a praxe da *Cour de Cassation* passou a incluir não só os erros de qualificação cometidos na qualificação da infracção imputada a um mesmo réu, na definição do título de responsabilidade pessoal e na identificação dos elementos típicos do crime, procedendo a *Cour* a uma “substituição parcial e encoberta” dos motivos da decisão, como também incluía os erros cometidos na valoração de diversas infracções imputadas a um mesmo réu, considerando a *Cour* irrelevante o erro de qualificação cometido em relação a uma das infracções sempre que a pena aplicada fosse justificada pelas restantes infracções, mesmo quando estas infracções tivessem natureza e gravidade diversas daquela. A doutrina defendeu pareceres opostos sobre o sentido da evolução e a legitimidade desta teoria, sopesando os autores diferentemente, por um lado, as vantagens práticas decorrentes do reforço da autoridade do juízo de culpa recorrido e da circunstância de se contornarem deste modo as dificuldades da qualificação jurídica e, por outro lado, a interferência do tribunal de cassação na apreciação da questão de facto e a não ponderação do interesse do recorrente na correcta qualificação jurídica dos factos pelos quais foi condenado (Marcel Gelin, 1922: 49, 173 e 211, Faustin Hélie, 1887 d: 467 a 469, René Garraud e Pierre Garraud, 1928: 356 a 364, 380 a 386, Donnedieu de Vabres, 1947: 860 e 861, e Jacques Boré, 1985: 950 a 960, 967 a 969).

³⁵³ A lei de 1807 foi o terceiro diploma de regulamentação desta questão publicado desde a constituinte. O artigo 21 da Lei de 27.11-1.12.1790 determinou que competia ao corpo legislativo, através da votação de um “decreto declarativo da lei” (*décret déclaratif de la loi*), proceder à interpretação da lei depois de duas cassações, tendo um terceiro tribunal decidido no mesmo sentido dos dois primeiros. Este sistema, conhecido pela designação de *référé obligatoire*, constituía uma solução de compromisso da teoria radical da proibição da interpretação da lei pelos juizes com a realidade, reservando o controlo da interpretação concreta da lei, decorrente da aplicação errónea da mesma, ao tribunal de cassação e a interpretação abstracta, decorrente de uma obscuridade da própria lei, ao corpo legislativo, presumindo-se a necessidade desta última quando se verificassem três impugnações com os mesmos fundamentos (Jean-Pierre Royer, 1996: 266 e 267). Contudo, esta solução ligava intimamente a sorte da decisão judicial ao processo legislativo, atrasava a solução dos litígios e permitia a interferência de critérios políticos na decisão das causas. Em face destes vícios graves, o sistema foi substituído pelo do artigo 18 da Lei de 27 *ventôse* do ano VIII (17.3.1800), que previa que o tribunal de cassação decidisse da interpretação da lei com as secções reunidas se, depois de uma primeira cassação, a segunda decisão fosse impugnada com os mesmos fundamentos. A lei nada previa para o caso de o terceiro tribunal a que fosse remetida a causa não se conformar com a decisão do tribunal de cassação, na suposição de que a autoridade das secções reunidas daquele alto tribunal fosse bastante para uniformizar a jurisprudência. Esta regulamentação foi observada pelos tribunais inferiores até que em 1807 uma *cour d' appel* rejeitou a interpretação do tribunal de cassação. Na sequência deste incidente, a Lei de 16.9.1807 fez renascer o *référé législatif* e, com ele, a interferência do poder executivo no judicial, atribuindo à *Cour de Cassation* a faculdade de solicitar antes da prolação da sua segunda decisão a interpretação do Conselho de Estado e impondo mesmo o *référé* no caso de a *Cour de Cassation* não o ter solicitado e o segundo tribunal de reenvio ter mantido a opinião do tribunal de instância precedente. Os *avis* do Conselho de Estado tinham em qualquer dos dois casos força vinculativa no âmbito do processo, mas não constituíam fonte de direito em toda a ordem jurídica, nos termos do parecer daquele próprio Conselho de 27.11.1823 (Édouard Bonnier, 1853: 218 a 221, e Piero Calamandrei, 1920: 472 a 475, 520 a 522, e Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 286, 287, 445 a 448).

português em 1832.³⁵⁴

A discussão em torno da questão do objecto do recurso de revista e dos poderes do Supremo Tribunal de Justiça tornou-se ainda mais acesa com a publicação no ano seguinte do Código Comercial.

O artigo 1116 do Código Comercial de 1833 previa como fundamentos para o recurso de revista, além da decisão dada “contra a determinação de lei expressa”, a injustiça notória, “provando-se do ventre dos autos manifesta violação das formas substanciaes do processo”. Ao Supremo Tribunal de Justiça era atribuída competência para reduzir à expressa determinação da lei o julgado dado contra a lei expressa,³⁵⁵ disposição que foi julgada inconstitucional, tendo os conselheiros recusado julgar as causas em que tivessem concedido a revista.³⁵⁶

A discussão doutrinária em torno desta questão só terminou em 1835. O Decreto de 7.5.1835 esclareceu o disposto no artigo 1116 do Código Comercial em harmonia com os artigos 125 e 131 da Carta, no sentido de que, verificando-se a concessão de revista, o Supremo designaria para elaboração da nova sentença, uma das Relações, que conheceria a causa em segunda e última instância, não sendo permitido ao Supremo conhecer logo do mérito da causa.³⁵⁷

A reforma da organização judiciária e do processo penal ficou completa com a publicação do Decreto de 12.12.1833, que criou uma nova forma de processo, a de polícia correcional, e instituiu novos magistrados de polícia correcional em Lisboa e Porto, sendo nas restantes comarcas as suas competências exercidas pelo juiz de direito

³⁵⁴ Tal como em Portugal, também em França foi criticado o sistema de preponderância dos tribunais de apelação sobre o tribunal de cassação, que estabelecia uma “verdadeira anarquia” e representava a “porta aberta ao estabelecimento de jurisprudências diversas”, tolhendo “toda a seriedade e qualquer eficácia ao órgão de cassação” (Édouard Bonnier, 1853: 222, Piero Calamandrei, 1920: 523, e Gabriel Marty, 1929: 72).

³⁵⁵ Ferreira Borges, em uma edição por si anotada do Código Comercial, que se encontra na biblioteca da Ordem dos Advogados em Lisboa, identificou as fontes de cada artigo do código, mencionando leis nacionais e os códigos de várias nações estrangeiras e, em particular, da Inglaterra, da Espanha e da Prússia. Os artigos referentes aos recursos e, designadamente, o artigo 1116, não tinham qualquer menção a uma lei estrangeira ou nacional, tratando-se, pois, de disposições devidas exclusivamente à reflexão do autor.

³⁵⁶ Como decorre do preâmbulo do Decreto de 7.5.1835, os juizes conselheiros suspenderam “com grave prejuízo publico” o regular andamento das causas em que a revista tivesse sido concedida.

³⁵⁷ Este diploma foi vivamente criticado por Ferreira Borges, que apresentou publicamente uma “Representação e Protesto”. O autor não só lamentava o facto de não ter sido ouvido sobre a alteração do código de que era autor, como, salientando a natureza ordinária do recurso de revista, qualificava de absurdo “dar a um Tribunal inferior o direito de Contrajulgar a decisão d’ um Tribunal superior” (Ferreira Borges, 1835: 91).

nos julgados cabeça de comarca e pelos juizes ordinários nos respectivos julgados.³⁵⁸

O diploma fixava a competência destes magistrados para conhecer dos crimes puníveis com pena igual ou inferior a seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, ou com pena que a lei deixasse ao arbítrio do juiz, que se limitaria à anteriormente referida ou à pena de multa de 40.000 réis, e dos crimes até então processados pelos almotacés, cuja pena também se limitaria à de 20.000 réis de multa e à de vinte dias de prisão, e ainda das infracções das posturas camarárias.³⁵⁹

Também se fixava a competência dos juizes pedâneos para conhecer, sem recurso, dos crimes de polícia correcional puníveis com pena igual ou inferior a três dias de prisão ou multa de 3.000 réis e dos juizes ordinários para conhecer dos crimes de polícia correcional puníveis com pena superior.³⁶⁰ Embora o legislador distinguisse claramente entre as causas dos crimes de polícia e as causas de coimas e transgressões, não incluindo estas na definição legal daquelas, a regulamentação das causas de polícia julgadas pelos juizes pedâneos era feita por remissão para o regime aplicável no julgamento de causas de coimas por estes magistrados.

Assim, o novo decreto só em parte revogava as disposições de 1832, pois os juizes pedâneos continuavam a julgar as coimas e transgressões nos termos do processo previsto no artigo 27 da Reforma Judiciária, embora com uma nova alçada, bastante superior à anterior, julgando também os crimes de polícia correcional naqueles termos.

Por outro lado, os juizes ordinários e os juizes de direito julgavam, como anteriormente, as coimas e transgressões cuja pena importasse valor superior à alçada do juiz pedâneo,³⁶¹ mas nos termos previstos para o novo processo de polícia correcional e não, como faziam em face do Decreto de 1832, nos termos previstos para

³⁵⁸ Segundo Afonso Costa, estes magistrados de polícia correcional começaram o exercício das suas funções no dia 1.1.1834 e a reforma judiciária começou a ser aplicada em quase todo o país nesse ano (Afonso Costa, 1899: 200 e 202). Alguns anos depois, Corrêa Telles (1849: 269) já se queixava do abuso das funções destes magistrados, “procedendo correcionalmente por factos, que nunca forão crimes”. Esta era, aliás, uma queixa que se fazia ouvir há muito e decorria da indeterminação da lei penal (Manoel Salvador, 1821: 21).

³⁵⁹ O Decreto de 22.4.1834 procedeu ao alargamento das competências dos juizes de polícia correcional de Lisboa e Porto, cabendo-lhes a formação de todos os processos criminais até à pronúncia, com excepção dos processos que tivessem sido iniciados pelo juiz de direito.

³⁶⁰ A competência atribuída aos juizes pedâneos e aos juizes ordinários nas freguesias dos concelhos pertencentes aos distritos judiciais de Lisboa e do Porto pelo artigo 17 eram extensíveis aos magistrados das freguesias do resto do país pelo artigo 19, § único.

³⁶¹ As transgressões e coimas só poderiam ter pena até 20.000 réis de multa ou vinte dias de prisão, por força da equiparação, estabelecida pelo legislador, entre o regime de punição das infracções de posturas e o dos crimes até então processados pelos almotacés.

o julgamento das causas cíveis pelo juiz ordinário.

Como tribunal de segunda e última instância para conhecimento das sentenças condenatórias proferidas no processo de polícia correcional,³⁶² o legislador criou o Tribunal de Polícia Correccional,³⁶³ com composição diferenciada consoante as comarcas do país³⁶⁴ e com a particularidade de, nas cidades de Lisboa e do Porto e na província quando o magistrado de polícia correcional fosse o juiz de direito, servir de relator no tribunal de polícia correcional o próprio magistrado recorrido.³⁶⁵

O diploma reforçava consideravelmente o estatuto das magistraturas singulares, fossem elas de eleição popular ou não, atribuindo aos juízes pedâneos, além de uma competência contravencional acrescida, competência criminal. Esta inovação, só por si muito significativa, tinha um impacto redobrado, atenta a fixação de uma alçada para estes juízes nas causas crimes.

Também aos juízes ordinários e aos juízes de direito se atribuía uma competência criminal muito ampla, não só porque o próprio objecto do processo de polícia correcional era indefinido, mas porque estes julgadores podiam punir os crimes de polícia com pena até seis meses de prisão, o que constituía um aumento muito significativo da anterior competência fixada pelo legislador da Reforma Judiciária em

³⁶² O legislador não tinha previsto a hipótese do recurso de decisão absolutória (Corrêa Telles, 1940: 95 verso), aproximando-se neste ponto do regime de irrecorribilidade das decisões absolutórias proferidas pelo juiz de paz no processo de polícia do *Code d' Instruction* (artigo 172). Ao invés, no processo correcional, a lei francesa previa a recorribilidade das decisões absolutórias (artigo 206).

³⁶³ Este tribunal inspirava-se no tribunal correcional instituído pelo legislador francês. O tribunal correcional foi logo estabelecido pela Lei de 19-22.7.1791, variando a sua composição consoante as localidades. Este tribunal tinha competência para julgar determinados delitos que, “sem merecer pena aflagante ou infamante, perturbavam a sociedade e dispunham ao crime” (*sans mériter peine afflictive ou infamante, troublent la société et disposent au crime*), puníveis, alguns deles, com pena igual ou inferior a dois anos de prisão. O artigo 233 da Constituição do ano III e o código de 3 *brumaire* do ano IV alargaram o âmbito da competência deste tribunal a todos os delitos que fossem puníveis com pena superior a três dias de trabalho ou de prisão, mas inferior a dois anos de prisão. O legislador imperial quis manter esta opção, atribuindo ao tribunal correcional competência para julgar as apelações interpostas das decisões condenatórias proferidas pelos magistrados singulares, os juizes de paz, em causas de contravenções e para julgar em primeira instância todos os delitos cuja pena abstracta excedesse cinco dias de prisão ou quinze francos de multa e que não fosse aflagante nem infamante (Faustin Hélie, 1867 b: 445 a 448, Ortolan, 1875: 396 e 397, e Le Sellyer, 1875: 42 a 44).

³⁶⁴ O Tribunal era composto pelos três magistrados de polícia correcional na cidade de Lisboa, pelo magistrado de polícia correcional e por dois juizes de direito na cidade do Porto e, nas restantes comarcas, pelo juiz de direito e por dois aspirantes à magistratura.

³⁶⁵ Esta particularidade foi objecto da crítica de Corrêa Telles (1940: 96). Deste modo, só na província e quando o juiz recorrido era um juiz pedâneo ou um juiz ordinário não fazia parte da composição do tribunal de recurso o próprio juiz recorrido. Esta particularidade era importada do direito francês (artigo 127 do *Code*), embora nele fosse consagrada no processo ordinário e em uma outra fase processual, a da indiciação e não a de julgamento.

cinco dias de prisão.³⁶⁶

A este aumento da competência das magistraturas singulares correspondeu também a fixação de uma regra de irrecorribilidade das decisões proferidas no julgamento dos crimes de polícia correcional distinta da vigente para os restantes crimes. Esta nova regra diferia da anterior a dois títulos, sendo fixada em função da pena concreta determinada na decisão recorrida e do estatuto do magistrado prolator da decisão. Assim, a regra violentíssima da irrecorribilidade das decisões proferidas em processo para julgamento de crimes puníveis com pena de prisão até seis meses cedia agora o lugar à regra da irrecorribilidade das decisões condenatórias até três dias de prisão proferidas pelo juízes pedâneos, até dez dias de prisão proferidas pelos juízes ordinários e até um mês de prisão proferidas pelos magistrados de polícia ou pelos juízes de direito em processo de polícia correcional.

A nova forma de processo de polícia caracterizava-se pela sua rapidez.³⁶⁷ O processo preparatório era reduzido ao registo da queixa ou da participação em um auto de corpo de delito, mediando entre a feitura deste e a audiência de julgamento “pelo menos” quarenta e oito horas (artigo 10, § 2).³⁶⁸

A audiência iniciava-se com a leitura do auto de corpo de delito³⁶⁹ e a prova

³⁶⁶ A consagração destas novas opções políticas, tão desconformes com o modelo judiciário radical consagrado na Reforma Judiciária do ano anterior, ficou a dever-se aos ensinamentos recolhidos da experiência da aplicação da Reforma nos Açores e à intervenção do ministro da fazenda do governo liberal, José da Silva Carvalho, que foi encarregado interinamente neste período da pasta dos negócios eclesiásticos e da justiça.

³⁶⁷ Sobre a natureza especial do processo de polícia discutiu-se na doutrina. Duarte Nazareth (1853: 251) considerava esta forma de processo especial, tal como o processo militar, o processo contra os ausentes e o processo por crimes de contrabando e descaminho. Ao invés, Dias da Silva (1903: 767) e Marnoco e Souza (1907: 108 e 109) dividiam o processo comum em processo ordinário ou de querela, processo sumário ou de polícia e processo de coimas. Os processos especiais seriam os previstos nos artigos 1026, 1030 e 1031, 1228 a 1249, 763 a 792, no CJM, no Decreto de 18.2.1847 e em outros diplomas.

³⁶⁸ A lei francesa fixava o prazo de “pelo menos” três dias entre o dia da citação do réu e o do julgamento no processo correcional (artigo 184) e o prazo de “pelo menos” 24 horas no processo de polícia (artigo 146). O legislador português escolheu o meio termo, o que se concilia, como se verá melhor adiante, com a sua opção de fundo de misturar estas formas de processo.

³⁶⁹ A previsão do artigo 190 do *Code d' Instruction* da leitura no início da audiência de julgamento dos relatórios e dos autos instrutórios, que tivessem tido lugar na informação prévia, tinha um âmbito mais amplo do que o da lei portuguesa, permitindo a realização de diligências de prova na informação prévia e o seu aproveitamento integral na audiência de julgamento. A doutrina francesa reconhecia, por essa razão, que o princípio da imediação e o da oralidade tinham um “carácter menos rigoroso diante dos tribunais correcionais” do que no tribunal de júri, em face da faculdade, que a lei mesma consentia, de os juízes fundamentarem a sua convicção nos depoimentos de testemunhas faltosas prestados na fase de constatação do ilícito e informação prévia (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 610 e 619). As diferenças entre a legislação nacional e a francesa no que respeita à concretização daqueles princípios na forma de processo correcional residiam ainda em dois outros pontos cruciais, na faculdade de o suspeito

produzida em julgamento não era registada,³⁷⁰ restringindo-se o objecto do recurso para o Tribunal de Polícia Correccional à revisão da decisão de direito.³⁷¹ O tribunal

se fazer representar sempre que o delito não fosse punível com prisão (artigo 185 do *Code*) e no julgamento *par défaut* do réu citado que não comparecesse à audiência em processo correccional, que podia deduzir a sua oposição formal ao julgado, dentro de cinco dias após a notificação da decisão na sua pessoa ou no seu domicílio, acrescidos de um dia por cada cinco miriâmetros de distância do seu domicílio à sede do tribunal (artigo 187 do *Code*). A doutrina francesa criticava as deficiências desta defesa e, sobretudo, a escassez do prazo de defesa do réu condenado em penas que podiam ir até cinco anos de prisão (Faustin Hélie, 1867 b: 712 e 713). A Lei de 27.6.1866 veio consagrar a possibilidade de o condenado pela prática de delitos deduzir oposição em qualquer momento até à prescrição da pena, quando a notificação não tivesse sido feita na sua pessoa ou resultasse dos autos que o réu não tinha tido conhecimento da notificação. Acresce que a jurisprudência da *Cour de Cassation* era muito favorável ao réu condenado, quer ampliando o prazo extraordinário da lei de 1866 às condenações em matéria de polícia, quer permitindo a oposição do réu que tivesse comparecido detido ou voluntariamente, mas não se tivesse defendido activamente sobre o mérito da causa durante a produção da prova e a discussão da causa na audiência de julgamento, por considerar que em qualquer um destes casos o julgamento não tinha decorrido de forma contraditória (Faustin Hélie, 1867 b: 393 a 396, 697 e 698, Francisque Goyet, 1926: 352 e 353, René Garraud e Pierre Garraud, 1928: 23 a 26, 57 a 65, mas, criticando esta jurisprudência, Donnedieu de Vabres, 1929: 120).

³⁷⁰ Ao invés, na lei francesa a prova produzida neste tribunal era registada nos termos restritivos previstos para o processo de polícia e para o processo correccional (*leurs principales déclarations*, artigos 155 e 189), tendo a Lei de 13.7.1856 determinado que a prova passasse a ser registada integralmente no processo correccional. O propósito desta alteração legislativa foi o de evitar, na medida do possível, a deslocação das testemunhas ouvidas pelo tribunal correccional à *Cour d' Appel*, aquando da realização do julgamento da apelação correccional (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 622 e 623, e Joseph Depeiges, 1928: 392).

³⁷¹ Na lei francesa, o objecto do recurso e os poderes do tribunal de recurso na forma de processo correccional eram consideravelmente mais amplos. As partes podiam interpor recurso da decisão do tribunal correccional do *arrondissement* para o da capital do departamento e, nas causas pendentes neste, para o da capital do departamento vizinho e, a partir da Lei de 13.7.1856, uniformemente para a *cour d' appel*, então ainda designada por *cour impériale*. A concepção subjacente ao sistema de recursos inicial, que era uma decorrência do princípio revolucionário da igualdade, transformava os tribunais do mesmo grau em tribunais de recurso uns dos outros, mas não provou bem na prática, tendo sido afastada, pois, por um lado, a unidade da jurisprudência ficava seriamente prejudicada quando os mesmos factos pudessem ser julgados em última instância por um tribunal superior ao da causa, como acontecia no tribunal de *arrondissement*, ou por um tribunal do mesmo grau do tribunal da causa, como acontecia no tribunal do departamento, e, por outro, a garantia da apelação só se encontrava verdadeiramente assegurada quando o tribunal *ad quem* fosse de grau superior ao tribunal *a quo*. Acresce que as dificuldades de deslocação em 1856 já não eram as mesmas do início do século (J. D. Meyer, 1822: 396 a 400, e Faustin Hélie, 1867 b: 456 e 457). O tribunal de recurso julgava os factos de novo, podendo confirmar ou reformar a decisão recorrida (artigo 211 do *Code d' Instruction*). A doutrina e a jurisprudência entendiam que a lei não impunha a obrigatoriedade da renovação da prova pelo tribunal de recurso, mas também não vedava a produção de nova prova por este tribunal, que não podia ser indeferida com fundamento em não ter sido apresentada na primeira instância (René Garraud, 1909: 35 e 36, e 1915: 186 e 187, 458 e 459, e Bourdeaux, 1931: 144). Contudo, o receio de Faustin Hélie da frustração do fim do recurso de apelação decidido apenas com base na prova escrita (Faustin Hélie, 1867 b: 458) era justificado, tendo-se efectivamente esvaziado a garantia do duplo grau de jurisdição em matéria de facto com o novo sistema, pois o julgamento da apelação na *Cour d' Appel* era “quase sempre” fundado na mera leitura dos depoimentos registados na primeira instância. Deste modo, o princípio da imediação e o da oralidade foram praticamente afastados do julgamento em segunda instância das causas correccionais e de polícia, razão pela qual a doutrina concluía que “a apelação consiste em levar o caso do juiz bem informado ao juiz mal informado” (René Garraud, 1909: 37, Rauol de la Grasserie, 1914: 617 e 717, Donnedieu de Vabres, 1929: 20 e 121, e Rached, 1942: 231 e 232).

conhecia em definitivo e podia apenas confirmar ou revogar o julgado recorrido.³⁷² A interposição de recurso tinha o efeito de colocar o réu em custódia preventiva sempre que ele tivesse sido condenado em pena de prisão ou de degredo para fora da comarca, não podendo o réu livrar-se da custódia com a prestação de fiança nem lhe sendo imputado o tempo da custódia sofrido na pendência do recurso na pena definitiva.³⁷³

A estrutura sumária e verbal do processo de polícia correccional pouco tinha em comum com a do processo ordinário.

O legislador fundiu em uma nova forma processual duas formas distintas da lei francesa,³⁷⁴ mantendo, contudo, a especialidade da forma de processo para julgamento de contravenções diante dos juízes pedâneos. A forma de processo de polícia correccional era um misto de processo de polícia, em que se julgavam as *contraventions de police*, e de processo correccional, em que se julgavam os *délits correctionnels*, incluindo, como estas, no seu âmbito de aplicação os novos crimes correccionais e as contravenções de polícia que ultrapassassem a alçada dos juízes pedâneos.

Esta amplitude da previsão legal gerou mesmo uma reacção crítica da doutrina e do Supremo Tribunal de Justiça, que deu lugar a uma interpretação restritiva do âmbito desta forma de processo às *contraventions de police*, considerando a doutrina

³⁷² O artigo 14 só concedia ao tribunal de recurso a faculdade de proferir ou sentença absolutória ou sentença confirmativa da decisão recorrida. Aliás, tendo em atenção esta limitação, o legislador da Novíssima Reforma Judiciária já consagrou expressamente a possibilidade de o tribunal de recurso modificar a decisão recorrida, designadamente no tocante à pena fixada.

³⁷³ A custódia preventiva teve nos artigos 206 e 207 do *Code d' Instruction* a sua fonte. A diferença residia em que a lei portuguesa não admitia a recorribilidade da decisão absolutória proferida em processo de polícia correccional e a francesa não só admitia a interposição de recurso das decisões absolutórias proferidas em processo correccional, como fixava o efeito suspensivo da soltura do réu nestes recursos. O efeito suspensivo da soltura do réu absolvido só foi suprimido no direito francês pela Lei de 14.7.1865, mantendo-se intocado o da custódia preventiva nos recursos de decisões condenatórias interpostos por réus que já se encontrassem detidos à data de decisão. No entanto, o artigo 24 do *Code Pénal*, depois da revisão de 1832, previa a imputação na pena definitiva da detenção sofrida desde o dia de julgamento ou da prolação da decisão no caso em que só Ministério Público tivesse interposto recurso e no caso em que o réu tivesse recorrido e o tribunal de recurso tivesse reduzido a sua pena, sendo esta disposição interpretada pela doutrina no sentido da sua aplicabilidade quer às decisões condenatórias da *cour d' assises* quer do tribunal correccional (Adolphe Chaveau, 1832: 148). Só com a Lei de 15.11.1892 o direito francês foi modificado no sentido da imputação facultativa da detenção preventiva sofrida antes do julgamento, como melhor se verá adiante.

³⁷⁴ A doutrina considera que a nova forma de processo constituía uma nova versão do antigo processo sumário (Dias da Silva, 1899: n. 1422, p. 18, e 1903: 766, Marnoco e Souza, 1907: 106 e 107, Caeiro da Matta, 1919: 32, e Eduardo Correia, 1947: 34). A tese defendida no texto é a de que esta nova forma de processo não tem raízes no direito português, tendo sido importada do direito francês. A forma de processo para julgamento das transgressões de posturas e regulamentos municipais pelo juiz pedâneo, essa sim, sucedeu à forma de processo sumário prevista nas Ordenações para julgamento das transgressões.

que só os ilícitos que ofendessem “directamente a sociedade” e, portanto, com natureza contravencional, deviam ser processados desta forma e não os crimes e os delitos.³⁷⁵

O Supremo Tribunal de Justiça reagia com razão: as garantias processuais resultantes da regulamentação desta nova forma de processo ficavam aquém das da lei francesa, quer na primeira quer na segunda instância. Se, por um lado, se mantinha a distinção das funções de promoção dos termos da acusação e de julgamento na audiência, em que também intervinha o agente do Ministério Público,³⁷⁶ por outro, o mesmo juiz julgava sozinho depois de ter considerado o corpo de delito bastante para a abertura da fase de julgamento, bem ao contrário do processo correccional francês, que consagrava a citação directa do réu pelo ofendido ou pela autoridade pública acusadora e o julgamento da causa correccional por um tribunal colectivo.³⁷⁷ Assim, o princípio da acusação obtinha uma realização menos perfeita no diploma de 1833 quer em face da legislação portuguesa do ano anterior quer em face da legislação francesa coeva, que o tinha inspirado.

Ao invés, a realização do princípio da imediação, que beneficiava da natureza restrita do auto de corpo de delito e da coincidência da instrução da causa com o seu julgamento, bem como da presença necessária do réu, era melhor conseguida no diploma de 1833 do que na lei portuguesa do ano anterior e no código francês.

³⁷⁵ Teixeira Guedes, 1845: 107 e 108. Este autor informava que este era ainda o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça no ano de 1844. Contra esta doutrina se pronunciou logo Duarte Nazareth (1853: 252).

³⁷⁶ A doutrina restritiva entendia que a promoção do castigo pelo Ministério Público e a sua necessária presença na audiência de julgamento permitiam a conclusão de que “a mente do legislador fôra, que só as infracçoens de policia sam processadas deste modo” (Teixeira Guedes, 1845: 111).

³⁷⁷ Ao lado da citação directa, a lei francesa admitia uma outra forma de instauração de uma causa correccional, a do reenvio dos autos de processo preparatório para esta forma de processo determinado pelo juiz de instrução. A jurisprudência admitia ainda uma terceira forma de *saisine* do tribunal correccional, que era a da comparência voluntária das partes, com base na aplicação analógica da forma de proceder perante o tribunal de policia prevista no artigo 147 do *Code* (Faustin Hélie, 1867 b: 526, e René Garraud, 1915: 385). Só na modalidade do reenvio podia colocar-se a questão da incompatibilidade do exercício das funções instrutória e de julgamento no mesmo processo. Este princípio, que já estava fixado pelo artigo 257 do *Code*, no âmbito dos processos julgados pelo júri, veio a ser consagrado como princípio geral do processo penal pela Lei de 8.12.1897. Embora fosse conhecida uma recomendação do ministro da justiça de 12.5.1842, no sentido de que nos tribunais com várias câmaras, o juiz de instrução devia, na medida do possível, pertencer à câmara que não julgasse as causas correccionais, e a doutrina já antes de 1897 considerasse a regra da incompatibilidade como uma “regra de conveniência”, que devia levar o juiz de instrução a “abster-se” de intervir no julgamento correccional (Faustin Hélie, 1866 d: 74, Ortolan, 1875: 388 e 422, e Le Sellyer, 1875: 50), a jurisprudência decidiu uniformemente até 1897 no sentido da compatibilidade do exercício das duas funções (Bernard Bouloc, 1965: 387, e Jean Pradel, 1990: 69 e 70). Como resultava da circular do ministro da justiça francês de 10.12.1897, a lei nova visou resolver a querela, impondo definitivamente a observância do princípio da incompatibilidade nas causas correccionais (Bourdeaux, 1931: 89 e 96).

Se é certo que a lei portuguesa não permitia o recurso de decisões absolutórias, os agravos cometidos ao réu condenado em primeira instância não seriam facilmente corrigidos pelo tribunal de recurso, que procedia apenas a uma sindicância da decisão de direito, muito longe, também aqui, das garantias de uma verdadeira apelação, ampla e não limitada por qualquer alçada, e ainda de um recurso de cassação fixadas na lei francesa na forma de processo correccional. O gravíssimo prejuízo de o membro relator do tribunal de recurso ser o próprio juiz recorrido rematava um sistema deficiente de garantias de recurso.

Com o restabelecimento definitivo da ordem constitucional após a convenção de Évora-Monte, em 26 de Maio de 1834, além de ter sido reposta em vigor a Carta Constitucional em todo o país, foi D. Pedro confirmado na regência. Pouco tempo depois, a 24 de Setembro de 1834, faleceu o regente, tendo a sua filha entretanto sido declarada maior.

O reinado de D. Maria iniciou-se com a publicação de uma nova lei da imprensa, que constituía a terceira e última das medidas legislativas do governo liberal para complemento da Reforma Judiciária.

A Lei de 22.12.1834 estabeleceu um regime substantivo especial de punição dos crimes de imprensa. O critério de selecção dos jurados era mais exigente do que o da lei comum, sendo os jurados sorteados de entre os cidadãos que tivessem uma renda líquida de 300.000 réis em Lisboa, 250.000 réis no Porto e 200.000 réis no resto do país. O processo para julgamento destes ilícitos era também especial, consistindo em uma fase preparatória de inquirição de apenas três testemunhas, que terminava com a decisão de indiciação proferida por um júri composto por vinte e três jurados. A fase de julgamento processava-se diante de um outro júri, composto na forma prevista na Reforma Judiciária, que tinha competência para decidir da culpa e da pena.³⁷⁸

A gradual implementação em todo o país da Reforma Judiciária e da legislação extravagante a partir do ano de 1834 suscitou dificuldades de vária ordem,³⁷⁹ a que o

³⁷⁸ Castro Neto (1845: 202) considerava até que as perguntas que o artigo 25 mandava fazer ao júri eram matéria de direito.

³⁷⁹ Logo na primeira sessão ordinária das Cortes depois da restauração, o próprio Mouzinho da Silveira diria que “a lei de 16 de Maio era um sistema com dificuldades, mas era um sistema regular, e bom, ou mau, mas aonde tudo estava explicado, e prevenido; principiaram a fazer-lhes alterações, e de então por diante é impossível que alguém ali ache um sistema judiciário”, concluindo por isso que “ou se há-de recommençar a fazer um sistema novo, rejeitando a lei de 16 de maio, ou se hão-de cada vez achar maiores

governo ocorreu com a publicação de portarias de esclarecimento.³⁸⁰

As mais graves dificuldades resultavam, contudo, da própria reacção das populações às inovações legislativas. Confrontado com este dado novo, o legislador via “o cáhos a que estava reduzida a Legislação moderna, a qual, ainda que promulgada com as melhores intenções, se resentia do tempo, das circunstancias em que fora concebida, e do desejo, por ventura immoderado, que tinha havido de introduzir na Legislação Patria um systema de legislação estranha, que se não compadecia com o Direito Civil do Reino, com os nossos usos, e com os nossos costumes”.³⁸¹ A constatação da “indiferença, com que o Povo ainda olha para as delicadas funcções, a que é chamado no importante ramo da administração da Justiça”,³⁸² levou o legislador a ensaiar uma alteração da organização judiciária, mantendo, no entanto, a Reforma Judiciária em vigor. Esta iniciativa tinha o propósito político de proceder a uma redistribuição das competências entre o juiz de direito e as magistraturas populares.

Na Lei de 28.2.1835 o legislador procedeu à organização judicial do território continental, dividindo-o em dois distritos de Relações e em julgados de primeira instância, cujo número máximo poderia variar entre 120 e 130.

embaraços, isto é da natureza das cousas” (Diário da Câmara dos Senhores Deputados, I^a Legislatura depois da Restauração, 1835, p. 741). Estas declarações revelam claramente que o diploma de 1832 foi concebido e redigido como uma unidade completa, a que era estranha a nova legislação de 1833. O desencanto do autor da Reforma Judiciária não se limitava à organização dos tribunais de primeira instância, incluindo a das Relações: “a confusão que existe agora sobre a lei de 16 de Maio, e o descontentamento pelo pouco expediente não é culpa dos desembargadores, porque é impossível dar conta de tantas demandas, e não é falta proveniente da lei de 16 de Maio, porque das demandas novas dava-se conta, mas das velhas é impossível” (Diário da Câmara dos Senhores Deputados, I^a Legislatura depois da Restauração, 1835, pp. 733 e 734).

³⁸⁰ Além da portaria de 14.1.1834, sobre a publicidade da votação e a fundamentação das decisões nos tribunais superiores, e da de 21.6.1834, sobre a cessação do direito de os juizes presidirem às câmaras, e ainda da de 9.7.1834, ordenando a remessa imediata de todas as causas que não fossem puramente espirituais, no estado em que se encontrassem, para o foro civil, o governo interveio neste período, como se referiu já, em uma matéria envolta em acesa polémica, a da competência do Supremo Tribunal de Justiça à sombra da nova lei comercial.

³⁸¹ Nestes termos se pronunciava, no preâmbulo do projecto da Nova Reforma Judiciária, a Comissão que foi nomeada para reforma do direito novo (Silva Ferrão e outros, 1836: 6). Machado Ferraz (1840: 29) não era menos incisivo na crítica dos “calamitosos tempos d’ uma legislação, tão multiplicada e incoherente”. A incoerência resultava do facto de que “temos leis antigas e muitas, temos infinita legislação nova, dependente d’ um novo sistema, e tão imperfeita, que além de nolo não apresentar clareza, traz referencias ao antigo, que a torna complicada infinitamente”.

³⁸² Silva Ferrão e outros, 1836: 6. O ministro da justiça Ferraz de Vasconcellos também apontou no relatório que antecedia a proposta de reforma apresentada à Câmara dos Deputados na sessão de 23.1.1835 como principais causas que obstavam à aplicação efectiva da reforma a falta de participação popular na formação dos júris e a deficiente divisão judiciária, que tornava impraticável a deslocação do juiz de direito a todos os julgados, por vezes mais de sessenta em uma só comarca, para neles presidir às

Na sequência daquela lei, o Decreto das Cortes Gerais de 13.4.1835,³⁸³ procedeu a uma nova regulamentação das competências do juiz de direito “para melhor execução do Decreto de 16.5.1832”, atribuindo-lhe competência para preparar os processos crimes e os cíveis, quando estes excedessem 12.000 réis em bens de raiz ou 24.000 em bens móveis, sendo as causas que não excedessem estes montantes julgadas por “árbitros nomeados directamente pelas partes, ou indirectamente e á sua revelia pelos juizes eleitos” (artigo 1).³⁸⁴

Procedia-se deste modo a uma reforma radical, a extinção dos juizes ordinários, com consequências muito significativas na estrutura do processo penal. O motivo da extinção dos juizes ordinários teria sido o aferro que ao Antigo Regime continuavam a mostrar os povos que deviam eleger os juizes ordinários,³⁸⁵ optando o legislador pela substituição destes por um juízo arbitral necessário nas causas cíveis.³⁸⁶

Nas causas crimes fixava-se não só o princípio da competência alternativa do juiz de direito e do seu substituto, o juiz eleito, para a instrução dos processos,³⁸⁷ como também o princípio da exclusividade da competência do juiz de direito e dos jurados para a realização do julgamento de todas as causas crimes, mantendo-se apenas a competência conciliatória do juiz de paz e a competência contravencional do juiz eleito.³⁸⁸ Entre o juiz de direito e o júri, a competência criminal dividia-se nos termos

audiências gerais (Diário da Câmara dos Senhores Deputados, I^a Legislatura depois da Restauração, 1835, p. 69).

³⁸³ O decreto foi sancionado pela Carta de Lei régia de 30.4.1835.

³⁸⁴ A proposta de decreto foi apresentada pelo próprio ministro da justiça na já referida sessão de 23.1.1835. A respectiva discussão começou na sessão de 26.3 e terminou na de 6.4. Naquela sessão, Mouzinho da Silveira manifestou-se contra a supressão dos juizes ordinários e apoiou a criação de juizes com alçada nas pequenas causas cíveis, invocando a indignação dos povos por lhes terem tirado “os juizes do pé da porta” e temendo “que se envenene o estabelecimento dos jurados se for mal montado, e que os povos se desgostem deles” (Diário da Câmara dos Senhores Deputados, I^a Legislatura depois da Restauração, 1835, pp. 677 e 678).

³⁸⁵ Afonso Costa, 1899: 205, e Alberto dos Reis, 1909: 84. Na discussão na Câmara dos deputados, o ministro da justiça justificou a medida com o argumento de que os juizes ordinários eram inconstitucionais, o que mereceu a viva contestação dos deputados Leonel Tavares e Silva Sanches (Diário da Câmara dos Senhores Deputados, I^a Legislatura depois da Restauração, 1835, pp. 738, 739 e 745). A Câmara aprovou a doutrina do ministro.

³⁸⁶ A inovação não foi, contudo, bem entendida, tendo a Portaria de 11.3.1836 esclarecido o sentido da lei. Só não convindo as partes na escolha dos árbitros, podiam os juizes eleitos nomeá-los á sua revelia.

³⁸⁷ A Portaria de 23.3.1836 veio esclarecer que o juiz substituto tinha competência para instruir quaisquer processos.

³⁸⁸ O juiz pedâneo foi substituído para todos os efeitos da lei pelo juiz eleito, tendo este passado a exercer também a competência contravencional daquele, como esclareceu a Portaria de 25.1.1836. Tendo-se colocado dúvidas sobre se o Decreto de 12.12.1833 tinha revogado a competência do juiz pedâneo para conhecer das coimas, fixada na Reforma Judiciária, o governo veio esclarecer que aquele decreto não revogou esta Reforma, mantendo-se aquela competência nos juizes eleitos, que tinham substituído o juiz

fixados pelo Decreto de 1833, cuja vigência neste ponto não tinha sido prejudicada pela iniciativa legislativa das Cortes.³⁸⁹

A abolição dos juizes ordinários colocava, no entanto, dois novos problemas resultantes da concentração no juiz de direito das competências criminais preparatórias e de julgamento atribuídas ao juiz ordinário pela Reforma Judiciária e pelo Decreto de 12.12.1833: por um lado, antevia-se desde logo uma imensa sobrecarga de trabalho para o juiz de direito e, por outro, punha-se com grande premência a questão da própria compatibilidade da estrutura do processo penal com o princípio da acusação.

Para resolver estes problemas o legislador determinou que os juizes de direito não fizessem as audiências gerais do seu julgado, de modo a que o juiz que preparava o processo não interviesse no julgamento com jurados.³⁹⁰ Com o propósito de garantir eficácia plena a esta norma, fixou-se um regime de substituição do juiz de direito nos impedimentos e ausências, nos termos do qual os juizes eleitos substituiriam os juizes de direito durante a instrução dos processos e os juizes de direito do mesmo círculo se substituiriam entre si, por turno, para ir fazer as audiências gerais.

Destarte, realizava-se, a par de uma profunda alteração da organização judiciária, uma não menos significativa reforma do processo penal, consubstanciada na separação radical do exercício das funções de instrução e de julgamento pelo juiz de direito em todos os processos relativos a crimes com pena igual ou superior a seis meses de prisão. Ao invés, nas causas de polícia correccional a competência era concentrada no juiz de direito.

A concretização desta lei deparou, também ela, com grandes dificuldades. Por um lado, nem os jurados nem os substitutos dos juizes de direito foram eleitos em

pedâneo. Mais tarde, surgiram também dúvidas sobre a alçada dos juizes eleitos, tendo o governo esclarecido a questão, através da Portaria de 10.10.1836, no sentido de que os juizes eleitos tinham a alçada fixada aos juizes pedâneos pelo Decreto de 16.5.1832 e legislação posterior.

³⁸⁹ A manutenção da competência do juiz de direito para julgar as causas de polícia correccional fora das audiências gerais resultava da circunstância de a lei só dispor sobre o julgamento das causas na audiência geral. Aliás, a ressalva da competência e do processo correccionais foi confirmada pelo disposto nos artigos 2 e 3, §§ 1 e 2 do Decreto de 10.12.1836, ao que acresce que já anteriormente a Portaria de 23.1.1836 tinha firmado a doutrina de que os juizes substitutos não podiam presidir às audiências de polícia correccional.

³⁹⁰ A supressão dos juizes ordinários dependia inteiramente desta inovação, constituindo esta nova regra de competência um meio alternativo aos juizes ordinários para assegurar o princípio da acusação, como afirmou o deputado Leonel Tavares (Diário da Câmara dos Senhores Deputados, I^a Legislatura depois da Restauração, 1835, pp. 678 e 746).

muitos círculos do país.³⁹¹ Por outro, a divisão judicial excessivamente larga resultante da reforma de 1835, conjugada com a extinção de uma magistratura judicial inferior que estava mais próxima das populações, causava graves incómodos às partes, aos jurados e às testemunhas que se tinham de deslocar à sede da comarca. As populações “não podiam accommodar-se com a longitude em que se achavam collocados os Juizes de Direito, e aos quaes todos tinham de concorrer para o despacho dos mais simples requerimentos”, sendo este incómodo ainda mais “agravante pelo habito contrario em que os Povos se achavam de terem, de seculos, a Justiça ao pé da porta”.³⁹²

Assim, ano e meio depois da sua publicação, o governo determinou a revogação parcial da Lei de 30.4.1835. Com efeito, em face da “accumulação de Processos em alguns Julgados” e “por não ser possível dar-se à execução desde já o systema completo da Reforma Judiciaria”, o Decreto de 10.12.1836 atribuiu competência aos juizes de direito para julgarem nos respectivos distritos todas as causas que não pertencessem ao tribunal de júri, sem esperarem pelas épocas de audiências gerais. O problema que se pretendia resolver era o das causas cíveis que se encontravam paradas por inoperância do juízo arbitral e dos juizes eleitos e o das que tinham de aguardar pela realização da audiência geral em Março, Junho e Outubro. As causas crimes que competia ao juiz de direito julgar sozinho eram-no em sessões diárias, com excepção de quintas, domingos e feriados.

Quer em face das referidas dificuldades, quer da reposição em vigor da Carta, o governo nomeou então, por Decreto de 27.11.1835, uma comissão, composta por Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, juiz da Relação de Lisboa, José Cupertino Aguiar Ottolini, ajudante do Procurador da Coroa, e Abel Maria Jordão Paiva Manso, advogado, para a formulação de um projecto de lei de organização judiciária e de reforma do processo civil e criminal. A composição da comissão foi alargada pelo Decreto de 11.12.1835 a Elias da Cunha Pessoa, juiz de direito, e Filippe Arnaud de Medeiros, advogado.

A comissão devia procurar remover os “defeitos e ommissões, que se encontram na Legislação novissima pela experiencia que da mesma se há feito assim no Archipelago dos Açores, como nesta Capital” de modo a fazer “chegar ao maior grau de

³⁹¹ Afonso Costa, 1899: 208 e 209.

perfeição possível a reforma Judiciária”.

A comissão apresentou os seus trabalhos em 8 de Julho de 1836, tendo apenas um dos membros, José Cupertino Aguiar Ottolini, votado “vencido quanto aos juizes ordinários, amplitude na prova de testemunhas, e emolumentos dos juizes”.³⁹³ O projecto da comissão foi logo publicado sob o título de “Projecto de reforma sobre organização judiciaria e ordem do processo civil e criminal”.

Dois meses depois, eclodiu a revolução setembrista. O governo revolucionário repôs em vigor, pelo Decreto de 10.9.1836, a Constituição de 1822 e promulgou dois diplomas, o Decreto de 29.11.1836 e o de 13.1.1837,³⁹⁴ com base nos trabalhos publicados pela comissão referida. Estes Decretos, que dispunham sobre a divisão judicial do território e a reorganização dos tribunais, o primeiro, e sobre o processo civil e criminal, o segundo, deram lugar àquela que ficou conhecida como a Nova Reforma Judiciária.

A iniciativa legislativa do governo teve o significado muito relevante de, pela primeira vez, se ter aprovado uma reforma da organização judiciária e do processo penal comum em coordenação com uma reforma da organização judiciária e do processo penal ultramarinos, consagrada nos Decretos de 7.12.1836 e de 16.1.1837, e com uma reforma da organização judiciária e do processo penal militares, consagrada no Decreto de 9.12.1836.

Os trabalhos da comissão não foram, contudo, os únicos, tendo nos anos trinta surgido as propostas de reforma legislativa de Silvestre Pinheiro Ferreira e Giovanni Carmignani.

3. Os Projectos de Ordenações para o Reino (1831), o Projecto

³⁹² Era também uma constatação da comissão revisora da Reforma Judiciária (Silva Ferrão e outros, 1836: 7).

³⁹³ A 9.3.1836, o ministro da justiça apresentou nas Cortes umas “Synopsis e Bazes do Projecto de organização judiciária, pedindo a discussão destas Bazes como aquellas de que depende o desenvolvimento regulamentar da mesma Organização”. As bases já continham as opções fundamentais da comissão no que respeitava à organização dos tribunais e das magistraturas, por um lado, e à estrutura do processo, por outro. Trata-se do primeiro documento sistemático de revisão global da Reforma Judiciária, que surgiu antes ainda do projecto da comissão apresentado publicamente quatro meses depois. As bases encontram-se no Arquivo Histórico da Assembleia da República.

de Código Geral (1834) e o Projecto de Código Político (1838) de Silvestre Pinheiro Ferreira

Após ter procedido a uma crítica sistemática da Carta ³⁹⁵ e ter concluído que esta era inexequível por falta de leis orgânicas, Silvestre Pinheiro Ferreira, que também foi deputado às Cortes, propôs-se compor “um systema de leis organicas destinadas a crear as instituições que a mesma carta indica, e alem dessas, as que nos pareceram as mais proprias e indispensaveis para se poderem pôr immediatamente em actividade todas as disposições daquelle nosso novo pacto social”. ³⁹⁶

Publicado em 1831, o “Projecto de Leis Orgânicas” tinha, pois, por “principal objecto o pôr em execução aquella carta, tal qual ella se acha sancionada”, ³⁹⁷ não sem que o autor procurasse simultaneamente “corrigir com as disposições, que propomos para a organização, os defeitos que havemos notado na constituição”. ³⁹⁸ No ano seguinte, o autor, confessando que “outro e mui diverso teria sido o nosso Projecto, se a primeira condição a que tinhamos de satisfazer, não fosse de subordinar o systema das leis organicas, que nos incumbîramos de redigir, ao systema semi-constitucional da carta, a cuja execução ellas eram destinadas”, ³⁹⁹ elaborou um “Projecto de Reforma das Leis Fundamentaes e Constitutivas da Monarquia”, em que se propunha criar um código

³⁹⁴ Os dois Decretos foram sancionados pela Lei de 27 de Abril de 1837.

³⁹⁵ A crítica da Carta, que foi publicada nas Observações sobre a Constituição do Imperio do Brasil e a Carta Constitucional do Reino de Portugal, de 1831, e reproduzida na exposição do Projecto d' Ordenações, de 1831, fundava-se nos princípios gerais do direito constitucional publicados no *Cours de Droit Public Interne e Externe*, de 1830.

³⁹⁶ Sobre a acção e o pensamento político deste autor, José Esteves Pereira, 1974: 5 a 24, 43 a 119, e Maria Nizza da Silva, 1975: 89 a 137. Esteves Pereira salienta o repúdio de Silvestre Pinheiro pelo vintismo revolucionário, mas também pelo miguelismo radical, revelando-se um “representante da moderação política”. Maria Nizza aponta a concepção restritiva da teoria da soberania do povo e o princípio da representação como constituindo as duas bases essenciais do discurso doutrinário de Pinheiro Ferreira, com detrimento voluntário de uma concepção igualitária radical como base da organização social. Os princípios da independência do poder político, da eleição para todos os cargos públicos, da responsabilidade de todos os funcionários e da publicidade de todos os actos políticos representavam o desenvolvimento daquelas duas condições iminentes do discurso e os fundamentos estruturantes da nova sociedade “constitucional”.

³⁹⁷ Pinheiro Ferreira, 1831 c: 436

³⁹⁸ Pinheiro Ferreira, 1831 b: IV e V. Deste projecto o autor veio, mais tarde, ainda a dizer que “aquelle nosso trabalho, subordinado ao plano da carta, não era nem podia ser mais do que um systema de transição, como a mesma carta” (1834 b: IX).

que correspondesse a um verdadeiro sistema constitucional, sem as limitações decorrentes da Carta, e, por isso, mais próximo das doutrinas do seu *Cours de Droit Public Interne e Externe*.

A quase total identidade dos projectos de 1831 e 1832, designadamente no que toca às disposições sobre a administração da justiça e ao processo civil e penal, permitiu a inserção de ambos em uma mesma obra intitulada “Projectos de Ordenações para o Reino de Portugal”.⁴⁰⁰

O projecto de Pinheiro Ferreira de 1831-1832 previa a existência de seis instâncias, as Casas de Relação, os juízos de corregedoria, as ouvidorias, as conservadorias, as auditorias e os juízos de paz, correspondendo a uma divisão judiciária do país que se sobrepunha à divisão administrativa em províncias, comarcas, cantões, distritos, municípios e bairros.⁴⁰¹ Todo o projecto assentava, no tocante à organização judiciária, no princípio fundamental de que a justiça devia ser administrada ao cidadão “com maior promptidão, na maior proximidade da sua residência, e com o menor sacrifício do seu tempo e interesses”,⁴⁰² tendo este princípio directa repercussão na teoria da competência e dos recursos.

Em cada bairro, havia um juiz de paz, com competência para tratar as causas de primeira e inferior alçada, isto é, os crimes puníveis com pena até três dias de prisão ou multa no valor de quinze dias de rendimento do réu, com recurso de apelação para a auditoria do município e agravo para a ouvidoria do cantão.⁴⁰³

O juízo de auditoria, com sede em cada município, tinha competência para conhecer das causas de primeira e inferior alçada, tanto por acção nova, como por apelação dos juízes de paz, admitindo as suas decisões apelação para as conservadorias do distrito e agravo para as ouvidorias do cantão.

O juízo de conservadoria, com sede em cada cabeça de distrito, tinha

³⁹⁹ Pinheiro Ferreira, 1832 a: VIII.

⁴⁰⁰ A quase total identidade dos projectos de 1831 e 1832 justifica também o seu tratamento conjunto, com menção dos artigos do articulado do primeiro deles, salvo alguma razão especial para a menção do articulado do segundo.

⁴⁰¹ As vantagens desta divisão judiciária são descritas com minúcia no tomo I do Manual de 1834 (Pinheiro Ferreira, 1834 a: 242 a 244), desenvolvendo-se a ideia central da “justiça à porta do cidadão”.

⁴⁰² Pinheiro Ferreira, 1831 c: 449.

⁴⁰³ Enquanto no projecto de 1831 o juiz de paz acumulava as funções de presidente do juízo e de julgador da causa (Pinheiro Ferreira, 1831 b: 317), já no projecto de 1832 o mesmo magistrado acumularia as atribuições de presidente do tribunal e julgador da causa, mas com o concurso de jurados, quando as partes o requeressem (Pinheiro Ferreira, 1832 a: 265).

competência para conhecer das causas de segunda alçada, ou seja, os crimes puníveis com pena até um mês de prisão ou multa no valor de dezasseis dias a três meses de rendimento do réu, e das causas que por escolha das partes ou por apelação das auditorias a ele viessem.

A ouvidoria, com sede em cada cantão, tinha competência para conhecer das causas de terceira alçada, isto é, dos crimes puníveis com pena até um ano de prisão ou suspensão dos direitos políticos, seis meses de reclusão ou multa no valor de dois anos de rendimento do réu, das causas que por escolha das partes lhe viessem, bem como das apelações e dos agravos das auditorias e das conservadorias.

O juízo de corregedoria, com sede em cada comarca, tinha competência para conhecer das causas de quarta alçada, que incluíam os crimes puníveis com pena até três anos de prisão ou suspensão dos direitos políticos, de seis meses a dois anos de reclusão ou multa no valor de mais de dois anos a cinco anos de rendimento do réu, das causas que por escolha das partes lhe viessem, bem como das apelações e dos agravos das ouvidorias.

A Casa de Relação, com sede em cada província, tinha competência para conhecer das apelações e dos agravos das corregedorias e ainda das causas de quinta alçada, que tinham por objecto todos os crimes puníveis com penas superiores às da alçada inferior, não cabendo em caso algum apelação das suas decisões, mas apenas embargos e agravos deduzidos para a mesa de desagravo da casa e, em seguida, para a mesa de desagravo do Tribunal Supremo.

A organização interna de cada um destes tribunais assentava na distinção fundamental entre o presidente do tribunal, o “juiz legista” e o “juiz árbitro” ou jurado,⁴⁰⁴ competindo ao presidente o despacho corrente do processo e a fiscalização e direcção dos debates e ao juiz legista a elaboração do relatório sobre a matéria alegada e provada pelas partes na audiência de julgamento (“o que a cargo de um ou de outro, ou de ambos, o mesmo relator entender que se acha allegado e provado nos autos”, artigo 889), a informação dos jurados sobre a lei aplicável e os seus efeitos penais e a

⁴⁰⁴ Na Exposição, Pinheiro Ferreira procedeu a um estudo teórico das “diversas funções que concorrem a formar o processo criminal”, concluindo pela necessidade da separação de funções entre o juiz presidente do tribunal e o juiz legista de modo a que aquele dirigisse a produção da prova sem “tomar parte no intrinseco das causas, como se pratica no actual systema de juries”, e controlasse o desempenho do juiz legista no esclarecimento jurídico dos jurados (Pinheiro Ferreira, 1831 c: 393 e 394).

“concertação” com eles da sentença.

Em todos os graus de jurisdição intervinham os juízes árbitros ou jurados, embora variasse o seu número, três na primeira alçada, seis na segunda, nove na terceira, doze na quarta e dezoito na quinta. Admitia-se a existência de juris especiais para decidir de questões para as quais fossem necessários conhecimentos específicos de certa profissão.⁴⁰⁵ Os jurados decidiam sobre a matéria de facto e o grau da pena.⁴⁰⁶

A estrutura do processo penal caracterizava-se pela sua divisão em duas fases distintas, uma preparatória e outra de julgamento.

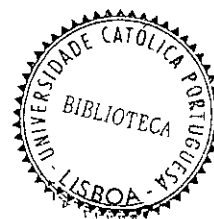
O processo iniciava-se com uma tentativa obrigatória de conciliação prévia no juízo de paz, que, fracassando, dava lugar à apresentação da querela, à nomeação dos jurados e ao exame do caso por estes em “concelho d’ averiguação”. Neste apenas as partes estavam presentes e alegavam, podendo ser ouvidas testemunhas se assim o entendesse algum dos jurados. Sendo produzida alguma prova, ela era registada. Esta audiência preliminar também tinha lugar nos casos em que o processo se iniciasse com devassa ou denúncia.⁴⁰⁷

Finda a audiência com um breve relatório do juiz legista, os juízes árbitros decidiam se tinha ou não lugar a acusação. A decisão negativa não obrigava o autor, que podia fazer seguir os autos diante dos mesmos juízes ou diante de outros, consoante requeresse ao presidente do tribunal, ficando, contudo, sujeito ao dobro da pena devida por calúnia em caso de inocência do réu.

A fase de julgamento começava com a apresentação de articulados, a que se seguia a produção da prova em audiência. Toda a prova era registada. As perguntas feitas às testemunhas eram previamente dadas a conhecer a estas, com a notificação para a diligência, e às partes, com os róis, podendo a inquirição ser alargada “para remover alguma ambiguidade que se offereça nas suas respostas” (artigo 854) ou para incluir

⁴⁰⁵ A existência de jurados em todos os graus de jurisdição era o “primeiro e essencial ponto de reforma”, que só seria completa, segundo Pinheiro Ferreira, com a introdução de um júri especial por se tratar daquele “para que he necessario possuir em certo grao conhecimentos proprios do assumpto, sobre que versa a questão que se tem de decidir” (Pinheiro Ferreira, 1831 c: 392 e 395). O tribunal de júri traria consigo o fim de duas “aberrações”, que eram a nomeação dos magistrados pelo governo e a necessidade do direito da graça (Pinheiro Ferreira, 1833: 114 e 123) e, simultaneamente, realizaria o novo princípio fundamental das sociedades constitucionais de que todos os poderes, incluindo o judicial, derivam da nação (Pinheiro Ferreira, 1838 a: 108).

⁴⁰⁶ No “Projecto de Reforma das Leis Fundamentaes”, o autor atribuía dignidade constitucional à competência do júri para determinar a pena (Pinheiro Ferreira, 1832 a: 65).



“matéria nova”, mas neste caso só em outra audiência e depois de se ter dado a conhecer as perguntas à parte contrária, “pondo o presidente o maior cuidado em remover todo o perigo ou apparencia de surpresa” (artigo 856).⁴⁰⁸

Os jurados não podiam suprir a prova da acusação e da defesa, mas podiam recusar a produção de prova quando se julgassem “sufficientemente informados”, sendo recorrível a decisão pelas partes agravadas e pelo próprio juiz legista “com o motivo de que precisa que as testemunhas sejam ouvidas para fazer a applicação da lei” (artigos 842 e 843). Ao invés do juiz legista, o juiz presidente permanecia passivo, não tendo qualquer poder para limitar ou suprir a prova produzida na audiência.

Os jurados decidiam em todas as alçadas por maioria de dois terços, excepto na quinta, em que decidiam por três quartos. Não se conseguindo a maioria legal dos votos, deviam os jurados motivar os respectivos votos, que ficavam registados em protocolo,⁴⁰⁹ e votava-se de novo. Não sendo possível ainda alcançar a maioria legal, chamavam-se os juízes substitutos e, encontrando-se estes indecisos, nomeavam-se para o seu lugar novos jurados, que decidiriam com base na mera leitura dos autos. Não lhes bastando essa leitura, devia a causa ser de novo instaurada.

Se a maioria legal dos jurados desse como provado factos distintos dos descritos no relatório do juiz legista como sendo os factos alegados pelas partes e sobre os quais cabia decidir, devia cada um deles motivar o voto, reabrindo-se a audiência com vista à discussão pelas partes da “hypothese” colocada pelos jurados e os seus fundamentos. Finda a discussão, os jurados só podiam dar como provados os novos factos se houvesse unanimidade.

⁴⁰⁷ O conselho de averiguação era assim definido pelo autor do projecto: “a operação preliminar que conduz ao que hoje no nosso foro se chama pronúncia” (Pinheiro Ferreira, 1831 c: 454).

⁴⁰⁸ A justificação desta inovação era a da incompatibilidade do conhecimento da verdade com a estratégia da surpresa e do embaraço das testemunhas (Pinheiro Ferreira, 1831 c: 417, e mais desenvolvidamente, 1934 a: 211 a 216). Nos artigos 243 e 244 do “Projecto de Reforma das leis Fundamentais”, o autor conferia mesmo dignidade constitucional a esta regra processual (Pinheiro Ferreira, 1832 a: 63).

⁴⁰⁹ No primeiro tomo do Manual de 1834, o autor expôs com minúcia o seu entendimento sobre o dever de motivação do voto dos jurados no processo penal, fundando-o na “responsabilidade moral”. Esta responsabilidade resultava da necessidade de que “toda a nação em geral e especialmente as partes que se submetteram às suas decisões quando lhe conferiram o seu mandato, possam ter conhecimento dos seus motivos”, apesar de também reconhecer que “nas causas crimes porém, onde só se tracta de pura convicção, os nossos motivos podem escapar à avaliação de outrem, porque as mais das vezes a convicção sente-se, mas não se pode explicar”. Contudo, o autor distinguiu ainda entre os jurados gerais e os especiais, sujeitando estes à “responsabilidade judicial”, decorrente da faculdade de as partes agravarem da decisão destes jurados (Pinheiro Ferreira, 1834 a: 224 e 234). A publicidade das actas foi

A sentença era fundamentada com a especificação das provas relevantes para a convicção dos jurados, embora nas causas crimes os jurados pudessem “acrescentar, que alem ou independentemente do allegado pelas partes, condemnam ou absolvem o réo pela convicção de suas consciencias” (artigo 909).⁴¹⁰

A sentença admitia embargos muito amplos, com fundamento em artigos de nova razão, em que fossem apresentadas provas novas, que as partes não poderiam ter apresentado antes, ou em nulidade de sentença por ininteligibilidade, desconformidade com o libelo, violação do caso julgado, violação de confissão judicial da parte, omissão de formalidades que a lei exigisse como essenciais, incompetência do tribunal ou inabilidade de algum dos sujeitos processuais, prova falsa ou “falsa causa expressa na mesma sentença ou nos autos: e quer seja com relação a direito ou a facto” (artigo 932).

Não sendo embargada a sentença, eram os autos levados à chancelaria do tribunal, onde o chanceler apreciava a conformidade formal e substancial do processo e da decisão final com a lei, pondo a sua glosa sobre os vícios que encontrasse. Também as partes podiam no trânsito da sentença pela chancelaria opor embargos à sentença, mas apenas no que respeitasse aos vícios de que o chanceler podia conhecer.

Se o tribunal não fosse competente para conhecer da glosa ou se não concordasse com a glosa, subiam os autos ao tribunal competente para conhecer de agravo da sentença glosada e, se também neste o tribunal decidisse não acompanhar o teor da glosa, subiam ainda os autos ao tribunal superior a este último. A parte embargante na chancelaria também podia agravar da decisão do chanceler sobre os embargos.

Depois de examinado o processo na chancelaria, os jurados podiam ainda

mesmo considerada uma das quatro condições fundamentais do sistema representativo (Pinheiro Ferreira, 1841: 10 e 11).

⁴¹⁰ A razão de ser desta especialidade era precisamente a mesma dada no manual de 1834 e na crítica feita à regra de que “todo o julgamento é motivado” (*tout jugement est motivé*), consagrada no artigo 97 da Coínstituição da Bélgica de 1831: “a decisão pela qual o juiz declara que um arguido agiu com perversidade e com este ou aquele grau de perversidade é uma convicção que se sente, mas que não se pode demonstrar nem motivar” (*l' arrêt par lequel le juge déclare qu' un prévenu a agi avec perversité et avec tel ou tel degré de perversité, est une conviction qui se sent, mais qu' on ne peut ni démontrer ni motiver*, Pinheiro Ferreira, 1838 a: 101). No projecto de 1838 ainda se mantinha uma expressão suficientemente vaga que permitia a mera invocação da consciência como fundamento da convicção (“exposição dos factos e mais circunstancias em que a maioria tiver concordado”, artigo 179), mas o projecto de 1845 já não permitia esse recurso, uma vez que o artigo 177 determinava que “será também feita menção dos factos e das provas admitidas pelo júri como fundamento da decisão” (*il sera aussi fait mention des faits et des preuves admis par le jury, comme fondement de l' arrêt*, Pinheiro Ferreira, 1838 b: 44, e 1845: 394).

reformular officiosamente o julgado e o processo se alguma dúvida se levantasse, declarando nulos os actos decisórios desde a contestação da lide. Não ocorrendo este incidente, a sentença era ratificada pelo tribunal e mandada observar, cabendo então recurso de agravo.⁴¹¹

O objecto do recurso de agravo abrangia apenas o excesso de jurisdição, a nulidade do processo, a denegação de justiça “ou qualquer outra offensa de direito, de que as partes, o procurador da coroa ou o fiscal, houverem recorrido para a superior instância” (artigo 754).

O agravo podia ser interposto de qualquer decisão, independentemente do valor da alçada do tribunal recorrido e sucessivamente para duas instâncias de recurso, admitindo-se o recurso *per saltum* para a segunda instância de recurso.

O julgamento dos recursos de agravo nas acções criminais deveria ser feito por um júri especial, “porque tratando-se de convencer o reo de haver violado as leis que regêlam a ordem do processo, forçoso he que o jury se componha de homens da profissão, isto he, de jurisconsultos, que com conhecimento de causa decidam, se houve ou não offensa de direito”.⁴¹²

O tribunal de recurso tinha, em regra, um poder meramente cassatório, mas, confirmando a segunda instância de recurso o provimento do agravo, competia-lhe a decisão da causa a final.

O projecto omitia o recurso de revista,⁴¹³ mas se a pena prevista na lei parecesse excessiva ou diminuta aos jurados ou se a lei não previsse qualquer pena, estes deviam, no primeiro caso, recomendar o réu condenado à clemência real e, no

⁴¹¹ O projecto só admitia o recurso de apelação nas causas cíveis, uma vez que aquele recurso só tinha lugar quando as partes prorrogassem por acordo a jurisdição de um tribunal para além da sua competência e esta prorrogação de jurisdição só era admissível nas causas cíveis. O objecto do recurso de apelação era a própria causa, tomando a instância superior conhecimento da causa “sem attender aos actos decisórios da instância inferior”, mas ficando ressalvadas as diligências probatórias já realizadas, a menos que o tribunal superior entendesse o contrário (artigo 752). Nos artigos 254 a 259 do “Projecto de Reforma das Leis Fundamentaes”, o autor consagrou no articulado constitucional proposto os preceitos correspondentes à doutrina exposta (Pinheiro Ferreira, 1832 a: 65 e 66).

⁴¹² Pinheiro Ferreira, 1831 c: 447.

⁴¹³ Tratava-se de uma opção que o autor justificava com base na incompatibilidade e na desnecessidade deste recurso em face do sistema judicial consagrado no projecto (Pinheiro Ferreira, 1831 c: 488). O Desembargo do Paço, enquanto órgão superior da administração, assistia o rei na fiscalização dos restantes poderes, por intermédio dos seus cinco conselheiros áulicos, que encimavam uma hierarquia de agentes fiscalizadores em cada ramo da administração pública. A partir do projecto de 1834, o autor propôs a criação no lugar do Desembargo do Paço de um tribunal supremo com sede em Lisboa, com

segundo e terceiro casos, comunicar tal circunstância ao ministro da justiça e aguardar a promulgação de nova legislação pelas Cortes até à correição imediata,⁴¹⁴ julgando a causa os mesmos jurados pela legislação vigente se as Cortes e o rei se não tivessem pronunciado neste prazo. Esta decisão era ainda passível de “melhoramento” pelas Cortes e pelo rei, requerido pelas partes (artigo 916).⁴¹⁵

No tocante às formas especiais de processo, admitia-se o julgamento de réus ausentes em duas circunstâncias.⁴¹⁶

A primeira era a de o réu se encontrar representado por procurador e o tribunal concordar com a ausência do réu, caso em que a causa seguia os ulteriores termos sem mais.⁴¹⁷ A segunda era a de o réu não se encontrar representado ou de o

competência apenas para decidir as contendas que versassem sobre interesses comuns de duas ou mais províncias.

⁴¹⁴ Procurando antecipar a crítica óbvia de que a sua proposta violava o princípio da irretroactividade da lei penal, o autor apresentou, em outro lugar, uma interpretação restritiva do princípio, considerando que o princípio da irretroactividade da lei penal só era aplicável à definição de um facto como ilícito penal, mas não à definição da pena cometida a um determinado ilícito já previsto em lei anterior. Precisamente neste sentido, Pinheiro Ferreira, 1831 c: 434 e 456. Insistindo neste entendimento do princípio da retroactividade, Pinheiro Ferreira, 1841: 8 e 9.

⁴¹⁵ Reconhecendo, contudo, que “há perigo de se infringir um dos princípios mais essenciaes do systema constitucional, qual he o de nenhum individuo physico ou moral poder cumular, na sua plenitude, o exercicio de dois dos tres poderes politicos”, o que aconteceria “se o governo exercesse o poder de aggravar contra o offensor ou minorar contra o offendido a pena que o poder judicial houvesse decidido ser proporcional ao merecimento do primeiro e ao direito do segundo”, o autor restringia o âmbito desta prerrogativa real prevista no artigo 74, § 7, da Carta, quer temporalmente, admitindo o seu exercicio somente até à elaboração de um novo código penal, quer materialmente, advertindo que só quando a desproporção entre a pena e o delito fosse “de pouca monta” devia o rei agravar ou minorar a pena e não quando aquela desproporção fosse “de muita monta”, caso em que seria necessária a promulgação de uma nova disposição legal pelas Cortes, e, mesmo tratando-se de uma desproporção de pouca monta, só admitindo a correcção do julgado na estrita medida em que o júri a tivesse anteriormente considerado necessária. Nestes exactos termos, Pinheiro Ferreira, 1831 c: 435 a 439. No “Projecto de Reforma das Leis Fundamentais”, o autor omitiu completamente a referida prerrogativa régia, mantendo, contudo, o recurso ao “complemento” da decisão judicial pelo congresso nacional por via de promulgação de legislação (Pinheiro Ferreira, 1832 a: 318 e 319). Tornava-se desta feita ainda mais claro que o expediente só funcionaria em prejuízo do réu, pois o recurso só era previsto para o caso de a lei não prever qualquer pena ou de prever uma pena “diminuta para o caso”.

⁴¹⁶ O autor opunha-se vivamente à criação de jurisdições excepcionais ou de formas especiais de processo, tendo no seu Projecto de decreto sobre os Abusos da Liberdade de Imprensa (Pinheiro Ferreira, 1832 b: 1 a 16, projecto n. II) propugnado a atribuição da competência para conhecer destes ilícitos aos juizes ordinários, com o concurso de dezoito jurados, seguindo-se os termos do processo previstos na lei geral. Mais tarde, em 1840, o autor formulou também um “Projecto de Lei Orgânica das Relações Civis do Clero da Igreja Lusitana”, onde se previa além do foro especial, “não sendo contrário ás leis do Estado ou a algum princípio de moral”, a manutenção do recurso à coroa das decisões da autoridade eclesiástica “contra qualquer violencia ou lesão” (Pinheiro Ferreira, 1840 b: 1 a 3, projecto).

⁴¹⁷ A fundamentação teórica da relevância jurídica da defesa por procurador ou por escrito do réu faltoso residia na necessária dissociação entre a sanção da falta de presença do réu e a punição penal pelos factos imputados ao réu, não devendo a defesa do réu durante o processamento do facto principal ser prejudicada em circunstância alguma pelo incidente da sua eventual desobediência à chamada do tribunal (Pinheiro Ferreira, 1831 c: 413).

tribunal não concordar com a ausência, não comparecendo ainda assim o réu, caso em que se procedia à citação edital do réu, dando curador ao ausente. Sendo o réu condenado em pena corporal, a todo o tempo era admissível a dedução da sua defesa diante dos mesmos jurados que julgaram a causa, sempre que isso fosse possível.

Em 1834, o autor apresentou um novo ensaio de “Projecto de Codigo Geral de Leis Fundamentaes e Constitutivas para uma Monarchia Representativa”, que constituía o tomo terceiro do “Manual do Cidadão em um Governo Representativo”, com o propósito de “refundir os principios da jurisprudencia constitucional, antes de tentar a reforma da constituição”.⁴¹⁸ Este novo projecto foi ainda revisto em 1838 em face das críticas a que tinha sido submetido, tendo a nova versão sido designada por “Projecto de Código Político”.⁴¹⁹ Em 1840, o autor completou a versão revista do Projecto com um “Projecto de Lei Orgânica e Regulamentar da Administração da Justiça”, que desenvolvia o disposto naquele projecto. Nas últimas duas obras jurídicas publicadas em vida do autor, os dois volumes das “Questões de Direito Publico ...”, de 1844, e o *Précis d' un Cours de Droit Public*, de 1845, o autor fez a defesa teórica do seu projecto. Nesta última obra, o autor incluiu uma versão traduzida do projecto de 1838, com a mesma designação, *Projet de Code Politique*. Esta versão continha algumas alterações importantes em relação ao projecto de 1838, sem constituir, no entanto, um projecto substancialmente diferente.

O “Projecto de Código Geral”, de 1834, e o “Projecto de Código Político”, de 1838, alteravam profundamente a organização judiciária e a estrutura do processo penal proposta nos anteriores projectos.

Os fundamentos desta alteração profunda encontravam-se em uma nova teoria do crime e da pena, que assentava em uma verdadeira concepção da culpa na formação da personalidade e em uma teoria pura da pena indeterminada. Esta nova teoria foi largamente explanada nos motivos do projecto de 1840 e retomada na Memória de 1841, em dois textos das “Questões de Direito Publico ...”, de 1844, e no *Précis d' un Cours de Droit Public*, de 1845.

⁴¹⁸ Pinheiro Ferreira, 1834 b: X. A motivação do novo projecto surgia no primeiro tomo do Manual, sob a forma de um inquérito, com perguntas e respostas sobre as soluções doutrinárias consagradas no projecto.

⁴¹⁹ O autor deu a conhecer o propósito de revisão do projecto de 1831-1832 em face das críticas a que este tinha sido sujeito nas Cortes e fora delas na introdução do novo projecto (Pinheiro Ferreira, 1838 b: XXX).

O júri decidia sobre a imputação do facto e o grau de perversidade do réu em função do modo como a personalidade deste se formou e se exteriorizou no facto.

Os factos que revelassem uma personalidade incorrigível teriam a natureza de crimes, os que revelassem uma personalidade viciosa ou perversa, mas corrigível, teriam a natureza de delitos, sendo aqueles e estes puníveis com a pena única indeterminada de reclusão, seguida de degredo. Os factos que revelassem uma personalidade não perversa, não habituada à prática do crime ou em que a propensão para o crime fosse ainda incipiente teriam a natureza de contravenções e seriam puníveis com as penas de multa, reclusão simples ou com trabalhos forçados, desterro simples, destituição de emprego ou suspensão de direitos civis e políticos, podendo estas penas ser aplicadas cumulativamente.⁴²⁰

As causas penais eram julgadas em tribunais de municipalidade, de cantão ou de comarca, que eram competentes para conhecer, respectivamente, de contravenções, delitos e crimes, sendo a competência destes tribunais determinada em função de um juízo concreto do acusador.⁴²¹ A composição destes tribunais também era alterada, sendo compostos os de municipalidade por três juizes, os de cantão por seis e os de comarca por doze juizes ou, excepcionalmente, quando o respectivo presidente o julgasse conveniente, por seis, nove ou dezoito juizes.⁴²²

A anterior exigência da habilitação universitária feita para os júris especiais foi alargada a todos os jurados, presidente e secretário do tribunal, pelo que “cessa de ter logar a distinção entre Juizes de facto e Juizes de direito”.⁴²³ Esta alteração radical da

⁴²⁰ Pinheiro Ferreira, 1840 a: 6 a 11 (exposição de motivos), 1841: 15 a 23, e 1845: 141 a 150.

⁴²¹ A formulação utilizada pelo autor no projecto de 1834 e no de 1838 correspondia claramente a uma determinação concreta da competência do tribunal (“a alçada será determinada pela pena requerida pelo autor, quer seja pelo cidadão particular, quer seja o ministerio publico”, Pinheiro Ferreira, 1834 b: 74, e 1838 b: 230).

⁴²² Esta alteração da organização judiciária foi proposta no Projecto de Código Político de 1838, em face das críticas ao excessivo número de alçadas dos anteriores projectos, e foi mantida no Projecto de Lei Orgânica de 1840 e no segundo tomo do *Précis d'un Cours de Droit Public*, de 1846.

⁴²³ Pinheiro Ferreira, 1840: 3 (exposição de motivos). A modificação da composição do tribunal de júri já era claramente enunciada como uma imposição lógica do princípio do júri no comentário ao artigo 99 da Constituição belga de 1831 (1838 a: 104). Esta modificação foi regulamentada em pormenor no “Projecto de Lei d' Organização Provisoria dos Tribunais de Justiça”, de 1840 e também foi consagrada no artigo 133 do *Projet de Code Politique*, de 1845. O projecto regulamentar de 1840 continha uma previsão transitória de dispensa do novo requisito para os membros do júri “em quanto a totalidade dos membros dos Jurys não puder ser composta de Bachareis nas sciencias jurídicas” (artigo 5), mas a dispensa não valia para o presidente do tribunal e para o secretário. Também na Câmara dos deputados Pinheiro Ferreira se pronunciou contra o júri: “tendo mostrado a experiencia que a intervenção dos jurados, tanto nas causas cíveis como criminaes, na fórmula da actual organização do jury, é incompativel com a boa

composição do júri, que não correspondia a uma transformação deste tribunal em um tribunal colectivo permanente de letrados, mas antes a uma selecção mais elitista e restritiva dos componentes das listas do júri, encontrava a sua justificação dogmática na circunstância de que ela constituía a única medida que podia evitar a “desnaturalização da instituição do jury”, pois “então já ninguém poderá exprobar ao systema constitucional ter expulsado do templo da justiça a sciencia para o dar de posse á ignorancia”.⁴²⁴

Na orgânica interna do tribunal era abolido o cargo de juiz legista, atribuindo-se as suas funções ao secretário do tribunal, que, no entanto, já não se pronunciava sobre o merecimento da causa no parecer final.

A fase inicial do processo judicial sofreu uma significativa reforma nos projectos de 1834 e 1838, sendo no primeiro suprimido o conselho de averiguação e assumindo o juízo de conciliação a função instrutória do processo e sendo no segundo projecto abolido o próprio juízo prévio de conciliação.

No projecto de 1834, este juízo, que era constituído por jurados, decidia, em face das alegações sumárias das partes e da prova que entendesse dever ser produzida, “se a pretenção do autor lhe parece, ou não bem fundada”.⁴²⁵ Não se opondo as partes à decisão negativa ou aceitando a decisão positiva e as “condições da conciliação” propostas neste caso pelo júri, a decisão transitava. Discordando as partes da decisão ou dos termos da conciliação, o processo era julgado pelo mesmo júri, se nenhuma das partes requeresse a designação de novo júri.

Introduzia-se deste modo, nominalmente, a possibilidade de as partes prorrogarem a competência do juízo de conciliação para decidir a final, tal como ocorria no processo civil, mas com a limitação expressa no processo penal da necessária conformidade da composição do tribunal inferior com a exigida pela lei para o tribunal

administração da justiça”, o autor propunha a suspensão do artigo 119 da Carta, bem como as disposições da Novíssima Reforma que respeitassem ao júri, enquanto se não procedesse à sua reforma, devendo os juizes letrados conhecer, durante o período da suspensão, do facto e do direito nos termos previstos na Novíssima para as causas exceptuadas (in GT, 1844, pp. 2139 a 2141).

⁴²⁴ Pinheiro Ferreira, 1841: 5 e 6. A construção dogmática do novo júri fê-la o autor em dois textos, publicados nas “Questões de Direito Público ...”, de 1844, o texto XI do primeiro volume, intitulado “Da Instituição do Jury” (Pinheiro Ferreira, 1844 a: 54 a 58), e o texto X do segundo volume, intitulado “Das Condições essenciaes do Poder Judicial nos Governos Representativos” (Pinheiro Ferreira, 1844 b: 38 a 74). No primeiro destes dois textos descreviam-se os quatro erros fundamentais do sistema comum de organização do júri e no segundo os princípios da organização do júri, fundada na nova teoria do crime e da pena do autor.

com alçada sobre a causa.⁴²⁶

No projecto de 1838 foi abolido o juízo prévio de conciliação do processo penal, iniciando-se o processo judicial com a dedução do libelo e a citação do réu e não se antepondo ao libelo qualquer despacho judicial de verificação da existência de indícios suficientes para dedução de acusação. Em complemento desta inovação, os artigos 191 e 192 do Projecto de Lei Orgânica, de 1840, procediam a uma regulamentação muito pormenorizada da fase administrativa de investigação, conduzida pelo Ministério Público, com o auxílio funcional dos administradores territoriais e das polícias.⁴²⁷

Com a abolição do juízo de conciliação desaparecia também a possibilidade legal da prorrogação de competência de um tribunal inferior, mantendo o projecto de 1838 apenas a faculdade de escolha do tribunal pelas partes no processo penal, “com tanto que sejam do predicamento correspondente á alçada da causa”.⁴²⁸ Tratava-se de salvaguardar, também no processo penal, o princípio fundamental da administração da justiça “perto da porta de casa”, sem prejuízo, contudo, das limitações decorrentes da natureza pública específica das causas crimes.⁴²⁹ Contudo, na versão francesa do projecto, de 1845, nem mesmo esta faculdade subsistiu, só se admitindo uma excepção à regra da competência territorial do tribunal, a do julgamento a requerimento do réu no tribunal da área da sua residência ou da área da prisão onde ele se encontrasse.⁴³⁰

⁴²⁵ Pinheiro Ferreira, 1834 b: 81.

⁴²⁶ Pinheiro Ferreira, 1834 a: 236, e 1834 b: 77. Esta necessária precaução anulava, bem vistas as coisas, a possibilidade de uma efectiva prorrogação de jurisdição no processo penal, como o autor veio a reconhecer expressamente na fundamentação do disposto no artigo 37 do Projecto de Lei Orgânica do Poder Judicial de 1840 (Pinheiro Ferreira, 1840 a: 3, exposição de motivos).

⁴²⁷ O autor justificava a importância desta regulamentação minuciosa das atribuições do Ministério Público na fase de investigação com as seguintes palavras: “parece incrível que os Jurisconsultos não tenham advertido, que as funcções do Juiz, começam com a audiência das queixas do auctor e terminam com a sentença de absolvição ou de condenação do réo, e que todos os outros actos de auctoridade que precedem e acompanham o processo ou se seguem depois d'elle, sam actos do Poder Executivo” (Pinheiro Ferreira, 1840 a: 13, exposição de motivos). Os desenvolvimentos teóricos da tese da exclusividade do domínio da instrução pelo Ministério Público encontram-se explanados na Memória de 1841 (Pinheiro Ferreira, 1841: 32 a 39) e nos tomos primeiro e segundo do *Précis d' un Cours de Droit Public*, respectivamente, de 1845 e de 1846 (Pinheiro Ferreira, 1845: 188 a 192, e 1846: 179 a 182).

⁴²⁸ Pinheiro Ferreira, 1838 b: 234, e 1840 a: 5 (projecto).

⁴²⁹ Estas limitações consistiam, segundo o autor, na circunstância de que “a nação, reconhecendo as justificadas razões, por que se proporcionou o numero e o predicamento dos Juizes á gravidade das causas, não pode desistir desta gradação, consentindo que o crime seja ventilado no juízo que reputou unicamente habil para conhecer dos simples delictos” (Pinheiro Ferreira, 1840 a: 3, exposição de motivos).

⁴³⁰ Pinheiro Ferreira, 1845: 119, 120 e 126. O autor justificava a nova regra com o argumento de que “sendo todos os jurados o produto de eleição nacional, os agentes do ministério público, não sendo senão

Na fase processual de julgamento, os projectos posteriores a 1834 omitiam a faculdade anteriormente reconhecida de alargamento do objecto do processo por deliberação do júri, através da valoração de factos novos distintos dos alegados pelas partes, e consagravam a novidade de os jurados decidirem sob a fiscalização dos “delegados dos concelhos de inspecção e censura constitucional”,⁴³¹ bem como a novidade da restrição do teor e do significado do relatório final.

Além da espécie da pena, o júri da culpa definia o montante concreto da pena aplicada no julgamento das contravenções. O júri decidia também da culpa dos acusados pela prática de crimes e delitos, mas a definição da duração concreta da pena de reclusão aplicada nestes processos relativos a crimes e a delitos competia a um outro tribunal, o júri da visita das casas de correcção. Quando este júri entendesse que o réu estava corrigido, procedia-se ao degredo, que constituía um período de prova para o réu, em que este já se encontrava na fruição plena dos seus direitos civis e políticos, com a ressalva dos que fossem incompatíveis com os da residência forçada na área de um distrito.⁴³²

No tocante aos recursos, o “Projecto de Código Geral”, tal como o “Projecto de Código Político”, procediam a uma reforma radical do disposto nos anteriores projectos, restringindo significativamente a admissibilidade dos embargos, suprimindo a fiscalização das decisões judiciais pelo chanceler do tribunal, cargo que também desaparecia, e abolindo o sistema de “melhoramento” da decisão judicial pelo poder político.⁴³³

O novo objecto dos embargos era limitado à alegação de factos supervenientes

representantes do poder da nação, não podem exercer opção nem conceder preferências” (*tous les jurés étant le produit de l' élection nationale, les agents du ministère public, n' étant que des fondés de pouvoir de la nation, ne peuvent exercer d' option, ni accorder des préférences*).

⁴³¹ Pinheiro Ferreira, 1834 b: 72 e 86, 1838 b: 226, e 1840: 1 (projecto). A vigilância do delegado sobre os jurados constituía mesmo uma garantia dos cidadãos de que os jurados decidiam de modo imparcial e independente (Pinheiro Ferreira, 1840: 6 (exposição de motivos). Esta vigilância não se restringia apenas à reunião do júri, mas a toda a audiência de julgamento, competindo ao delegado a observação do modo de actuação dos magistrados e a eventual denúncia ao poder executivo de abusos ou excessos de poder cometidos pelos magistrados (Pinheiro Ferreira, 1845: 366 e 367).

⁴³² Pinheiro Ferreira, 1834 d: 11 a 13, 1838 b: 48 e 49, 1840: 11 e 12 (projecto), e 1845: 401 e 402. Uma lei regulamentar estatuiria sobre o modo de o réu alcançar a liberdade definitiva.

⁴³³ Na versão francesa do projecto de 1834, o autor foi ainda mais explícito, em um artigo que não se encontrava na versão portuguesa do mesmo projecto, prevendo a absolvição do réu quando a lei não previsse qualquer pena para o facto (Pinheiro Ferreira, 1834 c: 775). Curiosamente, a versão francesa do projecto de 1845, continha disposição idêntica (Pinheiro Ferreira, 1845: 139), que não se encontrava na versão portuguesa de 1838.

aos debates e de equívocos evidentes sobre os factos já debatidos e que tivessem servido de fundamento à sentença ou sobre a interpretação da lei, suprimindo-se, entre outros, o fundamento da falsidade dos factos dados como provados que não resultasse da descoberta de provas novas.⁴³⁴

A apelação permanecia vedada no processo penal, embora a sua admissibilidade tivesse sido alargada no processo civil, e a revista não era admitida nem no processo penal nem no civil.

Apesar de os novos projectos consagrarem nas causas cíveis em que as partes tivessem prorrogado a competência de um tribunal inferior o direito de apelação para o mesmo tribunal onde a causa já tinha sido julgada, requerendo o recorrente ao respectivo presidente a constituição do júri com o número de jurados do tribunal com alçada sobre a causa, esta faculdade só era consagrada no processo civil, uma vez que no processo penal o julgamento da causa tinha lugar ou em um tribunal com o número de jurados do tribunal com alçada sobre a causa, como no “Projecto de Código Geral” de 1834, ou em um tribunal da mesma natureza do competente, como no “Projecto de Código Político” de 1838 e no de lei orgânica de 1840, ou apenas no tribunal competente, como na versão francesa do “Projecto de Código Político”, de 1845. Deste modo, o recurso de apelação, que permitia o julgamento das causas cíveis diante do tribunal com alçada sobre a causa, sempre que o primeiro julgamento tivesse decorrido em um tribunal inferior, não tinha qualquer justificação no processo penal, em que a causa era sempre julgada por um tribunal com a composição do tribunal com alçada e, por último, apenas pelo próprio tribunal com alçada.

O recurso de agravo manteve nos projectos posteriores a 1834 o seu papel central de única garantia de sindicância das decisões penais diante de uma instância superior ao tribunal competente, sendo embora este recurso restringido a uma única instância a partir de 1834.⁴³⁵

⁴³⁴ Pinheiro Ferreira, 1834 d: 90, 1838 b: 46, e 1840: 12 (projecto). Contudo, na versão francesa do Projecto de Código Político, de 1845, a redacção dada ao preceito permitia uma maior amplitude à petição do embargante, que não tinha de se reportar apenas aos equívocos evidentes, mas podia abranger a impugnação da interpretação dos factos (*ou les faits mal compris*, Pinheiro Ferreira, 1845: 396 e 397), como se dava a entender na motivação do projecto (Pinheiro Ferreira, 1845: 152).

⁴³⁵ No projecto de 1834 só se admitia o recurso de agravo para o tribunal imediatamente superior (Pinheiro Ferreira, 1834 d: 92), ao invés dos projectos de 1838 e 1840 e da versão francesa do projecto de 1845, em que já se admitia, além daquele, a interposição de recurso de agravo para o próprio tribunal recorrido ou outro de igual categoria, constituído por um júri de composição idêntica à da alçada

O objecto deste recurso era o mesmo no projecto de 1834, embora nele apenas se mencionasse o excesso e o abuso de jurisdição por algum dos jurados ou magistrados como fundamento do recurso,⁴³⁶ e nos projectos de 1838 e de 1840, que, além destes fundamentos, incluíam o do erro de officio, entendido no sentido de violação da lei por a decisão “se haver fundado em lei cujo sentido é evidentemente contrario áquelle em que ella deve ter e tem sido constantemente intendida”.⁴³⁷ Na versão francesa do projecto, de 1845, ao invés, o âmbito do recurso foi alargado a qualquer omissão dos magistrados.⁴³⁸

Foi em um texto do ano anterior que o autor esclareceu o sentido desta inovação: “No systema constitucional não se fôrça a consciencia dos juizes do recurso, obrigando-os a acceitarem o factio como elle vier classificado do juízo recorrido. Para julgarem, qual das partes tem rasão, e se alguma d’ ellas foi lesada por aquelles juizes, é forçoso que estes tomem taõ pleno conhecimento do factio e do direito, como é de seu dever não acceitarem dos autos que se achem perante elles, se não o que lhes inspirar convicção debaixo de ambos aquelles pontos de vista, pedindo supprimento de provas, repergunta de testemunhas e vestorias: se os que dos autos constarem lhes não parecerem sufficientes”.⁴³⁹ Deste modo, o merecimento e a suficiência da instrução probatória da causa, expressamente reservados ao recurso de apelação em 1831,⁴⁴⁰ tornavam-se o objecto do recurso de agravo, aproximando este da apelação, sem, contudo, com ela se confundir.

Os poderes do tribunal superior no julgamento de recurso interposto da sentença eram, em regra, meramente cassatórios, dando lugar ao reenvio da causa para um outro tribunal, salvo acordo das partes no sentido de que a causa fosse julgada pelo tribunal de recurso.⁴⁴¹

imediatamente superior (Pinheiro Ferreira, 1838 b: 47, 1840: 13 (projecto), e 1845: 153 e 398). Deste modo, o autor afastava-se da sua anterior posição crítica da Carta por esta prever precisamente apenas um grau de recurso, fosse de apelação ou de agravo (Pinheiro Ferreira, 1831 a: 82).

⁴³⁶ A formulação do projecto de 1834 não correspondia a uma intenção restritiva do autor, pois no tomo explicativo do Manual o objecto do agravo era identificado com os vícios processuais (Pinheiro Ferreira, 1834 a: 233 e 234).

⁴³⁷ Pinheiro Ferreira, 1838 b: 47, e 1840: 13 (projecto). A explicação do sentido da expressão erro de officio foi dada na Exposição de motivos do projecto de 1840 (Pinheiro Ferreira, 1840 a: 12, exposição de motivos).

⁴³⁸ Pinheiro Ferreira, 1845: 398.

⁴³⁹ Pinheiro Ferreira, 1844 b: 47.

⁴⁴⁰ Pinheiro Ferreira, 1831 b: 442.

⁴⁴¹ Pinheiro Ferreira, 1834 d: 92, e 1845: 154 e 155.

As propostas da Pinheiro Ferreira para a reforma da administração judiciária e do processo penal mostravam, assim, desde 1831 ter como motivação primordial a garantia da independência do juiz de julgamento.⁴⁴²

A garantia do princípio da acusação resultava da separação radical entre a fase de investigação dirigida pelo Ministério Público e a fase judicial do processo, que tinha natureza contraditória. O processo judicial era contraditório *ab initio*, defendendo até o autor a inconstitucionalidade da competência judicial para a formação do corpo de delito por violação do princípio da separação de poderes. Com efeito, sendo necessário “averiguar factos em que não há contestação, não há ahi materia para o poder judicial, e nesse caso encarregar d’ essas averiguações os agentes d’ este poder, em vez de serem commetidas aos agentes do governo, he offender o principio constitucional da separação dos poderes”.⁴⁴³ Isto é, onde não houvesse investigação contraditória de factos, não devia intervir o juiz, ficando por isso reservada à magistratura do Ministério Público, coadjuvada por “autoridades administrativas encarregadas de abrir devassa”, a investigação preliminar em segredo dos factos com vista à dedução da acusação.⁴⁴⁴

Se o conselho de averiguação e o juízo de conciliação, que substituiu aquele, ainda participavam na delimitação do objecto do processo, apreciando, se quisessem, a prova já recolhida e pronunciando o arguido, com a abolição do juízo de conciliação no projecto de 1838 deixou de se interpor qualquer apreciação judicial prévia do objecto do processo entre a dedução da acusação pelo Ministério Público e o julgamento. Aliás, mesmo no anterior projecto de 1834, a possibilidade de a parte agravada pelo juízo de conciliação requerer a intervenção de um outro júri constituía salvaguarda suficiente do princípio da acusação. Só no projecto de 1831, em que o réu se não podia opor ao julgamento pelos mesmos juizes que constituíam o conselho de averiguação e estes dispunham até da faculdade de alargar o objecto do processo em audiência de

⁴⁴² Segundo José Esteves Pereira (1974: 143), o programa do autor para a organização do poder judicial era uma “adaptação do sistema judiciário anglo-saxónico”. A especificidade das propostas teóricas de Silvestre Pinheiro não permite, como se verá no texto, tirar semelhante conclusão.

⁴⁴³ Pinheiro Ferreira, 1834 a: 195. A reafirmação deste princípio e da sua repercussão na definição da competência do Ministério Público na fase de instrução criminal encontrava-se também claramente exposta na Memória de 1841 (Pinheiro Ferreira, 1841: 2 e 32).

⁴⁴⁴ As restrições à liberdade do perseguido pela justiça, designadamente, a busca domiciliária, ordenadas nesta fase eram da competência de uma autoridade municipal ou mesmo do Ministério Público, constituindo a punição dos abusos de poder pelo júri a única limitação destes órgãos e a verdadeira garantia dos cidadãos. A teorização das competências do Ministério Público e da autoridade municipal

juízo, aquela garantia não era devidamente assegurada.

Ao invés, a realização do princípio da imediação sofria de um grave défice em qualquer um dos projectos. A absoluta passividade do juiz presidente e dos jurados na audiência de julgamento, despojados de quaisquer poderes de iniciativa quanto à recolha de meios de prova,⁴⁴⁵ era aparente, uma vez que o recurso aos elementos de prova recolhidos na fase de investigação e mesmo a outros, de conhecimento pessoal dos magistrados, estava a coberto da legitimidade, expressamente afirmada, da convicção dos jurados fundada em quaisquer meios de prova e, designadamente, em meios de prova recolhidos na fase investigatória ou mesmo em meios de prova extrajudiciais.⁴⁴⁶

Este défice de realização do princípio da imediação não encontrava compensação no sistema de recursos. Por um lado, os vícios da decisão sobre a matéria de facto eram impugnados diante do mesmo tribunal através de embargos, cujo âmbito foi drasticamente reduzido a partir de 1834, e o recurso de agravo tinha inicialmente o seu objecto restrito aos vícios de direito, fossem eles de natureza processual ou substantiva. A sindicância oficiosa no trânsito do processo na chancelaria, prevista nos projectos de 1831 e posteriormente abandonada, restringia-se também aos vícios processuais e aos erros da decisão de direito.

Por outro lado, a anunciada intenção de restringir o âmbito da prerrogativa régia prevista na Carta, fazendo-a depender da prévia definição pelo júri do montante do excesso da pena prevista na lei, deu lugar a que o autor, por um imperativo de coerência, alargasse objectivamente e sem cobertura constitucional para tanto o âmbito da intervenção do poder político na fiscalização da justiça da decisão concreta proferida pelos tribunais, não só introduzindo a possibilidade de o rei agravar as penas insuficientes em que a desproporção entre o facto e a pena fosse “de pouca monta”, como atribuindo às Cortes a faculdade de promulgar uma nova lei, agravando ou

encontra-se no projecto de 1840 e na Memória do ano seguinte, embora não coincidisse os pontos de vista do autor em ambos os textos.

⁴⁴⁵ Na exposição de motivos do projecto de 1831, o autor deixava claro que “o tribunal escuta as provas do facto e suas circunstâncias, mas nem as procura nem as supprime” e a razão desta limitação era a de que aos magistrados não cabia conhecer “a verdade absoluta, mas a verdade da acusação” (Pinheiro Ferreira, 1831 c: 424 e 425). De igual modo, em outro lugar, se afirmava que “a verdade judicial he a verdade entre as partes e ao juiz não compete procurar novas provas” (Pinheiro Ferreira, 1834 a: 192).

⁴⁴⁶ “O juiz decidirá pela sua própria convicção quaesquer que sejam as provas judiciaes ou extrajudiciaes em que ella se fundar” (Pinheiro Ferreira, 1834 d: 70). Antevendo a crítica, o autor procurava sanar a manifesta contradição desta afirmação com a pretendida passividade do juiz com o argumento circular de

atenuando as penas em que aquela desproporção fosse “de muita monta”. O subsequente abandono dos remédios políticos para correcção da sentença injusta, que constituíam as Cortes e o rei em uma instância normal de “melhoramento” da sentença proferida pela justiça penal, permitiu salvar o princípio da irretroactividade da lei penal e o princípio da separação de poderes de danos irreversíveis, mas suprimiu também um meio de tutela da posição da parte agravada pela instância.

Acresce que a afirmação peremptória da desnecessidade e mesmo da irracionalidade de um tribunal supremo de cassação⁴⁴⁷ era conjugada com a defesa da abolição dos tribunais de segunda instância enquanto tribunais de apelação, colocando no lugar dos tribunais de segunda instância verdadeiros tribunais substitutos do tribunal da cassação, que conheciam apenas de agravos atinentes a vícios de direito e com poderes cassatórios estritos. O recurso de agravo, que era admissível independentemente da alçada do tribunal recorrido, assumia, pois, o papel equivalente ao do antigo recurso por ordenação não guardada,⁴⁴⁸ sobretudo a partir do projecto de 1834, momento em que o agravo passou a ser interposto apenas para um órgão com alçada superior.

O alargamento posterior do objecto do recurso de agravo ao merecimento da causa e à insuficiência da instrução probatória da causa constituía, no entanto, um meio limitado de controlo da decisão sobre a matéria de facto, atenta a sua restrição aos elementos de prova resultantes dos autos.

O autor procurou o contrapeso do défice na realização do princípio da imediação, não na configuração do sistema de recursos, mas em uma especial conformação da audiência de julgamento.

que o verdadeiro sentido daquela afirmação era o de que ao juiz “não he licito supprir as provas judiciaes ou extrajudiciaes com outras por elle procuradas” (Pinheiro Ferreira, 1834 a: 188 e 192).

⁴⁴⁷ O autor não poupava esta instituição dos revolucionários franceses, caracterizando-a como “a mais tirânica, a mais inconstitucional e a mais irracional de todas as instituições sobre a qual se fundam os elementos mais discordantes, desde a monarquia mais absoluta à ditadura mais ilimitada, que jamais existiram” (*la plus tyrannique, la plus inconstitutionnelle et la plus irrationnelle de toutes les institutions où sont venues se fondre les éléments les plus discordans, depuis la monarchie la plus absolue jusqu’ à la dictature la plus illimitée, qui aient jamais existé*, Pinheiro Ferreira, 1838 a: 98). O autor procurava mesmo destruir os argumentos utilizados pelos constituintes franceses e pela doutrina para a instituição deste tribunal, mostrando que ela constituía um peso enorme para a bolsa dos recorrentes e não alcançava o fim da uniformidade da jurisprudência que se tinha proposto. Na organização judiciária proposta pelo autor, o tribunal supremo do país teria apenas competência para resolução de conflitos entre as províncias. O desenvolvimento desta argumentação contra um tribunal supremo que fosse dotado de competência para firmar jurisprudência e que constituiria, por isso, “um poder exorbitante no estado” encontra-se na Memória de 1841 (Pinheiro Ferreira, 1841: 7 e 8).

⁴⁴⁸ No próprio dizer do autor nas Observações de 1831 (Pinheiro Ferreira, 1831 a: 82).

A garantia da parte agravada pelo tribunal de julgamento na valoração da prova era, no fundo, antecipada para a própria audiência de julgamento, procurando o autor prevenir aqueles agravos através de um sistema *sui generis* de inquirição das testemunhas, que visava garantir a máxima liberdade na prestação do depoimento pelas testemunhas, e através da consagração de um complexo sistema de fiscalização da conduta dos membros do tribunal, quer com a introdução dos delegados do conselho de inspecção no seio do júri, quer, sobretudo, com a divisão de funções entre o juiz presidente e o juiz legista e a revisão dos critérios de escolha dos jurados. Colocado numa posição equidistante relativamente a todos os restantes sujeitos processuais, o juiz presidente dirigia a produção da prova e fiscalizava a conduta das partes e dos restantes membros do tribunal. Por sua vez, o juiz legista e, mais tarde, o secretário do tribunal exerciam funções de esclarecimento dos jurados, mais amplas nos projectos de 1831 e 1834 e menos amplas no último de 1838, ano em que o autor introduziu, em um outro texto, a ideia do requisito do bacharelato em direito para a formação das pautas de jurados.

A transformação dos jurados em peritos de direito, com o concomitante aperfeiçoamento técnico da justiça produzida logo na primeira instância, fechava a cúpula do edificio construído pelo autor, conciliando-se com a restrição dos graus admissíveis de agravo. Se inicialmente o agravo era admitido de um júri constituído por leigos para dois júris sucessivos constituídos por juristas, depois de 1838 o agravo da decisão dos novos jurados bachareis em direito já só subia a uma instância de recurso, tornando-se desnecessária a sobreposição de três graus de jurisdição. A amplitude generosa por fim atribuída ao recurso de agravo devia ser vista como mais um reflexo das benesses do sistema constitucional, vertendo deste modo Silvestre Pinheiro Ferreira no velho odre do recurso de ordenação não guardada o vinho novo do ideário liberal.

4. O Progetto di Codice di Procedura Criminale de Giovanni Carmignani (1836)

Na sequência da abertura de um concurso público pelas Cortes no ano de 1835, para apresentação de um código penal e de processo penal, Giovanni Carmignani, lente da universidade de Pisa, concluiu e ofereceu às Cortes portuguesas no ano seguinte um manuscrito contendo um *Codice Penale* e um *Codice d' Istruzione Criminale*.⁴⁴⁹

O *Progetto* estava dividido em quatro livros, o primeiro contendo disposições gerais, o segundo sobre a autoridade judiciária, o terceiro sobre os actos judiciários e o último sobre o processo judiciário, encontrando-se este ainda subdividido em duas partes, uma sobre o processo ordinário e outra sobre o processo sumário. Ao todo contavam-se 852 artigos.

O *Progetto* assentava em uma organização judiciária específica, que não se assemelhava à instaurada pela Reforma Judiciária. Os tribunais com competência criminal eram a Corte Suprema Reguladora (*Corte Suprema Regolatrice*), com sede na capital do país, as Cortes de Justiça Criminal (*Corti di Giustizia Criminale*), com sede na capital de cada departamento, os Tribunais de Justiça e de Polícia Preventiva (*Tribunali di Giustizia e di Polizia Preservativa*), com sede na capital de circundário, e os Tribunais de Simples Polícia (*Tribunali di Semplice Polizia*), com sede na capital de cada cantão.⁴⁵⁰

A Corte Suprema tinha competência para vigiar sobre a “uniformidade da máxima de julgar” (*uniformità della massima di giudicare*) e conhecer dos recursos sobre as decisões inapeláveis, com fundamento em violação ou errónea aplicação de lei ou em manifesta injustiça.

A Corte de Justiça Criminal tinha competência para julgar, sem apelação, os crimes públicos e os recursos de apelação das decisões do Tribunal de Polícia Preventiva, sendo composta por seis juízes quando se tratasse de julgamento em primeira instância de crime punível com a pena capital ou as de trabalhos, deportação ou exílio perpétuos, por quatro juízes quando o julgamento em primeira instância se

⁴⁴⁹ O manuscrito enviado pelo autor às Cortes tinha a designação de *Codice d' Istruzione Criminale*, embora o autor tenha mais tarde manifestado preferência pela designação de *Codice di Procedura Criminale*, que passou a utilizar para se referir ao manuscrito.

⁴⁵⁰ O autor do projecto, em nota explicativa ao projecto, afirmava que a quadricula judiciária por si proposta podia sobrepor-se à divisão administrativa portuguesa, considerando que o departamento corresponderia à unidade administrativa da província, o circundário à do distrito e o cantão à do município (Giovanni Carmignani, 1852 a: 4).

reportasse a crime punível com pena inferior e por três juízes no julgamento dos recursos de apelação.

O Tribunal de Justiça e de Polícia Preventiva era composto por três juízes e tinha competência para conhecer dos crimes particulares⁴⁵¹ e das transgressões que não fossem qualificadas de simples polícia.

O Tribunal de Simples Polícia era presidido, por inerência, pelo chefe administrativo do município e tinha competência para julgar, sem apelação, das transgressões de simples polícia, bem como funções de prevenção e repressão de conflitos familiares.⁴⁵²

O *Progetto* conhecia duas formas de processo comuns: o ordinário, aplicável nas Cortes de Justiça Criminal, e o sumário, aplicável nos Tribunais de Justiça e nos de Polícia. Além daquelas, previam-se a forma de processo contumacial, aplicável em qualquer tribunal, e a forma de processo para julgamento de crimes cometidos por magistrados ou contra magistrados no exercício das suas funções.⁴⁵³

A estrutura do processo ordinário regia-se por dois princípios fundamentais: a separação das funções instrutória e de julgamento (*sono incompatibili le funzione di giudice-istruttore, e di giudice cognitore nella medesima causa*, artigo 117)⁴⁵⁴ e a instrução escrita do processo (*la legge rigetta la istruzione orale della causa, ed adottata la scritta, come più confacente allo studio, che è necessario al giudice per conoscerla, e per deciderla colle regole giurisprudenziali, che ella gli assegna per*

⁴⁵¹ O elenco dos crimes particulares encontrava-se no artigo 211, sendo os restantes crimes públicos.

⁴⁵² Esta competência preventiva tinha, entre nós, paralelo na competência do juiz ordinário para ordenar as cauções e os termos de bem viver previstos no § 26 do Título 65 do Livro I, § 5 do Título 78, do Livro III, e no Título 128 do Livro V das Ordenações Filipinas (Caetano Pereira, 1820: 238 e 239).

⁴⁵³ O autor admitia expressamente na nota explicativa prévia (Giovanni Carmignani, 1852 a: 9) que o projecto de código para Portugal consistia na correcção e aperfeiçoamento das instituições processuais penais da Toscana, promulgadas pela reforma penal de 30.11.1786 pelo Grão-Duque Leopoldo I. A fundamentação dogmática da doutrina do projecto encontra-se em um outro estudo fundamental do autor, o *Saggio Teorico-Pratico sulla Fede Giuridica e su i suoi vari Metodi nelle Materie Penali*, que citará adiante para melhor esclarecimento do sentido das disposições do *Progetto*. O código leopoldino foi o primeiro código penal e processual penal moderno, tendo consagrado muitas das pretensões dos filósofos iluministas, tais como a abolição da tortura, da presunção de confissão do réu ausente e das penas de morte, de mutilação e de confisco geral de bens, por um lado, e por outro, a admissão da regra da liberdade provisória como medida cautelar (Mario Pisani, 1990: 110, e Giovanni Tarello, 1997: 547 a 550). Em Portugal, a doutrina do final do Antigo Regime conhecia e recomendava a adopção da filosofia e mesmo de algumas disposições concretas da lei toscana (António Ribeiro dos Santos, 1844: 169, notas ao título III).

⁴⁵⁴ A conciliação deste princípio com o princípio da instrução inquisitória característico do processo canónico constituía a principal novidade do processo misto introduzido por Leopoldo I. O *Progetto* de

guida onde limitarne l' arbitrio, artigo 20).⁴⁵⁵

O processo iniciava-se por impulso do acusador público ou do acusador privado e, só excepcionalmente, por iniciativa do juiz, estabelecendo-se uma radical distinção entre os processos abertos por impulso do acusador público ou oficiosamente pelo juiz, em que não era admitido o acusador privado, e os processos instaurados pelo acusador privado, em que não era admitido o acusador público.⁴⁵⁶ A investigação dos crimes públicos encontrava-se a cargo do juiz instrutor,⁴⁵⁷ procedendo este à produção e ao registo de toda a prova recolhida contra e a favor do denunciado (*gli atti informativi hanno l' oggetto di acquistare, o d' escludere, la prova del delitto o denunciato, o accusato in giustizia, e dell' individuo, o individui, ai quali è il delitto attribuito*, artigo 453), incluindo o interrogatório do denunciado e os depoimentos das testemunhas apresentadas pelo denunciado em sua defesa.⁴⁵⁸

Durante a instrução, o acusador público e o denunciado podiam interpor

Carmignani assentava do mesmo modo neste “elemento acusatório” fundamental do processo leopoldino (Giovanni Carmignani, 1852 b: 400).

⁴⁵⁵ A segunda característica essencial do processo leopoldino, herdada do processo inquisitório, era a natureza escrita da instrução da causa. A instrução escrita da causa constituía uma garantia contra o arbítrio do julgador alternativa à garantia da publicidade, pois obrigava o julgador a uma valoração “metódica” de toda a prova, para cujo efeito melhor servia o recolhimento do estudo científico dos meios de prova do que o “perorar” sobre a causa (Giovanni Carmignani, 1852 b: 241 a 244 e 384 a 388). O projecto oferecido a Portugal foi também discutido na doutrina europeia. Foi precisamente contra este domínio da instrução escrita da causa no projecto de Carmignani que se pronunciou o lente de Heidelberg, Carl Joseph Anton Mittermaier (1856: 130).

⁴⁵⁶ O *Progetto* dava particular importância à conformação institucional da Parte Pública, distinguindo entre os acusadores públicos e os comissários do governo e regulamentando com pormenor as relações entre ambos e com os restantes sujeitos processuais. O acusador público chefiava um corpo de milícia cívica, constituído para a execução coerciva das ordens do tribunal e o exercício de funções de polícia e de acusação de todos os delitos públicos, de acordo com um princípio estrito de legalidade. O acusador público estava sujeito às instruções do comissário do governo e este, por sua vez, estava sujeito ao procurador do rei junto do Tribunal Supremo. O comissário tinha competência para intervir directamente em qualquer fase do processo. A identificação do acusador público como um agente de polícia civil, destituído de funções de instrução, era outra das características do *Progetto* recolhidas do processo leopoldino (Giovanni Carmignani, 1852 b: 229, 409 e 440).

⁴⁵⁷ A instituição do juiz instrutor nada tinha em comum com a do processo napoleónico, concentrando o juiz instrutor do *Progetto*, à imagem do juiz instrutor do processo leopoldino, todas as funções instrutórias e de investigação e procedendo de modo equidistante e imparcial à investigação *a carico e a scarico* do réu, sendo a divisão de poderes e as relações do juiz instrutor com o Ministério Público na lei francesa objecto de uma crítica contundente do autor (Giovanni Carmignani, 1852 b: 373 a 376 e 414).

⁴⁵⁸ Esta doutrina tinha directa inspiração no artigo XXIV do Lei de 30.11.1786, que dispunha “se entretanto na pendência do informativo o réu tiver designado alguma testemunha ou alegado alguma prova tendente à sua desculpa, o juiz deverá oficiosamente fazer comparecer tal testemunha e inquiri-la e tomar-lhe depoimento para os autos do processo sobre todo e qualquer facto deduzido pelo réu para seu desagravo” (*se parimente pendente l' informativo il Reo avrà nominato alcun Testimone, o allegato qualche prova tendente alla sua discolta, il Giudice sarà tenuto ex officio a far comparire un tal Testimone, ed esaimnarlo, ed prendere informazione per gli Atti del Processo sopra ogni altro fatto dal Reo dedotto in di lui sgravio*, Dario Zuliani, 1995: 105 e 106).

recurso para a Corte dos despachos do juiz instrutor relativos à admissibilidade de meios de prova e à adopção de medidas de coacção.

Finda a instrução, o juiz propunha o arquivamento à Corte de Justiça, que, após recolha do parecer do comissário do governo, decidia em conferência, cabendo recurso da decisão de arquivamento apenas pelo comissário do governo para o procurador do rei junto do Tribunal Supremo. Este magistrado podia determinar o prosseguimento dos autos, tornando-se, contudo, responsável por danos e despesas no caso de o réu vir a ser absolvido, independentemente do fundamento da absolvição.⁴⁵⁹

Se o juiz instrutor concluísse que se verificavam indícios suficientes para aplicação de um pena ao denunciado, redigia as “conclusões de mero facto” (*conclusioni di mero fatto*, artigo 595), em que imputava o facto criminoso ao denunciado e tornava públicos os autos informativos (*atti informativi*).⁴⁶⁰ Não havendo indícios da prática de um crime punível com pena superior à de relegação,⁴⁶¹ o juiz instrutor devia libertar o denunciado, sob caução ou com a obrigação de permanência na residência.

O acusado podia então, em prazo fixado pelo juiz instrutor, declarar que se opunha à instrução escrita por este realizada e requeria a abertura da fase dos “autos de defesa” (*atti di difesa*, artigo 608), em que se devia produzir toda a prova da defesa. O acusador público ou o comissário do governo podiam contraditar a prova apresentada pelo réu. Toda a prova produzida nesta fase era igualmente registada e, designadamente, a ratificação dos depoimentos das testemunhas ouvidas na fase secreta e as alterações dos depoimentos entretanto verificadas.⁴⁶²

⁴⁵⁹ A garantia da responsabilidade civil pessoal do magistrado era outro “elemento acusatório” do processo leopoldino que Carmignani consagrava no *Progetto* (Giovanni Carmignani, 1852 b: 400).

⁴⁶⁰ A síntese da instrução judicial constituía o verdadeiro acto de acusação (Giovanni Carmignani, 1852 b: 249).

⁴⁶¹ A detenção em flagrante delito só podia ter lugar quando se tratasse de delito público punível com pena superior à de relegação ou, sendo inferior, quando o autor fosse vagabundo, mendicante válido, pessoa sob vigilância policial, difamado ou forasteiro que não pudesse prestar fiança. A detenção fora de flagrante delito requeria a verificação de indícios da prática de um delito público punível com pena superior à de relegação. Contudo, a custódia em segredo e preventiva do suspeito dependia apenas da indiciação de um delito público, mas em que o arguido não tivesse purgado os indícios da autoria criminosa. Esta custódia não tinha qualquer prazo nem era imputada na pena definitiva.

⁴⁶² O princípio fundamental do artigo XIV da reforma leopoldina, segundo o qual “a publicação dos autos ... operará, sem outra formalidade nem declaração, a legitimação do processo” (*la pubblicazione degli Atti (...) opererà, senz' altra formalità, e dichiarazione, la legittimazione del Processo*), era rodeada de três garantias essenciais: as testemunhas inquiridas no processo preparatório não prestavam juramento (artigo VII), devendo fazê-lo quando o processo fosse tornado público e o réu o exigisse, a publicação do

A fase de julgamento da causa iniciava-se com o envio dos autos para o tribunal de julgamento competente depois de produzida toda a prova da defesa. O julgamento tinha por base a prova registada nos autos, decidindo cada juiz separadamente e em voto escrito motivado ⁴⁶³ sobre o tipo legal de crime cometido e a pena justa.⁴⁶⁴ Contudo, o defensor e o comissário do governo tinham o direito de

processo consistia em dar-se ao réu ou ao seu defensor cópia de todos os depoimentos ouvidos em segredo, proibindo-se expressamente a prática de se lhe dar a conhecer apenas os nomes das testemunhas (artigo XIII), e as alterações ao depoimento da testemunha prestado em segredo feitas no depoimento prestado diante do réu ou do seu defensor eram inteiramente livres, não merecendo qualquer sanção (artigo VIII) (Dario Zuliani, 1995: 60 a 64, 71 a 83). O modo como os práticos aplicaram estas disposições revela que a reforma leopoldina ficou de certo modo prisioneira do segredo do antigo processo inquisitório. O réu só conhecia as provas recolhidas em segredo depois de o processo preparatório estar concluído e a confrontação do réu com as testemunhas da acusação não consentia “margem para manobras defensivas do réu”, pois na generalidade dos casos o réu apenas contestava genericamente as asserções destas testemunhas ou negava conhecê-las (Floriana Colao, 1989: 193 e 194).

⁴⁶³ A fundamentação da decisão enquanto instrumento da realização da “ciência da valoração da prova” tinha um valor essencial na estrutura do processo, ela era “a parte mais crítica e decisiva do processo leopoldino” (*a parte più critica, e decisiva del Leopoldino processo*, Giovanni Carmignani, 1852 b: 258). Assim, a reforma leopoldina de 1786 impunha a motivação da sentença com “razões sólidas e bem fundadas” (*solide e ben fondate ragioni*) como limite intrínseco ao arbítrio do juiz e da sua faculdade de aplicar penas extraordinárias quando “o querelado não seja nem confesso nem convencido, onde falte a prova plena e perfeita da sua prática ilícita, mas seja agravado com indícios suficientes” (*il Querelato non sia, o confesso, o convinto, onde manchi la prova piena, e perfetta della sua Reità, sia però aggravato da sufficienti indizj* artigos CX e CXVI). A prática atribuiu à teoria dos indícios consagrada naqueles artigos um “papel central”, sendo eles interpretados no sentido da admissão do valor probatório de meras conjecturas e permitindo a aplicação de penas arbitrarias como “uma espécie de «medida de segurança», útil não só para «punir» os culpados de determinados crimes, mas também para «vigiar» o sujeito genericamente «pouco recomendável» sob o ponto de vista da ordem pública” (Floriana Colao, 1989: 134, 135, 138, 190 e 191). Do mesmo modo, os artigos 351 a 368 do *Progetto* procediam à reabilitação da teoria da prova semi-plena, e o artigo 650 consagrava a teoria das penas extraordinárias, correspondentes aos vários graus de probabilidade da decisão do julgador até ao grau de “simples verosimilhança” (*semplici verisimiglianze*). Daí que nos processos por crimes públicos só a absolvição definitiva com base na prova da inocência extinguisse o procedimento criminal, ao invés, dos processos por crimes privados ou por transgressões, em que a absolvição por falta de prova era suficiente para esse efeito (artigo 273). Os casos de absolvição por falta de prova nos crimes públicos constituíam o campo de aplicação das medidas de vigilância da polícia. Curiosamente, a fundamentação dogmática destas opções do *Progetto* tinha na sua base a adesão do autor a um princípio essencial do pensamento penal iluminista, o de que a inevitabilidade da pena tinha uma maior eficácia preventiva do que a sua dureza (Giovanni Carmignani, 1852 b: 410, 418 e 434). A multiplicação das possibilidades de censura penal do réu, com a manutenção da teoria das provas semi-plenas, garantia, na visão do autor, uma maior eficácia preventiva do que o agravamento das penas. Carl Mittermaier (1856: 129 e 130) considerava por isso, com razão, que Carmignani tinha construído o projecto para Portugal com base na necessidade imperiosa de consagração da teoria das provas legais.

⁴⁶⁴ A atribuição da competência para decidir da matéria de facto e da matéria de direito ao mesmo julgador era justificada com a invocação de uma tese fundamental de Carmignani, a da impossibilidade da distinção destas duas questões nas causas criminais, em virtude da natureza das consequências jurídicas do facto criminoso: “é por isso impossível a divisão das duas questões, pois, tendo neste sistema o cálculo jurídico da prova consequências penais, as duas inspecções de facto e de direito penetram-se mutuamente e vão companheiras inseparáveis uma da outra” (*È allora impossibile la divisione delle due questioni, perchè in questo sistema avendo il calcolo giuridico della prova conseguenze penali, le due ispezioni di fatto, e di dritto, si compentrano insieme, e vanno compagne inseparabili l' una dell' altra*, Giovanni Carmignani, 1852 b: 308).

requerer a cada juiz uma audiência, onde ambos podiam alegar oralmente e o réu podia requerer que fossem ouvidas pessoas.

O objecto do processo e os meios de prova só podiam ser alterados a impulso das partes. Se após a publicação dos “autos informativos” (*atti informativi*), as partes alegassem factos novos ou arrolassem novas testemunhas, os juizes decidiam sobre a sua admissibilidade, cabendo, no caso de deferimento, a devolução dos autos ao juiz instrutor para que diante dele fosse produzida a prova nova ou se provassem os factos novos.

A sentença resultava do cômputo pelo presidente do tribunal da maioria dos votos, vencendo no caso de igualdade a opinião mais favorável ao réu.

Destarte, o *Progetto* conseguia uma realização quase perfeita do princípio da acusação no processo ordinário, com a separação de funções entre o juiz instrutor e o juiz de julgamento, que só era prejudicada pela fixação da competência do tribunal de julgamento como tribunal de recurso relativamente aos despachos do juiz instrutor. Ao invés, os princípios da imediação e da oralidade eram deliberadamente menosprezados, com base no axioma de que toda a força dos juizes “está naquilo que escrevem e é difícil a força que o homem é obrigado a conquistar para si escrevendo” (*sta in quel che scrivono, e difficile è la forza che l' uomo è obbligato ad acquistarsi scrivendo*),⁴⁶⁵ decidindo por isso o tribunal com base apenas na prova da acusação e da defesa registada nos autos.⁴⁶⁶

O mecanismo extremamente vulnerável e discricionário da audiência particular com cada juiz do tribunal de julgamento requerida pelo réu e em que este podia produzir prova não colmatava minimamente aquele défice, mas antes introduzia um factor adicional de distorção da tarefa de valoração da prova pelo juiz. Este défice podia, no entanto, ser corrigido por via de um generoso sistema de recursos concebido

⁴⁶⁵ Giovanni Carmignani, 1852 b: 244.

⁴⁶⁶ A aversão pela oralidade era o reverso da consciência muito aguda das “imperfeições irremediáveis do júri” (*imperfezioni immedicabili del jury*), que devia ser definitivamente postergado pela instituição de juizes profissionais. Esta posição do autor sobre o valor da instrução escrita do processo era determinada pelo preconceito da associação da instituição do tribunal de júri a uma de uma oralidade pervertida e constituía a base da justificação dogmática da preferência por juizes profissionais. É muito sintomático a este propósito que, ao descrever o espírito característico da sua reforma, o autor designasse o código penal como um “tratado anatómico difuso do delito” (*diffuso trattato anatomico del delitto*), cuja aplicação estava reservada a um “juiz jurisconsulto” (*giudice giureconsulto*), guiado pelas regras estabelecidas no código de processo (Giovanni Carmignani, 1852 a: 8 e 9).

exclusivamente em favor do réu.⁴⁶⁷

Com efeito, as sentenças condenatórias da Corte admitiam o recurso de revisão e o de cassação para o Tribunal Supremo, ao invés das sentenças absolutórias, que admitiam apenas recurso de cassação para uniformização da jurisprudência.

O recurso de revisão tinha fundamento em manifesta injustiça da sentença, enumerando o projecto os seguintes casos de manifesta injustiça: a abertura oficiosa do processo sem causa legal para tanto, a inobservância de alguma excepção peremptória, a omissão de inspecção ocular nos delitos de facto permanente, a omissão de produção de uma prova invocada pelo réu, a inobservância das regras legais sobre a produção de prova e a violação dos direitos processuais do réu de contradizer a prova da acusação.

O recurso de cassação tinha fundamento em violação da lei ou errónea interpretação da lei, aplicação errónea da lei ao facto ou errónea qualificação do facto ou ainda “para prover à uniformidade da máxima de julgar” (*per provvedere alla uniformità della massima di giudicare*, artigo 697). O comissário do governo só podia recorrer da sentença de absolvição ou daquela que tivesse condenado em pena insuficiente com este último fundamento, embora o pudesse fazer em qualquer momento, e o réu condenado não podia recorrer em caso algum com este fundamento.

O Tribunal Supremo julgava o recurso de revisão e o de cassação em conferência de seis juízes em causa capital e de quatro juízes nas restantes, com a presença do defensor, que podia alegar oralmente. Julgado procedente o recurso de revisão, o Supremo determinava o reenvio do processo para uma outra Corte Criminal, com vista à realização de um novo julgamento da causa no estado em que ela se encontrava, salvo se o réu apresentasse novos meios de prova. Contra esta segunda decisão não se admitia a interposição de novo recurso de revisão, mas apenas o de cassação.

Ao invés, no recurso de cassação, o Tribunal Supremo podia conhecer directamente a causa, absolvendo ou diminuindo a pena.⁴⁶⁸ No recurso para

⁴⁶⁷ O recurso comum ao acusado e ao acusador no processo por crime privado não era uma excepção a este regime de favor do réu, pois era admissível a dedução nos mesmos autos de uma “contra-acusação” (*contro accusa*, artigo 797), que colocava o acusador na situação de acusado e, portanto, também de eventual beneficiário do amplo recurso de revisão previsto em favor do acusado.

⁴⁶⁸ O tribunal de recurso podia conhecer da causa no recurso de cassação, porque a absolvição e a diminuição da pena eram “matérias conexas com a garantia da prerrogativa da lei” (*materie connesse colla garantia della prerogativa della legge*, Giovanni Carmignani, 1852 a: 397).

uniformização da jurisprudência, o tribunal emitia instruções vinculativas para todas as Cortes, sem qualquer efeito na causa em que tinha sido interposto o recurso.

Previa-se ainda o recurso de “retratação” (*ritrattazione*), interposto para o tribunal da decisão, quando fossem descobertos novos documentos que pusessem em causa a culpa do condenado ou a justeza da pena.⁴⁶⁹ Cabia recurso da decisão de não admissão da reabertura da instância para o Tribunal Supremo. Reaberta a instância, os autos eram continuados ao juiz instrutor para verificação da prova oferecida pelo condenado, seguindo o processo os ulteriores termos.

O processo contumacial dava lugar à citação edital do denunciado e ao sequestro de bens, nomeando-se um defensor ao réu e prosseguindo o processo os termos regulares, com a exceção da comunicação das conclusões do juiz instrutor ao réu e da admissão dos votos escritos dos juizes, que não se verificavam. A condenação contumacial admitia purgação pelo réu, em dez dias após a respectiva notificação edital no que toca à pena pecuniária e à indemnização e em qualquer momento no que respeita à pena corporal, continuando o processo como se o réu tivesse comparecido à citação inicial (*come se egli fosse alla prima citazione comparso*, artigos 725 e 726) e, designadamente, sendo-lhe admitida a dedução de toda a defesa.⁴⁷⁰

O processo sumário distinguia-se em três formas: o processo para julgamento de crimes particulares, o processo para julgamento de transgressões e o processo para prevenir e castigar os dissídios familiares.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Contudo, a sentença condenatória em pena menor do que a devida pelo delito e a sentença absolutória viciadas por prevaricação ou acordo entre o acusador público e o réu não podiam ser impugnadas, devendo apenas ser incriminado o magistrado ou o acusador público que tivesse violado os seus deveres.

⁴⁷⁰ O modo de declaração da contumácia, os seus efeitos e o regime diferenciado da sua purgação consoante a pena aplicada fosse pecuniária ou aflictiva do corpo eram rigorosamente regulamentados nos artigos XXXVII a XLIV da lei leopoldina, prevendo-se um regime mais favorável ao réu do que o do *Progetto*. Toda esta matéria estava sujeita a dois princípios fundamentais consagrados no artigo XXXVIII, nos termos do qual a contumácia podia constituir apenas “um simples indicio que poderia ser conjugado com as outras provas” (*un semplice indizio da potersi congiungere com le altre prove*), e no artigo XLVIII, segundo o qual nenhum castigo devia ser infligido ao réu “mesmo por uma questão de mera polícia sem primeiro o ter confrontado com as suas faltas e ouvido as suas desculpas” (*anche per cosa di pura Polizia a veruna Persona senza prima averli contestato le sua mancanze, e sentite le sue discolpe*), tendo a garantia da mais ampla defesa e da proibição dos “processos de câmara” (“processi camerali”) constituído a motivação fundamental deste regime (Dario Zuliani, 1995: 166 a 168, 196 e 197). No entanto, a prática não acolheu estes princípios. A valoração da contumácia como meio de prova da culpa do réu constituiu mesmo um “momento emblemático da falta de recepção da «Leopoldina» na prática processual” (Floriana Colao, 1989: 185 e 186).

⁴⁷¹ Esta última forma de processo consistia em uma sucessão de diligências do tribunal de simples polícia no sentido de conciliar familiares desavindos e, em caso de fracasso, de imposição de cauções com fins de ameaça e dissuasão.

O processo para julgamento de crimes particulares iniciava-se com uma tentativa de conciliação, que era facultativa, ou com a dedução de acusação pelo ofendido. Caso o réu confessasse no início do julgamento, findavam de imediato os autos com a sentença condenatória. No caso contrário, produzir-se-ia a prova apresentada pelas partes diante do tribunal de julgamento, decidindo o tribunal, mesmo que o réu fosse contumaz. O réu contumaz tinha oito dias para deduzir oposição decorridos sobre a notificação pessoal da sentença, mas na nova audiência não se repetiria a produção da prova da acusação, registada nos autos, produzindo-se apenas a prova da defesa.

O processo para julgamento das transgressões iniciava-se, quando não se tivesse elaborado processo verbal de verificação da transgressão, com uma instrução sumária pelo juiz instrutor, seguida da citação do réu para tomar conhecimento da imputação e da instrução, indicar testemunhas de defesa e requerer a reinquirição das testemunhas da acusação. Quando se tivesse elaborado processo verbal de verificação da transgressão, o processo iniciava-se logo com a citação do denunciado, salvo se o réu pretendesse provar por meio de testemunhas a falsidade ou o erro do processo verbal. Toda a prova da acusação e da defesa era produzida diante do juiz de instrução, sendo os autos escritos com o registo da prova enviados ao juiz presidente do tribunal competente para o julgamento, onde o defensor podia alegar oralmente. O défice na realização do princípio da imediação característico do processo leopoldino mantinha-se, pois, nos julgamentos de transgressões, ao invés dos julgamentos de crimes particulares.

As sentenças proferidas no Tribunal de Justiça, em processo por crime particular ou em processo de transgressão, eram recorríveis e a apelação era comum ao acusado e ao acusador. Podiam ser apresentadas novas provas, cabendo ao tribunal de apelação apenas revogar ou confirmar a sentença recorrida.

As sentenças proferidas no Tribunal de Polícia, em processo de transgressão, eram inapeláveis e estavam sujeitas aos recursos de revisão, cassação e retratação.

A amplitude dos recursos de revisão e de cassação, abrangendo aquele a preterição de diligências necessárias para assegurar a defesa do arguido e este a própria valoração dos factos provados (*a erronea qualificazione del fatto*, artigo 697, 4.º, enquanto vício distinto da *applicazione erronea della legge al fatto* e do da *erronea interpretazione di legge*, artigo 697, 2.º e 3.º), permitia uma muito ampla garantia em

favor do réu agravado pela instância. Acrescia ainda a circunstância de que esta garantia era exclusiva da defesa, por estes recursos na sua amplitude máxima estarem reservados ao réu condenado, já que o comissário do governo podia apenas recorrer da decisão absolutória ou de condenação em pena insuficiente “no interesse da lei” (*nell' interesse della legge*).

O recurso de apelação, admitido nas duas principais formas de processo sumário, não constituía, afinal, uma garantia muito distinta da oferecida pelos recursos de revisão e cassação na forma de processo ordinário, atentos os objectos amplos destes recursos e os limitados poderes do tribunal que julgava a apelação. O julgamento do réu contumaz em qualquer uma das formas de processo, ordinária ou sumária, não prejudicava em definitivo o princípio da imediação, dada a ampla possibilidade de o réu condenado fazer ouvir as suas razões e apresentar os seus meios de prova.

O legislador português mostrou-se, contudo, avesso à importação do modelo judiciário leopoldino,⁴⁷² tendo preferido orientar a reforma do direito judiciário e processual por um outro modelo.

⁴⁷² Não obstante a vontade generosa do lente de Pisa de contribuir para a divulgação dos ideais do pensamento penal iluminista e para o enriquecimento da discussão científica em Portugal, as Cortes nem lhe pagaram o prémio pecuniário prometido nem lhe devolveram o seu manuscrito, como ele solicitou, queixando-se o autor, já no final da vida, do “tratamento pouco justo e menos hospitaleiro que ele tinha sofrido e sofre da parte de Portugal” (*trattamento poco giusto e meno ospitale che egli ha sofferto e soffre dal Portogallo*, Giovanni Carmignani, 1852 a: XVIII).

Capítulo 4 °

A Revisão do

Paradigma Judiciário Liberal

1. A Nova Reforma Judiciária (1836-1837)

A Nova Reforma Judiciária foi aprovada pelo Decreto de 29.11.1836 e pelo Decreto de 13.1.1837, o primeiro tendo por objecto a organização judiciária e o segundo o processo civil e penal.⁴⁷³ Não obstante ter reposto em vigor a Constituição de 1822, o legislador revolucionário acolheu quase integralmente o projecto da Comissão criada pelos Decretos de 27.11 e 11.12 de 1835, que tinha sido elaborado à luz da Carta.

Se a Reforma tinha resultado do labor do ministro do governo liberal, Mouzinho da Silveira, representando a obra legislativa de uma das facções em luta, a Nova Reforma, aprovada na ditadura saída da revolução setembrista, representou, também ela, uma obra da facção liberal, liderada pelo Visconde de Sá da Bandeira e por Passos Manuel, que se pretendia a herdeira legítima dos vintistas.

A nova divisão judicial do território continental e das ilhas atlânticas era feita em distritos das Relações, comarcas, julgados, distritos dos juizes de paz e freguesias⁴⁷⁴

⁴⁷³ A Lei de 10.4.1838 estabeleceu a divisão judiciária nas ilhas adjacentes e determinou a aplicação às ilhas da reforma judiciária de 1836-37.

⁴⁷⁴ A comissão propunha uma quadrícula judicial semelhante, assente na divisão em círculos, comarcas, julgados, distritos e freguesias (artigo 1 do projecto). As duas diferenças fundamentais residiam na

e a competência encontrava-se distribuída entre três Tribunais da Relação, os juízes de direito, com competência genérica para julgar em cada comarca, com jurados ou sem eles, em primeira instância todas as causas não exceptuadas por lei,⁴⁷⁵ os juízes ordinários, com competência para julgar em cada julgado “as causas de menor valor” (artigo 5 da 1ª parte)⁴⁷⁶ e preparar os processos julgados pelo juiz de direito, um Tribunal de Polícia Correccional, também com sede em cada julgado e com a competência material já fixada na lei, e os juízes eleitos com competência para julgar em cada freguesia “as causas mínimas” (artigo 6 da 1ª parte)⁴⁷⁷ e as transgressões de posturas.⁴⁷⁸

A comissão omitia qualquer regulamentação das garantias dos magistrados judiciais, tendo o governo consagrado a perpetuidade dos conselheiros do Supremo Tribunal e dos juízes de direito de primeira e de segunda instância e a garantia da tutela judicial da perda de lugar na magistratura. O governo podia também aposentar estes magistrados com fundamento em causa justa e provada e após audição do Supremo Tribunal.

Todos os “cidadãos activos”, maiores de vinte e cinco anos e menores de sessenta, que soubessem ler, escrever e contar e tivessem uma renda líquida de 100.000 réis por ano se vivessem em Lisboa e no Porto ou de 50.000 se vivesse no resto do país, eram jurados, sendo o requisito de natureza censitária menos exigente do que o fixado em 1832.⁴⁷⁹ A lista geral dos jurados e as pautas anuais dos jurados eram elaboradas nos

introdução da possibilidade de alargamento do âmbito territorial da competência do juiz pedâneo a uma ou mais freguesias e no maior número de comarcas proposto pela comissão.

⁴⁷⁵ A Nova Reforma, ao invés da anterior, sofreu uma forte influência do *Code d' Instruction Criminelle* na regulamentação de variadíssimas questões. Além das questões adiante referidas, essa influência nota-se na solução legal consagrada para a competência internacional dos tribunais criminais portugueses. Com efeito, os artigos 9 e 10 da 3ª parte da Nova Reforma constituíam a tradução dos artigos 5, 6 e 7 do *Code d' Instruction*.

⁴⁷⁶ Estas causas eram as causas cíveis previstas no artigo 69 da 2ª parte, cujo valor em móveis não excedia a 20.000 réis e em imóveis a 10.000 réis.

⁴⁷⁷ Estas “causas mínimas” eram as causas relativas a danos cometidos sem dolo criminoso previstas no artigo 60 da 2ª parte.

⁴⁷⁸ Embora estes magistrados tivessem mantido a designação dos criados pela Lei de 30.4.1835, só a designação era a mesma, pois as suas competências eram aproximadamente as dos juízes pedâneos criados pela Reforma Judiciária. A Nova Reforma também previa a existência de um juiz de paz em uma ou mais freguesias, com competência conciliatória e com uma competência orfanológica nova, e de juízes árbitros nas causas cíveis livremente disponíveis e em que o Ministério Público não devesse intervir.

⁴⁷⁹ Contudo, as excepções profissionais eram em maior número, incluindo todos os “membros da Administração Civil, que forem nomeados pelo Governo, e os seus subalternos” (artigo 49, § 2 do Decreto de 29.11.1836). A redacção do projecto era mais restrita, incluindo apenas os “governadores civis e mais autoridades administrativas da immediata nomeação do Governo” (artigo 69, § único, do projecto).

mesmos termos dos da Reforma Judiciária, não permitindo o arbítrio dos vereadores.

Os juizes de paz, os juizes ordinários e os juizes eleitos eram eleitos pelo povo, por um ano e sem qualquer confirmação real, ao invés dos juizes dos tribunais superiores, do tribunal de polícia e dos juizes de direito, que eram nomeados pelo rei. O Governo, fiel ao ideário da constituição vintista, foi mais liberal do que a comissão, que propunha que os juizes ordinários e os juizes pedâneos fossem confirmados, aqueles por carta do Governo e estes pelo juiz de direito.

A comissão discutiu e aprovou, com um voto contra, a existência dos magistrados ordinários, declarando, contudo, no preâmbulo do projecto que estava mais convencida da sua “necessidade” do que da sua “conveniência”, atentos os incómodos trazidos aos povos pela distância a que se achavam colocados os juizes de direito.⁴⁸⁰ Assim, a comissão propôs estes magistrados como “authoridades intermedias aos Povos, e aos Juizes de Direito”, mas com competência restrita a “objectos de pequena monta” e com a ressalva da admissibilidade da interposição de recurso das decisões destes magistrados para o juiz de direito.⁴⁸¹ Neste ponto, a comissão procurou legitimar a sua proposta com a invocação dos costumes pátrios, pois sempre coube recurso do juiz ordinário para o corregedor de comarca, do qual a comissão aproximava o juiz de direito. A verdade é que foi também propósito, aliás, confessado, da comissão aliviar o tesouro das despesas com os juizes de direito, diminuindo o seu número.⁴⁸²

Em cada julgado tinha também sede um tribunal de polícia correcional, com uma nova composição e uma nova competência territorial, na sequência da proposta da comissão (artigos 35 e 36 do projecto), a que o governo deu a sua aprovação. Estes tribunais, que de ora em diante seriam tantos quantos os julgados ordinários, tinham não só uma competência territorial mais restrita, como uma nova composição, incluindo nos julgados de província que fossem cabeça de comarca o juiz de direito e os dois vereadores mais votados do ano anterior e nos julgados que não fossem cabeça de

⁴⁸⁰ Silva Ferrão e outros, 1836: 7. Corrêa Telles (1840: 93) era muito crítico desta magistratura e, sobretudo, da fixação de uma alçada nas causas crimes por ela julgadas: “Tão pouco se estimou a liberdade e a bolsa dos Cidadãos q' até a homens imperitos se confiou uma autoridade descricionária, sem recurso, e sem modo de poder fazer ver a violencia, q' lhes fizeram”.

⁴⁸¹ Silva Ferrão e outros, 1836: 7.

⁴⁸² Silva Ferrão e outros, 1836: 8.

comarca o juiz ordinário como presidente e os dois vereadores como adjuntos.⁴⁸³ Destarte, a deficiência da composição do tribunal de recurso na versão do Decreto de 12.12.1833 era agravada, pois já nem mesmo no julgamento dos recursos interpostos dos julgados de província que não eram cabeça de comarca estava afastada a intervenção do juiz recorrido.

A lei nova omitia qualquer outra referência à competência deste tribunal e nada dispunha sobre a dos magistrados de polícia e sobre o processo aplicável pelo tribunal de polícia e pelos vários magistrados de polícia,⁴⁸⁴ o que suscitou dúvidas atinentes ao objecto e aos poderes daquele tribunal na nova organização judiciária. Os tribunais disputavam sobre se o Tribunal de Polícia mantinha a sua competência exclusiva como segunda instância que conhecia dos recursos interpostos dos magistrados de polícia ou dos que exerciam as competências destes e, mantendo o tribunal de polícia a sua qualidade de tribunal de recurso, se lhe eram conferidos apenas os anteriores poderes de revisão da sentença recorrida ou outros. O governo esclareceu as dúvidas, fazendo publicar a Portaria de 16.9.1837, segundo a qual o Tribunal de Polícia Correccional somente conhecia em segunda instância, e a Portaria de 12.8.1839, nos termos da qual o Tribunal de Polícia procedia apenas à revisão da sentença, sem qualquer intervenção das partes ou do acusador público.

A comissão viu também com bons olhos a magistratura dos juizes pedâneos, dando-lhe uma “particular atenção” por ser “uma das autoridades que se acha mais em contacto, com os Povos”,⁴⁸⁵ propondo o aumento da sua alçada e ampliando mesmo, em certos casos, o âmbito territorial da sua competência a duas freguesias. Também a este propósito se chamou à colação um factor histórico: a existência da tradição dos juizes das aldeias. A proposta só parcialmente foi adoptada pelo governo, pois os juizes eleitos, a quem foi atribuída a competência material do juiz pedâneo, tinham competência territorial apenas em uma freguesia. A possibilidade do alargamento da respectiva competência territorial só a reconheceu o governo ao juiz de paz.

Por outro lado, o governo atribuiu aos juizes eleitos não só a competência

⁴⁸³ Corrêa Telles (1840: 96) comentava a novidade deste modo: “Um Tribunal composto de um Juiz Ordinário, e de dous Vereadores seus subditos, a revêr a sentença q’ o mesmo Juiz Ordinario deo, é cousa pasmosa”.

⁴⁸⁴ O governo não seguiu a proposta da comissão, que a propósito da competência correccional dos juizes ordinários continha no artigo 179 uma remissão expressa para os termos de Decreto de 12.12.1833.

⁴⁸⁵ Silva Ferrão e outros, 1836: 9.

genérica para julgarem todas as transgressões de posturas, como fixou uma alçada maior do que a da Reforma Judiciária, conhecendo aqueles magistrados sem recurso em Lisboa e no Porto até 2.500 réis e no resto do país até metade daquela quantia.

A comissão de reforma e o governo tiveram o propósito expresso de aumentar a alçada destes juízes nas causas de transgressões de posturas e coimas, omitindo qualquer menção à competência criminal destes magistrados. Contudo, o silêncio da lei nova sobre a competência nas causas de polícia correcional suscitou o problema, cuja resolução se arrastou durante anos, de se saber se os juízes eleitos tinham, além da competência transgressional, a competência criminal que o decreto de 1833 tinha atribuído aos juízes pedâneos. Só com a publicação da Portaria de 17.9.1839 o governo esclareceu que o artigo 59 da segunda parte da Nova Reforma não excluía quaisquer outras competências do juiz eleito fixadas em lei especial e, portanto, os juízes eleitos conheciam também dos crimes de polícia correcional, puníveis com pena que não excedesse a três dias de prisão ou 3.000 réis de multa, tal como os juízes pedâneos, que tinham substituído.⁴⁸⁶

Destarte, após a abolição de 1835, as magistraturas populares regressavam, pela mão do legislador revolucionário, com as competências investigatórias e judicativas que já tinham tido nos termos do decreto de 1833, sendo até aumentada a competência transgressional do juiz eleito e, simultaneamente, consagrada a recorribilidade das decisões proferidas por estes magistrados nas causas desta natureza.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ Contra a doutrina fixada nesta portaria pronunciou-se Corrêa Telles, 1840: 97 (verso). O autor interpretava restritivamente as competências desta magistratura, considerando que a Nova Reforma tinha revogado a competência criminal destes magistrados e que só se mantinha a competência transgressional (Corrêa Telles, 1840: 93). A polémica centrava-se em um problema de sucessão de leis, encobrendo toda a questão uma disputa sobre a conveniência da atribuição de competência criminal às magistraturas populares.

⁴⁸⁷ Esta tendência para uma maior intervenção popular na administração da justiça também se verificou na primeira grande reforma legislativa liberal espanhola. O *Reglamento provisional para la administracion de justicia en lo respectivo á la real jurisdiccion ordinaria*, publicado pelo Decreto de 26.9.1835, atribuiu ao alcalde competência concorrencial com o juiz letrado para julgar sem recurso, mas com parecer de dois homens bons, as causas criminais de injúria e as faltas ligeiras que não merecessem outra pena além da de repreensão ou correção ligeira. Os juízes letrados conheciam sozinhos das restantes causas. Apesar da proximidade histórica e desta coincidência das opções políticas neste ponto concreto, o *Reglamento* não influenciou a comissão portuguesa na elaboração do projecto. Com efeito, quer a regulamentação dos princípios da imediação e da acusação, quer a dos recursos eram muito distintas das do projecto da comissão. O artigo 51, 7^ª, do *Reglamento* permitia o julgamento da causa criminal com base nos depoimentos do sumário, quando as partes prescindissem da prova e se conformassem com eles e só no caso inverso tinha lugar a ratificação daqueles depoimentos na audiência de julgamento. O princípio da acusação também não era observado. O juiz letrado controlava totalmente a

Se o legislador deixava assim explícito o propósito de concretização do paradigma judiciário liberal vertido na constituição então vigente, fazia-o, contudo, revelando já uma perspectiva crítica da experiência, entretanto realizada, do modelo judiciário consagrado pela Reforma de 1832. Assim, o legislador distanciava-se deste modelo ao tomar três opções fundamentais: a abolição do juízo de conciliação em todos os feitos crimes,⁴⁸⁸ a restrição da competência do júri em um maior número de causas cíveis⁴⁸⁹ e crimes e a profunda alteração da estrutura das formas de processo e, em especial, das relações entre o juiz de direito e o júri e entre aquele e as partes.

Ao invés da Reforma, a lei nova dividia claramente o processo preparatório em duas fases, o corpo de delito, destinado ao apuramento da existência do crime,⁴⁹⁰ e o sumário da querela, visando a identificação dos criminosos.⁴⁹¹ No sumário o juiz recolhia todos os meios de prova, inquirindo as testemunhas sem as partes presentes e

instrução dos processos que lhe competia julgar, quer eles tivessem sido investigados por si, quer pelo alcaide, como resultava do disposto no artigo 33 do *Reglamento*. Nas causas julgadas pelo alcaide, com os homens bons, não havia praticamente instrução, pois o julgamento processava-se em juízo estritamente verbal, mas também não havia qualquer recurso. Esta regulamentação retrógada era consentânea com a fixação da subida obrigatória à segunda instância de todos os processos em que o crime fosse punível com pena corporal. Nas causas por crimes ligeiros que não fossem puníveis com esta pena era admitido o recurso de apelação.

⁴⁸⁸ Ao invés, a comissão tinha proposto a manutenção da conciliação nas causas por crimes particulares (artigos 129, § 1, e 935 do projecto). A Nova Reforma introduziu também muitas excepções à obrigatoriedade da conciliação no processo civil. Alberto dos Reis (1909: 104) identificava mesmo a publicação deste diploma com o início da fase de reacção contra o rigor do princípio consagrado no artigo 128 da Constituição de 1822 e no artigo 7 da Reforma de 1832. A terceira fase teria sido marcada pela publicação do Código do Processo Civil, cujo regime representaria “a abolição disfarçada da tentativa conciliatória”. A Reforma Judiciária marcaria também o início da fase de restrição do juízo arbitral depois da consagração ampla do juízo arbitral facultativo na Constituição de 1822 e na Carta e do juízo arbitral necessário na Lei de 30.4.1835 (Alberto dos Reis, 1909: 109).

⁴⁸⁹ A emergência das causas sumárias cíveis justificava a existência de um título autónomo, o XX da 2ª parte. Nestas causas o júri não intervinha e procedia-se a registo da prova produzida em julgamento, quando a causa não coubesse na alçada do juízo.

⁴⁹⁰ Para a formação do corpo de delito era cumulativa a competência de todas as autoridades judiciais da comarca, com excepção dos crimes que não admitissem fiança cometidos na cidade ou vila onde residisse o juiz ordinário, para os quais o juiz eleito não tinha competência (artigo 46, § único, da 3ª parte). Esta reserva de competência era obviamente extensível aos juizes de direito, apesar do silêncio da lei (Corréa Telles, 1840: 9 verso).

⁴⁹¹ Se a extinção das devassas e das denúncias e a concomitante elevação da querela a meio privilegiado de abertura da investigação criminal constituíram objectivos fundamentais do legislador da Reforma, que prejudicaram manifestamente o tratamento autónomo da matéria atinente à formação do corpo de delito, o mesmo não aconteceu ao tempo da Nova Reforma, tendo o legislador tratado separadamente estas matérias, sob dois títulos distintos, o dos meios de participação do crime e o da formação do corpo de delito. O corpo de delito, cuja falta era sancionada com a nulidade do processo, constituía um dos pilares do pensamento penal iluminista, avesso à investigação de violações interiores da lei penal, pois “as leis civis, e a Virtude tem cada huma o seu imperio separado”, não sendo os juizes “obrigados a fazer com que as acções dos Cidadãos se dirijão á perfeição, que a virtude exige” e, consequentemente, “a lei penal não pode ser infringida senão por um acto externo, sensível e manifesto” (João da Cruz, 1789: 57 e 58, Basilio de Sousa Pinto, 1845: 34, 35, 151 e 152, e Duarte Nazareth, 1853: 54 e 55).

registando os depoimentos, que eram fechados e cosidos.⁴⁹² O interrogatório do arguido era obrigatório se o arguido fosse preso no processo preparatório e facultativo no caso contrário e, embora o arguido fosse interrogado em segredo e sem a assistência de defensor, o juiz procedia à diligência necessariamente na presença de dois escrivães ou, havendo apenas um, de duas testemunhas, que ficavam obrigadas a guardar segredo de justiça. Ao réu era facultada a apresentação de prova documental após o seu interrogatório.⁴⁹³ Logo que algum querelado aparecesse suficientemente indiciado, o

⁴⁹² A direcção do processo preparatório pelo juiz de instrução constituía uma das características mais notáveis do *Code d' Instruction*, que o legislador liberal austríaco também consagrou (§ 88 da *Strafproceßordnung* de 1850). Ao invés, a lei prussiana confiava a direcção do processo preparatório, em parte, ao Ministério Público, intervindo o juiz de instrução apenas quando o magistrado do Ministério Público o considerasse necessário para “a fundamentação ou o aperfeiçoamento da acusação” nos processos para julgamento de crimes (*Verbrechen*) e obrigatoriamente nos processos para julgamento de crimes graves (*schwere Verbrechen*), puníveis com pena da prisão superior a três anos (§§ 42 e 75 da *Verordnung* de 1849). A doutrina clássica alemã, que interpretava estas disposições e outras da nova legislação dos Estados alemães como consagrando uma nova perspectiva do Ministério Público como principal órgão de investigação e instrução (Eberhardt Schmidt, 1947: 300 a 303), foi contestada recentemente, mas sem razão, por Wolfgang Wohlers (1994: 161 e 172). O autor não atendeu ao facto de no novo direito prussiano o Ministério Público se encontrar munido do poder de arquivar qualquer processo, independentemente da natureza do crime, antes de ele ser introduzido em tribunal, sendo apenas admissível a interposição de uma queixa junto do *Ober-Staatsanwalt* contra estas decisões (§ 9 da mesma *Verordnung*). Por outro lado, a polícia prussiana dominava, na prática, tal como o legislador pretendeu, o processo preparatório (§ 4 da *Verordnung* de 3.1.1849), tornando-se imperioso o controlo da polícia pelo órgão acusador (Wilhelm Krug, 1940: 26). O direito francês distinguia-se também do português, austríaco e prussiano por uma outra circunstância, muito gravosa para o suspeito. Embora fosse nomeado por três anos, o juiz de instrução francês encontrava-se sob a supervisão permanente do procurador da República, nos termos dos artigos 57 e 279 do *Code d' Instruction*, podendo a qualquer momento ser afastado pelo procurador da direcção de um processo, devendo obedecer-lhe no que toca à realização dos actos de polícia, mas não no que respeita aos actos de instrução, e dependendo dele em termos disciplinares e de progressão na carreira. Esta regulamentação levou a doutrina a concluir pela dependência do juiz de instrução em relação ao poder executivo, tendo a crítica subido de tom sobretudo depois do reforço da competência do juiz de instrução pela Lei de 17.7.1856 (Carl Mittermaier, 1856: 427, Bertin, 1863: 3 a 5, 92 a 105, Faustin Hélie, 1866 d: 67 a 69, Zachariae, 1868 a: 201 e 202, 430 e 431, René Garraud, 1909: 548 a 554, Jules Coumoul, 1911: 286 a 288, e Abraão de Carvalho, 1913: 69, 70, 133 a 139).

⁴⁹³ Deste modo, o processo preparatório era secreto e não contraditório até à ratificação da pronúncia, mas com uma diferença fundamental em relação ao modelo do *Code d' Instruction*. O segredo na fase de instrução do processo, característica essencial deste código, resultava indirectamente das disposições que regulavam a instrução preparatória, aproximando-se esta regulamentação do direito da *Ordonnance* de 1670 e afastando-se do regime de inquirição das testemunhas na presença do réu, se este se encontrasse preso, consagrado no artigo 15 do título IV da Lei de 16-29.9.1791 e no artigo 115 e 116 do Código de 3 *brumaire* do ano IV (Carl Mittermaier, 1846: 175 a 179, Esmein, 1882: 532, Jean Pradel, 1990: 27, e Jean Pierre Royer, 1996: 427 e 679). Na nova lei francesa nem o suspeito nem o seu defensor assistiam às diligências de instrução, não sendo admitida a intervenção do defensor no interrogatório do suspeito. A doutrina criticou severamente o segredo absoluto do direito napoleónico por permitir a prática de inquirições e interrogatórios capciosos pelo juiz de instrução, concluindo mesmo que a instituição do juiz de instrução não podia ter tido origem no interesse pela salvaguarda da liberdade, mas antes no “desejo de fazer desaparecer toda a ideia de liberdade e de acostumar a nação a uma obediência servil e vergonhosa” (*désir de faire disparaître toute idée de liberté, et d' accoutumer la nation à une obéissance servile et honteuse*, J. D. Meyer, 1822: 486, e 1823: 301 a 308, Cottu, 1822: 258 a 266, D' Eyraud, 1825: 158 e 159, Anselm von Feuerbach, 1825: 367 e 368, e Anton Bauer, 1835: 443 e 44). A defesa teórica deste modelo coube a Bertin (1863: 14 a 19, 80 e 81), e a Ernest Glasson (1883 b: 765), que se pronunciaram

juiz dava a pronúncia, devendo fazê-lo no prazo máximo de oito dias se o querelado se encontrasse preso.⁴⁹⁴

O processo preparatório terminava com a ratificação da pronúncia ou da não pronúncia, que tinha lugar em audiência pública⁴⁹⁵ diante de um júri composto por doze ou nove jurados, consoante a dimensão da lista geral de jurados de cada julgado,⁴⁹⁶ mas, ao invés da Reforma, nesta audiência o júri só procedia à sindicância da prova recolhida no sumário, cabendo a sindicância do despacho de não pronúncia fundado na falta de ilicitude do facto à Relação, em recurso de apelação interposto pelo agente do Ministério Público ou pela parte querelosa. De igual modo, admitia-se a interposição pelo réu de agravo de instrumento contra o despacho de pronúncia, com fundamento apenas na falta de ilicitude da conduta, estando impedida a Relação, neste como naquele recurso, de conhecer da matéria da prova.⁴⁹⁷

contra a publicidade da instrução preparatória, quer de um ponto de vista teórico quer de acordo com os costumes do povo francês, com a ressalva da publicidade a partir da prolação da decisão final do juiz de instrução, de modo a permitir o conhecimento dos autos pelo defensor na *Chambre des mises en accusation* e a dar significado prático à faculdade prevista no artigo 217 do *Code*. Esta proposta reformadora não vingou, mas foi-se progressivamente afirmando uma teoria restritiva do carácter absoluto do segredo, que admitia que o juiz desse a conhecer os autos ao suspeito se e quando assim o entendesse e considerava necessária a realização de um interrogatório do suspeito no final da instrução para que ele fosse confrontado com todos os factos que lhe fossem imputados (Faustin Hélie, 1866 d: 428 a 431, 570 e 571, e 1867 a: 80 e 81). A *Cour de Cassation* seguiu esta doutrina do carácter não absoluto do segredo da instrução (Bernard Bouloc, 1965: 562 e 563). Ao invés do direito francês, o direito português manteve a solução inicial do Decreto da assembleia constituinte de 9.8.1789, da coadjuvação do juiz instrutor por dois “elementos substitutivos da opinião pública”. Mais longe ainda foi o novo direito austriaco liberal, que consagrou uma muito ampla defesa do réu no processo preparatório, mantendo a produção da prova diante de duas testemunhas oficiosas do tribunal e introduzindo a proibição da prestação de juramento das testemunhas inquiridas nesta fase, a obrigatoriedade de realização das diligências requeridas pela defesa, com excepção das dilatórias, e a faculdade de o réu ou o seu defensor apresentarem, antes de proferida a decisão de remessa dos autos para julgamento, um requerimento de defesa, tendo acesso aos autos para o preparar (§§ 117, 177, 212 e 222 da *Strafproceßordnung* de 1850). Ao invés, o novo direito prussiano liberal seguiu o modelo de instrução do *Code* de muito perto (§§ 16, 44 a 46 da *Verordnung* de 3.1.1849).

⁴⁹⁴ O governo seguiu a sugestão da comissão (Silva Ferrão e outros: 1836: 134), no sentido da redução do prazo de quinze dias fixado na Reforma e da soltura obrigatória no caso de não prolação da pronúncia no prazo de oito dias.

⁴⁹⁵ Embora o réu devesse estar sempre na audiência, podia resultar da conjugação do disposto nos artigos 218 e 219 da terceira parte da Nova Reforma que a ratificação fosse feita sem a presença do réu e sem o seu interrogatório, designadamente, quando o delegado ou o querelante tivesse requerido a pronúncia de pessoas anteriormente não indiciadas (Corrêa Telles, 1840: 47).

⁴⁹⁶ A comissão teve em particular atenção “a importante alteração no modo do sorteamento do Jury de pronúncia”, pois o método consagrado em 1832 “destruía toda a beleza do Jury resultante da incerteza do Julgador” (Silva Ferrão e outros, 1836: 10). Com efeito, na primeira reforma apenas se previa o sorteio de seis jurados de entre os vinte e seis cidadãos que compunham a pauta do júri de pronúncia, não podendo em relação aos jurados sorteados ser deduzida recusa nem dada suspeição.

⁴⁹⁷ O sistema de sindicância da decisão do magistrado que tinha procedido à investigação criminal era, pois, muito distinto do consagrado no *Code d' Instruction*. Os constituintes franceses tinham consagrado, na Lei de 16-29.9.1791, o júri da acusação, pondo fim à legislação transitória de Outubro de 1789 e

Por outro lado, a nova lei esclarecia também que nos julgados que não fossem cabeça de círculo os juizes ordinários, que tinham dirigido o processo preparatório, davam a pronúncia, mas já não presidiam à audiência de ratificação da pronúncia, devendo remeter os autos ao juiz da cabeça do círculo para o efeito.⁴⁹⁸

Na audiência de ratificação procedia-se ao interrogatório do réu e à repergunta das testemunhas já ouvidas no sumário, estando vedada a inquirição de outras

adoptando parcialmente o modelo judiciário inglês, mas com três diferenças significativas: o número de jurados franceses não era de vinte e três, mas de apenas oito, a direcção dos debates não competia a um dos jurados, mas a um membro do tribunal designado como “director do júri”, e o júri francês só podia decidir se os factos deviam ser punidos com uma pena aflictiva ou infamante (Bertin, 1863: 70 e 71, 76 e 77, Faustin Hélie, 1867 a: 14 a 16, Esmein, 1882: 410, 418 a 423, Ernest Glasson, 1883 b: 759 a 761, e René Garraud, 1907: 78 e 79). A instrução sumária da causa pelo juiz de paz era submetida aos jurados, que inicialmente ouviam as testemunhas da acusação e, depois da Lei de 7 pluviôse do ano IX, já só tomavam conhecimento dos autos das diligências de prova da instrução. Se os jurados admitissem o feito a julgamento, o director do júri elaborava a acusação. O júri de acusação não funcionou bem em França, razão pela qual veio a ser substituído pelo legislador imperial por um sistema de fiscalização da instrução sem participação popular. Assim, o juiz de instrução conduzia a investigação e elaborava um parecer sobre a mesma, que seria apreciado pela *chambre du conseil*, composta por três juizes de direito, sendo um deles o próprio juiz de instrução. A decisão desta câmara de prosseguimento dos autos para julgamento proferida nos processos com tribunal de júri estava sujeita à confirmação necessária da *chambre des mises en accusation* do tribunal superior. Só com a publicação da Lei de 17.7.1856 o legislador do Segundo Império conferiu ao juiz de instrução o poder de decisão sobre o prosseguimento dos autos para julgamento, mantendo a subida oficiosa dos autos para a *chambre des mises en accusation*. Ao suprimir a *chambre du conseil*, a Lei de 1856 não só pôs fim a uma fase processual dominada pela “voz preponderante do juiz de instrução”, que aumentava em muito a duração da prisão preventiva, como concentrou plenamente no juiz de instrução os poderes investigatório e decisório e, deste modo, reforçou o carácter jurisdicional da sua actividade (Carl Mittermaier, 1846: 182, Bonneville de Marsangy, 1855: 368 a 373, Faustin Hélie, 1867 a: 51 a 53, 64 e 65, Ortolan, 1875: 423, Adolphe Guillot, 1884: 45 e 228, e Jean Pradel, 1990: 31). A doutrina não deixou, contudo, de criticar o conhecimento limitado às peças do processo e não contraditório da *chambre des mises en accusation*, que não passava de uma “pálida e insignificante cópia” do júri de acusação de outrora (Anselm von Feuerbach, 1825: 432 a 434, Ernest Glasson, 1883 b: 765 e 766, Raoul de La Grasserie, 1914: 495, 499 e 500, e Donnedieu de Vabres, 1929: 113 e 114). O legislador austríaco procurou evitar a crítica que a doutrina dirigia à intervenção da câmara do conselho na lei francesa e consagrou uma solução distinta (Julius Glaser, 1883: 169 e 170). O processo preparatório relativo a crimes públicos podia ser arquivado em qualquer momento com o acordo do juiz e do Ministério Público, competindo, em caso de desacordo, a decisão ao *Bezirkscollegialgericht*. A remessa dos autos a julgamento dependia da decisão da *Anklagekammer* do *Oberlandesgericht* ou do *Bezirkscollegialgericht*, consoante se tratasse de factos da competência do tribunal de júri ou não, podendo o juiz de instrução participar, mas não votar, somente na sessão deste tribunal (§§ 111, 223 e 225 da *Strafprozeßordnung* de 1850). No direito austríaco liberal, tal como no francês, o princípio da acusação era, pois, integralmente respeitado nos processos julgados pelo tribunal de júri. Ao invés, o novo direito prussiano regulava o recebimento da acusação em termos distintos dos do direito francês, prevendo o § 76 da *Verordnung* de 1849 a formação no processo em que intervinha o júri de uma “deputação do tribunal” (*Gerichtsdeputation*), composta por três membros do tribunal de julgamento, que procedia à verificação da existência de indícios suficientes da prática do crime, sendo este juízo necessariamente submetido à confirmação do tribunal de recurso. Nas formas de processo em que não intervinha o júri, a decisão competia ao juiz de julgamento, nos termos do § 39 daquela *Verordnung*. Assim, na sequência de uma prática dos tribunais prussianos já anteriormente firmada com o acordo da doutrina (Anton Bauer, 1842: 227 a 230), o direito prussiano liberal não garantia o princípio da acusação.

⁴⁹⁸ Tendo surgido a dúvida na jurisprudência sobre o âmbito das competências do juiz ordinário no julgado cabeça de comarca, o governo veio esclarecer a questão, pela Portaria de 1.10.1838, no sentido de

testemunhas. Ao contrário do que dispunha a Reforma, a lei nova impunha o princípio da proibição da leitura dos interrogatórios do réu e dos depoimentos das testemunhas do sumário, salvo dos das testemunhas residentes fora da comarca, das testemunhas faltosas, das falecidas, das ausentes da comarca ou “em lugar física e politicamente incomunicável” (artigo 202 da 3ª parte) ⁴⁹⁹ e ainda dos depoimentos do réu falecido, do réu fugido ou impossibilitado de estar presente na audiência, quando desse depoimento do réu resultasse culpa a algum dos réus presentes. Contudo, o júri podia determinar que estivessem presentes para prestar depoimento oral as testemunhas faltosas, residentes fora da comarca ou impossibilitadas de estar presentes por causa temporária legítima. Acresce que no caso de contradições e alterações essenciais do depoimento do réu ou da testemunha com os respectivos depoimentos do sumário da querela lhes podiam ser lidos estes depoimentos.

O objecto do processo era estritamente delimitado, impondo a lei nova a conformidade necessária do libelo acusatório do Ministério Público à querela e dos quesitos formulados pelo juiz ao libelo e ainda das respostas dadas pelo júri de julgamento aos quesitos, sob cominação de nulidade nestes dois últimos casos. Admitia-se, contudo, a formulação oficiosa ou a requerimento das partes de quesitos subsidiários resultantes da discussão da causa na audiência de julgamento relativos a circunstâncias agravantes e atenuantes, à tentativa e à cumplicidade. ⁵⁰⁰

Descobrimo-se durante a audiência de julgamento um novo crime, mais leve do que o acusado, não se instaurava outro processo, por força da regra de direito substantivo fixada no artigo 307 da 3ª parte, mas sendo o crime novo mais grave, seguia o processo os seus termos ulteriores até ao trânsito em julgado da sentença final,

que nestes julgados a lei tinha reunido no juiz de direito as competências do juiz ordinário e só no impedimento ou ausência do juiz de direito o juiz ordinário podia exercer as suas funções.

⁴⁹⁹ A audiência era adiada por um dia se uma das partes requeresse o depoimento oral da testemunha faltosa, fosse ela residente na comarca ou não, e mesmo que estivesse impossibilitada por causa temporária legítima, devendo a testemunha ser detida e apresentada no dia seguinte.

⁵⁰⁰ A formulação oficiosa de quesitos sobre circunstâncias agravantes teve a sua fonte no artigo 338 do *Code d' Instruction* e a de quesitos sobre circunstâncias atenuantes teve a sua fonte na alteração da redacção dada ao artigo 341 do *Code d' Instruction* pela Lei 28.4.1832, que introduziu a faculdade de os jurados procederem à consideração das circunstâncias atenuantes não alegadas. A intenção inicial do legislador imperial de restringir o mais possível a complexidade das questões colocadas ao júri, assentava na desconfiança em relação à competência dos jurados (Zachariae, 1868 a: 330). A jurisprudência, contrariando frontalmente aquela intenção, investia o presidente em um poder amplo de formular questões subsidiárias sobre todos os factos resultantes dos debates (Jean Dabin, 1913: 113, 117 e 129). Os membros da comissão portuguesa, que propuseram a consagração da doutrina da nova lei de 1832 no artigo 884 do projecto, mostravam deste modo estar a par daquela recente inovação legislativa, a que o legislador revolucionário também aderiu.

ficando esta decisão suspensa até ao julgamento definitivo em um outro processo do crime descoberto.⁵⁰¹

O juiz não tinha quaisquer poderes de investigação oficiosa de novos meios de prova,⁵⁰² mas admitia-se a produção de novos meios de prova na audiência apenas a pedido do réu, quando lhe tivesse sobrevindo o conhecimento de alguma testemunha nova.⁵⁰³

Realizada diante de um júri com o mesmo número de jurados da audiência de ratificação da pronúncia,⁵⁰⁴ a audiência de julgamento começava com a leitura das peças que formassem o corpo de delito, da decisão do júri de pronúncia, do libelo, da contestação e dos róis de testemunhas, restringindo-se muito significativamente a leitura

⁵⁰¹ Quer a regra do cúmulo dos crimes, quer o regime do conhecimento superveniente de crimes na audiência foram colhidos no direito francês, constituindo o artigo 307, 311 e 312 da 3ª parte da Nova Reforma a adaptação dos artigos 365 e 379 do *Code d'Instruction Criminelle*. A regra de direito substantivo, segundo a qual ao réu condenado por vários crimes só era aplicável a maior pena, só veio a ser tacitamente revogada pelo disposto no artigo 87 do Código Penal de 1852, cuja doutrina da ponderação da acumulação de crimes como circunstância agravante da pena foi conservada no artigo 102 do Código Penal de 1886. Para a crítica da redacção e da filosofia do preceito de 1852, Silva Ferrão, 1856 b: 94 a 102. Os termos da discussão sobre o conhecimento de novos factos alteraram-se, então, sendo comum na doutrina e nos tribunais a opinião segundo a qual se devia formar sempre um novo processo pelo crime novo, ainda que este fosse punível com pena mais leve. No libelo do novo processo, devia fazer-se referência ao crime do primeiro processo, pedindo-se a aplicação da pena agravada, em virtude da acumulação de crimes. Esta doutrina foi defendida por Dias Ferreira (1892: 287) e, posteriormente, por J. Silva (1895: 49), Teixeira de Magalhães (1905: 187 e 247), Francisco Veiga (1908: 299 e 300) e Caeiro da Matta (1913: 404). Ao invés, Navarro de Paiva (1901: 188 e 189) propunha a formulação no mesmo processo de um segundo libelo e de uma nova contestação relativa aos factos novos, julgando o júri de todos os factos acusados e sendo o réu condenado na pena mais grave, agravada com a circunstância modificativa da acumulação. As múltiplas opiniões minoritárias encontram-se analisadas com pormenor em José Dias (1919: 408 a 410), que também concorria para a *communis opinio*.

⁵⁰² A comissão e o legislador portugueses permaneceram neste ponto fieis à Reforma, não adoptando a doutrina, que estava nos antípodas desta, consignada no preceito fundamental do artigo 268 do *Code* e, por influência daquele, no § 54 da *Verordnung* prussiana de 1849 e no § 264 *Strafproceßordnung* austríaca de 1850, segundo o qual o juiz dispunha de um poder discricionário na realização de diligências de prova com vista à descoberta da verdade. O legislador português não terá ignorado que o exercício daquele poder discricionário introduzia no funcionamento da instituição liberal do júri um princípio onde revivia a tradição inquisitória (D' Eyraud, 1825: 132 e 133, Faustin Hélie, 1867 c: 334 a 337, Carl Mittermaier, 1856: 454, Zachariae, 1868 a: 328 e 329, e 1868 b: 363 e 364, e Donnedieu de Vabres, 1929: 123 a 126).

⁵⁰³ A Nova Reforma omitiu a fixação do número de testemunhas que cada parte podia apresentar em audiência, pondo fim à desigualdade resultante do artigo 208 da Reforma. O novo diploma omitiu também a regulamentação do efeito da apresentação de testemunhas novas no princípio da continuidade da audiência de julgamento, sendo Corrêa Telles de parecer que se devia proceder a uma nova audiência com novos jurados (Corrêa Telles, 1840: 63 e 73).

⁵⁰⁴ O artigo 263 da 3ª parte, que fixava o conteúdo do juramento prestado pelos jurados, constituía a tradução quase literal do artigo 312 do *Code d'Instruction Criminelle*. Não foi só o legislador português que assim procedeu. Também o artigo 318 da *Strafproceßordnung* austríaca de 1850 reproduzia o texto francês. A fórmula do § 97 da *Verordnung* prussiana de 1849 era mais sóbria. Não obstante a sua disseminação, a fórmula francesa foi objecto da crítica da doutrina (Carl Mittermaier, 1856: 227).

das peças do processo preparatório em benefício do princípio da imediação.⁵⁰⁵ No entanto, o regime de leitura dos depoimentos das testemunhas ausentes não coincidia inteiramente com o da audiência de ratificação da pronúncia, ao invés do regime de leitura dos depoimentos dos co-réus falecidos, fugidos ou ausentes, que era o mesmo em ambas as audiências. Assim, os depoimentos das testemunhas moradoras fora da comarca eram prestados em deprecada e os das testemunhas que se encontrassem impedidas por idade, doença ou outra causa perpétua eram prestados antes da audiência de julgamento em auto tomado pelo juiz do domicílio da testemunha que se juntava ao processo. Não sendo possível notificar a testemunha por se encontrar em local incerto ou já ter falecido, devia proceder-se sem outra diligência à leitura na audiência de julgamento do respectivo depoimento prestado no sumário.⁵⁰⁶

No caso das testemunhas notificadas e faltosas, que não se encontrassem impedidas por qualquer causa perpétua, a leitura dos respectivos depoimentos dependia de requerimento da parte que a tivesse produzido e da realização de uma diligência prévia para obrigar a testemunha a comparecer, passando-se mandado de custódia para a testemunha e adiando-se a audiência.⁵⁰⁷ Só sendo infrutífera esta diligência, se procedia à leitura do depoimento da testemunha prestado no processo preparatório. Acresce que o júri de julgamento, tal como o júri da ratificação, podia considerar que era “absolutamente necessário para uma decisão justa” (artigo 273, da 3^a parte) ouvir a testemunha faltosa cujo depoimento não se encontrasse no processo preparatório.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ A limitação das peças do processo lidas na audiência de julgamento era inspirada no artigo 313 do *Code d' Instruction*, que tinha, contudo, um teor ainda mais restritivo.

⁵⁰⁶ Esta regra, que seria mantida pela Novíssima, foi, contudo, sistematicamente afastada por uma praxe muito favorável ao princípio da imediação, nos termos da qual se adiava o julgamento por falta de testemunha não notificada, se a parte apresentante requeresse esse adiamento (“Pesando nós estas duas opiniões, parece-nos que a mais legal é a dos que sustentam que o julgamento duma causa crime não deve ser addiado, embora falte alguma das testemunhas que não tenha sido intimada, mas a mais seguida na pratica do fôro é a opinião contraria, a qual tem demais a seu favor o principio que se deve recorrer a todos os meios necessarios para o esclarecimento e descobrimento da verdade”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 1868: 619 e 620, 1873: 206, e 1891: 24 e 25).

⁵⁰⁷ Por isso Corrêa Telles recomendava que “convirá q’ o Juiz antes de começar o Julgamento d’ uma Causa, averigue se as Partes tem as suas testemunhas promptas. Para não gastar tempo com ella, e depois ficar perdido o trabalho” (Corrêa Telles, 1840: 63 verso).

⁵⁰⁸ O *Code d' Instruction* consagrava igualmente esta possibilidade de adiamento da audiência para fazer presente a testemunha faltosa por meios coactivos (artigos 354 e 355), mas apenas a requerimento do procurador, não permitindo a leitura do depoimento da testemunha faltosa. O juiz presidente podia determinar essa leitura, com base no exercício dos seus poderes discricionários para descoberta da verdade, mas esse exercício devia ser, segundo a doutrina, “extremamente reservado”, sob pena de nulidade. Assim, a leitura do depoimento da testemunha faltosa não devia ter lugar para “completar um processo incompleto”, nem quando alegações novas fossem produzidas pelo Ministério Público ou pela parte civil, mas apenas quando o fossem pelas testemunhas ou pelo acusado (Faustin Hélie, 1867 c: 348, e

A prova produzida na audiência de julgamento não era registada⁵⁰⁹ e, no final

Ortolan, 1875: 467). Contudo, a doutrina reconhecia abertamente que, na prática, a instrução escrita e secreta prevalecia sobre os debates orais na audiência de julgamento, o que correspondia, aliás, à intenção do legislador de afastar o princípio de oralidade e de imediação consagrados, com carácter absoluto, pela Lei de 16-29.9.1791 e de introduzir um sistema mitigado mais próximo do artigo 366 do *Code des Délits et des Peines* e do artigo 20 da Lei de 7 *pluviôse* do ano IX (Carl Mittermaier, 1846: 178, 292 a 294, e 1856: 71 a 73, 312 e 313, Faustin Hélie, 1866 a: 448, Heinrich Zachariae, 1868 b: 368 e 369, Esmein, 1882: 430, 543 a 545, Ernest Glossan, 1883 b: 767, Covian Y Junco, 1886: 25, Jean Dabin, 1913: 50, 105 a 110, Klaus Gepeert, 1979: 66, e Denis Salas, 1992: 152 e 153). Com efeito, a jurisprudência foi muito permissiva desde o início da aplicação do código e admitia a leitura dos depoimentos de testemunhas faltosas, citadas ou não, de testemunhas cujo depoimento fosse proibido e mesmo de testemunhas já ouvidas na audiência (Faustin Hélie, 1867 c: 345 e 346, René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 222 a 225, Joseph Depeiges, 1928: 555 e 556, e Rached, 1942: 232 e 233). Deste modo, a restrição do valor probatório dos meios de prova ordenados oficiosamente pelo juiz presidente, degradados pela lei em meros “esclarecimentos”, era considerada pela doutrina não só “um anachronismo, porque se refere à *theoria* das provas legais, estranha ao direito moderno”, mas até uma mera “questão de etiqueta” (René Garraud, 1915: 339). O novo direito prussiano também consagrava os princípios da oralidade e da imediação e as habituais excepções (§§ 14 e 21 da *Verordnung* de 1849), mas aquele princípio foi praticamente afastado pelo artigo 25 da Lei de 3.5.1852, que admitia a leitura oficiosa ou a pedido das partes de quaisquer depoimentos anteriores quando fossem necessários ou convenientes para a descoberta da verdade (*zur Aufklärung der Sache als notwendig oder dienlich*) (Heinrich Zachariae, 1868 b: 369 e 370, Wilfried Küper, 1967: 205 e 209, e Klaus Geppert, 1979: 83 a 88). Para contrabalançar esta inovação, a lei prussiana de 1852 introduziu também o “interrogatório cruzado” (*Kreuzverhör*), em termos facultativos, dependendo do acordo de todos os sujeitos processuais, mas na prática este acordo nunca se verificava (August von Kries, 1892: 551, e Wolfgang Wohlers, 1994: 144, 145 e 168). O direito austríaco estabelecia do mesmo modo aqueles princípios e as excepções relativas a testemunhas falecidas, desaparecidas e impedidas. A novidade do código austríaco de 1850 consistia na leitura dos depoimentos da instrução com base apenas no acordo do Ministério Público e do réu, sem prejuízo da determinação da leitura pelo juiz presidente, no uso dos poderes discricionários também reconhecidos neste direito (§§ 270, 281 e 287 da *Strafprozeßordnung* de 1850). A prática nos tribunais austríacos era, tal como nos prussianos, muito prejudicial ao princípio da imediação (Julius Glaser, 1883: 251). O juízo severo de Anselm von Feuerbach sobre o modelo judiciário francês de prevalência da instrução escrita e secreta sobre a prova oral e imediata era, pois, plenamente justificado e aplicável aos novos direitos alemão e austríaco (*Ihre Mündlichkeit betreffend, so werden ihr, des Plaidirens ungeachtet, fast eben so große Lastwägen unnütz beschriebenen Papiers voraus- und hintennach gefahren, wie mancher deutschen Justiz; und was ihre Öffentlichkeit belangt, so geschieht das Meiste und oft das Wichtigste im Geheimen. ... dass in Frankreich diese Öffentlichkeit nur schönen, glänzenden, unterhaltend wechselnden Decorationen gleicht*, Anselm von Feuerbach, 1825: 470, 471 e 487).

⁵⁰⁹ O legislador português manteve o disposto na Reforma e não adoptou a doutrina consignada no artigo 318 do *Code d'Instruction*, que previa o registo, determinado pelo juiz presidente ou a pedido das partes, das alterações ou aditamentos que existissem entre o depoimento das testemunhas anteriormente prestado nos autos e o prestado na audiência de julgamento. Esta disposição, conjugada com a do artigo 330, permitia não só controlar a prova oral pela da instrução, mas também atemorizar as testemunhas na audiência de julgamento (Anselm von Feuerbach, 1825: 377 a 379). A crítica fundada da doutrina levou à restrição do âmbito de aplicação daquele preceito, não sendo admitido o registo das modificações dos depoimentos das testemunhas que não tivessem sido inquiridas na instrução e sobre factos que não tivessem sido investigados na instrução, nem das modificações ocorridas nos depoimentos das testemunhas inquiridas na audiência de julgamento a título de esclarecimentos (Faustin Hélie, 1867 c: 650 a 652). O novo direito prussiano foi mais longe do que o francês e previa mesmo o registo do “conteúdo essencial” dos depoimentos de todas as testemunhas ouvidas diante do tribunal de júri ou do juiz singular (§§ 37 e 99 da *Verordnung* de 1849). Nos §§ 295 e 350 da *Strafprozeßordnung* austríaca de 1850, previa-se uma solução intermédia entre a francesa e a prussiana, registando-se as modificações dos depoimentos, como na lei francesa, e os depoimentos quando as testemunhas fossem inquiridas pela primeira vez na audiência de julgamento. As alterações aos depoimentos das testemunhas não eram, contudo, consideradas irrelevantes pela lei portuguesa, que previa a leitura das anteriores declarações das testemunhas “para lhes notar as contradicções em que cahiram, ou alterações essenciaes que fizeram”,

da audiência, o juiz do direito elaborava um “relatório simples e claro”, em que “com rigorosa imparcialidade” apontava as principais provas a favor e contra o réu e propunha os quesitos aos jurados (artigo 278 da 3ª parte).⁵¹⁰ O juiz não intervinha na discussão dos jurados,⁵¹¹ mas podia controlar a equidade e a justiça das respostas aos quesitos⁵¹² quando tivessem sido dadas por maioria de dois terços ou superior,⁵¹³

não se procedendo, no entanto, neste caso por perjúrio, nos termos dos artigos 199 e 203, § único, aplicáveis à audiência de julgamento por força do disposto no artigo 267, ambos da 3ª parte da Nova Reforma. Estas diferenças de regime tinham uma enorme relevância dogmática e prática, como se verá no texto.

⁵¹⁰ A regulamentação do resumo do juiz no artigo 278 da 3ª parte da Nova Reforma era mais rigorosa do que a do artigo 336 do *Code d' Instruction*, que tão vivamente tinha sido criticado por Anselm von Feuerbach (1825: 489) e Anton Bauer (1835: 449). A defesa teórica deste dever do juiz presidente foi feita mais tarde por Bertin (1863: 414 a 420). O § 100 da *Verordnung* prussiana de 1849 era menos exigente, consagrando apenas o dever de o juiz resumir “o curso e o resultado da produção da prova” (*den Hergang und das Resultat der Beweisaufnahme*) e permitindo deste modo a formulação pelo juiz de juízos de valor conclusivos sobre a prova, o que artigo 79 da Lei de 3.5.1852 também autorizava (Heinrich Zachariae, 1868 a: 332). Ao invés, o § 322 da *Strafprozeßordnung* austríaca de 1850 impunha o dever de o juiz sintetizar “as provas que fossem a favor e contra o arguido, mas sem manifestar a sua opinião pessoal sobre elas” (*die für und wider den Angeklagten sprechenden Beweise, ohne jedoch seine eigene Ansicht darüber kundzugeben*).

⁵¹¹ O legislador português não admitiu a prestação de esclarecimentos pelo juiz presidente na sala de deliberações dos jurados, como era jurisprudência firme em França. A ida do juiz à sala dos jurados transformou-se em uma ocasião para os jurados negociarem a pena com o presidente, usando a ameaça da absolvição para obter do presidente o compromisso de aplicação de uma determinada pena. Só com a Lei de 10.12.1908 se proibiu a comunicação do juiz presidente com os jurados no momento da deliberação sem a presença do defensor do acusado e do Ministério Público. Esta disposição, inspirada no § 327 da StPO austríaca de 1873, foi objecto da crítica de que constituía uma “meia-medida”, pois, por um lado, não proibia formalmente nem sancionava a prática da negociação sobre a pena e da emissão pelo presidente de opiniões sobre a prova e, por outro, não permitia a entrada do advogado da parte civil e do acusado na sala de deliberações. A medida ideal, no parecer da doutrina, teria sido a da reabertura da audiência, tal como previa o § 306 da StPO alemã (Rauol de la Grasserie, 1914: 587, 598 e 600, e René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 393 a 397).

⁵¹² A proposta da comissão previa expressamente a faculdade de o juiz no processo crime controlar também a irregularidade, a incompletude, a obscuridade e a contradição das respostas dos jurados aos quesitos (artigo 903 do projecto). Ao invés, a lei só previa expressamente o controlo da equidade e injustiça das respostas, resultando a faculdade de o juiz da causa controlar a desconformidade com os quesitos, a obscuridade e a confusão das respostas aos quesitos do disposto no artigo 187, § 2, da 2ª parte, aplicável ao processo criminal por força do artigo 260 da 3ª parte.

⁵¹³ O legislador nacional conhecia a discussão em França em torno da questão da maioria exigível para a votação dos quesitos e a recente modificação do disposto no artigo 347 do *Code d' Instruction* e, por isso, consagrou a regra da votação exclusivamente pelos jurados e por maioria de dois terços. Desde cedo, as regras de votação dos jurados suscitaram, a par da composição das listas de jurados, um debate intenso na doutrina e nos meios políticos franceses. O recrutamento do júri, previsto nos artigos 382, 386 a 388 do *Code d' Instruction*, estava inteiramente dependente dos representantes locais do poder central, atribuindo ao prefeito o poder arbitrário de escolha dos membros de uma lista de sessenta nomes de entre os membros dos colégios eleitorais, os funcionários administrativos de nomeação governamental, os notários e um conjunto de notáveis que reuniam certos requisitos de riqueza ou de instrução e ao presidente da *cour d' assises* o poder de escolha de uma lista de trinta e seis membros de entre aqueles sessenta, o que transformava o júri de doze jurados em um verdadeiro “tribunal comissionado”. Depois de ter abolido o júri de acusação, Napoleão manteve o júri de julgamento, preferindo jurados escolhidos pelo prefeito a magistrados judiciais aleatórios por aqueles serem mais previsíveis do que estes (Jean Pierre Royer, 1996: 425 e 426). Conjugando este modo de selecção dos jurados com a faculdade de somar os votos dos juízes letrados aos jurados em caso de maioria simples destes, consagrada no artigo 351 deste código, a doutrina

anulando as respostas injustas e ordenando a realização de uma nova discussão da causa diante de um segundo júri, formado com jurados novos.⁵¹⁴ O reforço dos poderes do juiz não foi, contudo, ao ponto de alterar o modo de inquirição directa das testemunhas pela parte apresentante fixado pela Reforma.

Declarando os jurados o réu culpado, procedia-se à discussão em separado

concluía abertamente que o legislador imperial tinha “anulado” e “subvertido” a instituição do júri. Sendo a maioria simples dos jurados sete contra cinco e podendo então votar os cinco juizes letrados, a decisão final podia até resultar de uma inversão do sentido inicial do voto dos jurados por força da interferência dos juizes letrados (J. D. Meyer, 1822: 459 a 461, Benjamin Constant, 1822: 211 a 214, e 1836: 226, D' Eyraud, 1825: 126 a 127, 134 e 135, e Anselm von Feuerbach, 1825: 436 a 443, 479 a 486). A doutrina portuguesa acompanhou esta crítica da composição do júri, que o tornava uma “pura comissão do Governo” (Ferreira de Moira, 1826: n. II, pp. 8 e 9). Em consequência das críticas da doutrina, a Lei de 4.3.1831 substituiu a regra da maioria simples do artigo 351 do código pela da maioria de oito vozes, diminuiu o número de juizes letrados de cinco para três, incluindo o presidente, e suprimiu a faculdade da soma dos votos dos juizes letrados. Ainda durante a monarquia de Julho, a Lei de 9.9.1835 consagrou de novo a regra da maioria simples, mas impôs o voto secreto dos jurados. Estas regras foram substituídas na Segunda República pelos Decretos de 4 e de 6.3.1848, que consagraram, respectivamente, a regra da maioria de nove vozes e a do voto oral. Pouco antes de ter sido aprovada a nova Constituição republicana, o Decreto de 18.10.1848 regressou à maioria de oito vozes necessária para condenar e maioria simples para baixar a pena em função de circunstâncias atenuantes. Depois do restabelecimento do império, o Lei de 9.6.1853 fixou definitivamente o voto secreto e a regra da maioria simples para todas as decisões do júri, incluindo as relativas às circunstâncias atenuantes. As disposições relativas ao recrutamento do júri foram também modificadas por três grandes reformas, como adiante se verá. A relação íntima destas reformas com a evolução dos acontecimentos da vida política francesa e com o carácter mais ou menos repressivo da política geral e criminal da facção no governo foi denunciada pela doutrina (Carl Mittermaier, 1846: 577 a 581, e 1856: 74 e 75, 214 e 215, Raoul de la Grasserie, 1914: 574 e 575, René Garraud, 1915: 322 e 326, René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 89, 97 a 101, 401 a 403, André Toulemon, 1930: 195 e 196, e Robert Charvin, 1968: 116 e 117). O controlo político da composição do tribunal criminal era completado pela nomeação pessoal do presidente das *assises* pelo ministro da justiça. Com base em uma previsão excepcional do artigo 79 do Decreto de 6.7.1810, que os sucessivos governos interpretaram como constituindo uma regra, os presidentes das *assises* foram durante mais de noventa anos designados pessoalmente pelo ministro da justiça, mantendo-se esta prática até que uma circular do ministro da justiça de 14.12.1903 reconheceu como mais conforme à lei o exercício normal daquela competência pelo primeiro presidente da *cour d' appel* e o exercício excepcional da mesma pelo ministro. Contudo, mesmo depois dessa data, a escolha do presidente da *cour d' appel* só podia ser feita de entre uma lista de magistrados previamente aprovada pelo ministro da justiça, podendo este nomear pessoalmente o presidente das *assises* quando o julgasse conveniente. Ao invés, o ministro nunca usou do seu direito de designar os juizes assessores, dado o seu papel “muito apagado” no julgamento da causa (Jules Coumoul, 1911: 294 e 295, René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 57 a 59, 62 a 64, e Henry Bourdeaux, 1931: 160 e 161).

⁵¹⁴ A comissão não seguiu a solução diferente consagrada no direito processual comercial, onde se previa que a decisão do júri que parecesse injusta ao juiz seria oficiosamente apelada por este, declarando ele os motivos da apelação e conhecendo o tribunal de comércio de segunda instância do facto e do direito e “procedendo ou não a ulteriores averiguaçoens segundo as circunstancias” (artigo 1106 do Código Comercial de 1833). A faculdade de anulação das respostas e de convocação de um novo júri foi importada do direito francês, mas com uma diferença relevantíssima. O artigo 352 do *Code d' Instruction*, quer na sua versão inicial, quer na da Lei de 9.9.1835, consagrava esta faculdade apenas nos casos em que as respostas implicassem a culpa do réu e vedava-a expressamente no caso inverso, ao invés do disposto no artigo 904 do projecto da comissão e no artigo 296 da 3ª parte da Nova Reforma. O § 116 da *Verordnung* prussiana de 1849 permitia, como a lei portuguesa, a anulação do julgamento mesmo quando as respostas tivessem como consequência a absolvição do réu, mas o artigo 99 da lei de 1852 modificou esta disposição no sentido da lei francesa (Heinrich Zachariae, 1868 b: 553 e 554, pronunciando-se favoravelmente). O § 338 da *Strafprozeßordnung* austríaca de 1850 reproduzia a doutrina da lei francesa.

sobre a qualificação jurídica dos factos e sobre a pena aplicável, cabendo apenas ao juiz a prolação da decisão sobre estas questões.⁵¹⁵

A reforma dos meios de impugnação ordinários foi profunda. Além de se consagrar o benefício da restituição como causa de dispensa do prazo de recurso,⁵¹⁶ admitia-se a apelação de sentenças definitivas, absolutórias ou condenatórias, ou das interlocutórias que pusessem termo à causa ou produzissem dano irreparável, embora das sentenças absolutórias só fosse admissível recurso de apelação nas causas em que não intervesse o tribunal de júri.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Esta separação da discussão sobre os factos e sobre o direito e a pena foi uma novidade importada do direito francês. Os artigos 362, 363 e 364 do *Code d' Instruction Criminelle* foram transcritos pelos artigos 302, 303 e 306 da 3ª parte da Nova Reforma, como o foram pelos §§ 120, 121 e 125 da *Verordnung* prussiana de 3.1.1849. Os §§ 341 e 343 da *Strafprozessordnung* austríaca de 1850 consagravam a mesma doutrina, sem transcreverem a lei francesa.

⁵¹⁶ A doutrina discutiu sobre se a reintrodução do benefício da restituição teria correspondido à reposição de um fundamento de ampliação dos prazos para a realização de quaisquer actos processuais na primeira instância, concluindo restritivamente que o benefício dizia respeito apenas aos prazos para interposição de recurso na primeira instância (Chaves e Castro, 1866: 164 a 167).

⁵¹⁷ O princípio fixado no artigo 322 da 3ª parte da Nova Reforma tinha de ser conjugado com o disposto no artigo 297, tendo estes preceitos seguido a doutrina dos artigos 905 e 937 do projecto. Uma das mais significativas inovações do direito português liberal era a da admissibilidade do recurso de apelação da sentença condenatória proferida nas causas julgadas pelo júri, como foi notado pela doutrina europeia mais ilustrada (Carl Mittermaier, 1846: 643). O sistema de impugnação da decisão final no processo com intervenção do tribunal de júri no *Code d' Instruction* era diferente. A decisão de condenação, tal como a de absolvição, só admitiam o recurso de cassação, mas a decisão de absolvição dos jurados só podia ser impugnada pelo Ministério Público no interesse da lei e sem prejuízo para o réu absolvido, constituindo uma “cassação platónica cuja única consequência é a transcrição da decisão sobre os registos da jurisprudência” (René Garraud, 1915: 476). A decisão de absolvição pronunciada pelo colectivo de juízes com fundamento na não existência de lei penal também admitia recurso de cassação (artigos 409 e 410 do *Code*). O ministro da justiça podia ainda, por intermédio do procurador geral junto da *Cour de Cassation*, recorrer de quaisquer decisões penais, independentemente de ter sido proferida em última instância (artigo 441 do *Code*). Depois de uma evolução conturbada, a jurisprudência e a doutrina fixaram-se no sentido de que este recurso não podia em caso algum prejudicar os direitos adquiridos pelo acusado em virtude do caso julgado absolutório nem os da parte civil em virtude do caso julgado condenatório, podendo neste caso beneficiar o acusado sempre que não houvesse parte civil (Faustin Hélie, 1866 b: 636 a 649, René Garraud, 1915: 482 e 483, Francisque Goyet, 1926: 390, René Garraud e Pierre Garraud, 1928: 540 a 545, Donnedieu de Vabres, 1947: 869 e 870, e Jacques Boré, 1985: 385 e 386). No direito prussiano novo, as decisões do júri também só admitiam impugnação para o *Obertribunal*, com fundamento em uma *Nichtigkeitsbeschwerde*, não podendo o Ministério Público recorrer das decisões de absolvição do réu (§§ 140 e 142 da *Verordnung* de 1849). O recurso tinha por base a lesão de uma lei penal ou a lesão de formalidades cujo desrespeito a lei sancionava com a nulidade, constituindo uma protecção muito restritiva dos direitos do arguido. A apelação interposta contra decisões de juízes singulares e de tribunais colectivos de juizes letrados só podia ter lugar com base em novos meios de prova ou em novos factos que fossem importantes (§ 126 da *Verordnung* de 1849). Tendo em atenção precisamente a insuficiência do regime de nulidades, o legislador alterou os fundamentos do recurso, introduzindo um sistema que foi muito criticado, mas que a StPO do império viria a consagrar mais tarde. Com efeito, o § 107 da Lei de 3.5.1852 previa um fundamento genérico para o recurso, que consistia na lesão ou aplicação incorrecta de uma lei ou de um princípio de direito e na lesão ou na aplicação incorrecta de uma disposição processual essencial ou de um princípio processual essencial, aduzindo o § 108 um catálogo exemplificativo de algumas destas disposições, sem, contudo, explicitar se a essencialidade da disposição devia ser valorada em concreto e em função da sua repercussão na decisão

Ao invés do disposto na Reforma, o agravo no auto do processo era admissível de todos os despachos interlocutórios sobre a ordem do processo e do despacho que recebesse a apelação, introduzindo-se também o agravo de instrumento de todos os despachos em que uma lei fosse ofendida, mas que não versassem sobre a ordem do processo, dos que não recebessem a apelação e dos proferidos nas execuções.⁵¹⁸

Os recursos para o Supremo Tribunal de Justiça eram o de revista das sentenças proferidas em grau de apelação pela Relação⁵¹⁹ e os novos recursos de revista do despacho de soltura proferido após a decisão do júri de pronúncia de improcedência da acusação ou após a decisão do júri de julgamento de que não estava provado o crime, se neste último caso o recorrente tivesse protestado pela nulidade antes da leitura das respostas.

A regulamentação do regime dos recursos criminais de apelação, de agravo de instrumento, de agravo no auto do processo e de revista era objecto de uma remissão genérica para os termos destes recursos no processo civil,⁵²⁰ mantendo-se as especialidades do direito anterior da irrecorribilidade das decisões proferidas nos processos relativos a crimes onde não fosse requerida fiança⁵²¹ e da remessa oficiosa de todas as sentenças de condenação em pena de morte ao poder real e restringindo-se a especialidade do recurso obrigatório das sentenças de condenação à de condenação em pena superior a cinco anos de degredo para África ou para a Ásia ou a três anos de

do caso ou em abstracto. Por outro lado, o regime do recurso de apelação foi concretizado, permitindo § 101 da Lei de 3.5.1852 a repetição parcial ou integral da produção da prova quando existissem “dúvidas importantes” em relação à decisão sobre a matéria de facto. A prática do tribunal de apelação foi sempre mais restritiva do que a do tribunal da *Revision* (Erich Schwinge, 1960: 16 e 17, 46, Gerhard Fezer, 1974: 15, Burkhardt Burgmüller, 1989: 61 e 62, e Wolfgang Wohlers, 1994: 129 e 131). No direito austriaco liberal consagravam-se, além das referidas regras do direito francês, a da admissibilidade do recurso “para protecção da lei” e do recurso da decisão de absolvição do colectivo de juizes do tribunal de júri (§§ 353, 355 e 357 da *Strafprozeßordnung* de 1850).

⁵¹⁸ A comissão restringia o âmbito do agravo de instrumento aos despachos de não recebimento da apelação e aos despachos proferidos nas execuções (artigo 417 do projecto), não incluindo, como fez o governo, os despachos proferidos no processo declarativo que não versassem sobre a ordem do processo. A importante particularidade deste novo meio de impugnação era a de nele os autos não serem continuados com vista aos juizes adjuntos, mas apenas às partes, ao invés do que propunha a comissão, que previa que os autos fossem vistos por três juizes e propostos por dois. O regime deste meio de impugnação estabelecido pelo governo ganhava em rapidez ao proposto pela comissão, o que podia ter uma enorme relevância prática, como acontecia nos recursos à coroa que eram julgados como agravos de instrumento.

⁵¹⁹ Não se previa alçada para a Relação no crime, embora o Governo a tivesse fixado no cível no valor de 600.000 réis (artigo 330 da 2ª parte da Reforma), contra o parecer da comissão.

⁵²⁰ O projecto da comissão só previa a remissão para o regime da revista cível (artigo 966 do projecto), regulando os termos dos outros recursos criminais.

⁵²¹ Esta previsão, que surgiria ainda na Novíssima Reforma, era inconciliável com a consagração da recorribilidade das decisões finais no processo de polícia correcional.

trabalhos públicos.⁵²²

No que toca ao âmbito do objecto do recurso de apelação e aos efeitos da interposição do recurso, a lei nova fixava a regra do efeito suspensivo do processo e, por força da remissão para o regime das apelações em matéria cível, a do aproveitamento aos não recorrentes, sendo o objecto do recurso indivisível e não tendo consentido o co-réu não recorrente, bem como ao apelado que tivesse sofrido agravo, mas não tivesse recorrido.⁵²³

Os poderes do Tribunal da Relação eram especificados, distinguindo-se agora esses poderes em função da verificação de nulidades no processo ou na sentença recorrida. Assim, declarando o tribunal verificada uma nulidade do processo, deveria revogar a sentença recorrida e absolver o réu da instância e, declarando a nulidade da sentença “ou por vício de forma ou por outro qualquer motivo”, julgaria a causa “como o deveria ter feito o Juiz da 1ª Instância” (artigo 407 da 2ª parte da Nova Reforma). Esta faculdade do tribunal de recurso não era admitida pelo artigo 490 do projecto da comissão, que só previa a revogação obrigatória da sentença recorrida no caso de verificação de nulidades do processo. O governo foi neste ponto além da comissão, conferindo ao Tribunal da Relação, não só o poder de revogar ou confirmar a decisão recorrida, mas também o de a alterar e reformar, colocando o tribunal de recurso na posição em que se encontraria o da primeira instância para prolação de uma nova decisão.

Os poderes do tribunal de recurso ficavam completos com a nova regulamentação do regime das nulidades. Entre a solução radical da Reforma Judiciária da cominação com a nulidade a qualquer acto praticado contra a determinação da lei, o que deixava em aberto a conformação pela jurisprudência do elenco das nulidades e conduziu à aplicação do direito antigo, e a solução diametralmente oposta da comissão, que previa que “não há nulidade sem que a lei expressa, e literalmente a decreta” (artigo 1067 do projecto), o governo optou por uma via intermédia, facultando aos tribunais de recurso o conhecimento não só das nulidades expressamente decretadas pela lei, mas também de todos os actos praticados contra a determinação da lei, quando a parte tivesse protestado em tempo pela sua observância, de todos os actos em que

⁵²² A interposição do recurso obrigatório cabia ao Ministério Público e não estava limitada por qualquer prazo.

faltasse alguma formalidade substancial “de modo que sem ela não se preencha o fim da lei” e ainda de todos os actos substanciais do processo cuja falta ou ilegalidade pudesse influir no exame e na decisão da causa (artigos 500, § único, e 501, § único, da 2ª parte).

A audiência de julgamento no Tribunal da Relação cingia-se ao relatório da causa, incluindo neste “os principaes meios de prova, que se empregarem no Juízo inferior”, e às alegações orais das partes, podendo os juizes colocar perguntas aos advogados (artigo 388 da 2ª parte).⁵²⁴

A Nova Reforma não regulamentava os termos do recurso de revista, prevendo-se apenas o efeito suspensivo da pena corporal da interposição deste recurso, com a ressalva do caso de o réu condenado em pena de degredo para fora do reino ou a trabalhos públicos requerer o contrário, e o efeito suspensivo do recurso interposto da sentença absolutória, quer a sentença de soltura tivesse sido proferida em primeira quer em segunda instância.

A lei nova consagrava, pela primeira vez, casos de revisão de sentença transitada, que eram tratados pelo legislador como causas de suspensão da execução da sentença transitada. Estes casos eram o da descoberta de duas sentenças de condenação de pessoas diferentes pela prática do mesmo crime, sendo as sentenças inconciliáveis, e o da ratificação da pronúncia por perjúrio das testemunhas ou peita ou suborno de jurados, que tivessem intervindo no julgamento no processo revidendo.⁵²⁵

Ao invés da Reforma, a lei nova, na sequência das propostas da comissão,

⁵²³ Em face de preceitos idênticos da Novíssima Reforma, a jurisprudência e a doutrina concluíam deste modo, como se verá no seu lugar próprio.

⁵²⁴ Já não se previam as perguntas dos advogados às partes e entre si, mas admitiam-se as perguntas dos juizes aos advogados durante as alegações. O réu preso não era compelido a seguir o recurso, mas podia fazê-lo a seu custo.

⁵²⁵ Os dois primeiros casos de suspensão da execução de uma decisão condenatória eram os que o direito francês previa. Os artigos 402, 404 e 405 da 3ª parte da Nova Reforma consagravam a doutrina dos artigos 443 e 445 do *Code d' Instruction*, mas acrescentavam-lhe o caso da peita ou suborno dos jurados e não previam, como no artigo 444 do *Code* se previa, o caso da descoberta da vítima de um pretense homicídio posteriormente à condenação. O § 151 da *Verordnung* de 1849 só previa os casos de documento falso e de depoimento falso. O direito austriaco liberal era muito inovador, prevendo o surgimento de novas provas ou o cometimento de crimes que tivessem influenciado a prova ou a decisão como fundamento da revisão quer de absolvições quer de condenações e nestes casos mesmo quando se impugnasse apenas uma pena demasiado leve ou demasiado pesada (§§ 393 a 395 da *Strafproceßordnung* de 1850). A superioridade do regime português de impugnação extraordinária foi defendida por Alvaro Villela (1897: 110), com base em que no direito nacional não se previa, como no francês, a interferência do ministro da justiça no processo de revisão.

atribuiu uma maior relevância teórica e prática às formas de processo especial,⁵²⁶ consagrando duas novas formas de processo especial e mantendo uma outra do direito anterior, a de julgamento das coimas e transgressões. As novas formas eram a do processo para julgamento dos crimes de contrabando e descaminho e a do processo para julgamento dos crimes cometidos por magistrados no exercício de funções e fora delas.

O julgamento de juizes ordinários e de direito e dos magistrados do Ministério Público junto destes efectuava-se no Tribunal da Relação sem jurados e com revista para o Supremo, havendo nulidades, e o julgamento dos magistrados dos tribunais superiores tinha lugar no Supremo Tribunal de Justiça. No processo por infracções cometidas em exercício de funções o juiz investigado beneficiava da uma verdadeira instrução contraditória, sendo-lhe facultada cópia do processo preparatório para defesa no final do processo preparatório, após o recebimento da querela, mas antes da eventual pronúncia e da subsequente prisão.

Nas causas de contrabando e descaminho previa-se um processo preparatório especial para apreciação judicial da validade e subsistência da apreensão dos objectos ou mercadorias sonegados à Fazenda Pública, seguindo posteriormente o processo os termos ordinários das causas crimes, mas com três especialidades, a da realização da audiência de ratificação da pronúncia somente quando o crime fosse punível com pena corporal e o réu estivesse preso ou afiançado, a da admissão do julgamento do réu revel apenas para aplicação das sanções cíveis, ficando ressalvado o direito de aplicação das sanções criminais em novo processo aquando da prisão do réu, e a do efeito meramente devolutivo do recurso de apelação.⁵²⁷

⁵²⁶ A proposta da comissão previa um processo especial de constituição de um júri misto quando o réu fosse estrangeiro (artigos 926 a 930 do projecto). O Governo não introduziu na lei esta regulamentação especial do júri.

⁵²⁷ O processo da tomada ou da apreensão era instruído pela autoridade fiscal que tivesse o encargo de proceder à fiscalização no distrito da achada ou da tomada e, não havendo autoridade fiscal no distrito, pelo juiz comum competente. A autoridade fiscal só tinha poder para julgar a apreensão como válida ou não, devendo necessariamente remeter os processos das apreensões válidas ao juiz de direito para os ulteriores termos, sob pena de sanções graves não o fazendo no prazo da lei. No caso de denúncia a causa era instruída pela autoridade denunciante e era logo presente ao magistrado do Ministério Público para dedução de libelo. Assim, não é correcta a tese de Pedro Ribeiro dos Santos (1985: 54 e 55), segundo a qual o legislador da Nova Reforma Judiciária manteve “tribunais de contencioso-tributário, cuja actividade pode supletivamente ser exercida por tribunais comuns”. A Nova Reforma não criou, nem manteve uma jurisdição especial para o contencioso aduaneiro e tributário, que só surgirá bastante mais tarde. A competência instrutória da autoridade fiscal manter-se-ia, aliás, na Novíssima Reforma, tendo o Decreto de 28.6.1842, que foi esclarecido pelo Decreto de 26.1.1844, determinado que os réus do crime de contrabando e descaminho de direitos, quando não estivessem sujeitos a penas maiores e especiais e desistissem logo da contestação judicial perante os chefes das alfândegas, deviam pagar uma multa de

A forma de processo especial para julgamento das causas de coimas e transgressões de posturas municipais foi profundamente alterada, impondo a lei nova a elaboração de um auto de queixa do ofendido ou do zelador municipal pelo juiz eleito⁵²⁸ e a citação do réu para comparência em julgamento em dois ou três dias,⁵²⁹ podendo na audiência cada parte produzir apenas três testemunhas e não intervindo nela o Ministério Público, como esclareceu a Portaria de 12.8.1839.⁵³⁰ O registo da prova era obrigatório quando a transgressão fosse punível com pena superior à alçada do juiz eleito, salvo ocorrendo renúncia do recurso.⁵³¹ Nova também era a faculdade da interposição de recurso para o Tribunal de Polícia Correccional das decisões proferidas pelo juiz eleito nestas causas.

A Reforma de 1836-1837 consagrou um modelo judiciário novo, que procurava aperfeiçoar o anterior modelo com base nos ensinamentos que a prática já tinha colhido da experiência e, sobretudo, no modelo judiciário consagrado no direito francês.⁵³² Esta influência doutrinária do *Code d' Instruction Criminelle*, que já se havia feito sentir, de modo muito restrito, na regulamentação da competência e da forma de processo para julgamento dos “delitos leves” na Reforma Judiciária e, depois, de modo

valor correspondente ao dos bens apreendidos, a qual lhes era imposta pelo chefe de alfândega. Sendo aplicáveis penas maiores ou especiais os autos deviam ser enviados ao tribunal, mesmo quando o réu desistisse. Esta competência jurisdicional muito limitada dará lugar na década de oitenta a uma reforma mais ampla das competências da autoridade fiscal e à criação de tribunais aduaneiros.

⁵²⁸ Justino de Freitas, 1860: 18 e 19.

⁵²⁹ O juiz não sindicava a denúncia previamente à prolação da ordem de citação das testemunhas e do réu (Justino de Freitas, 1860: 20 e 21).

⁵³⁰ Esta portaria esclareceu dúvidas sobre a intervenção do Ministério Público no processo de transgressões, tendo firmado a doutrina de que a acusação neste processo era dada pelo escrivão do juiz eleito ou pelos zeladores camarários. Do mesmo modo, o governo esclareceu que o Ministério Público também não intervinha na segunda instância, junto do Tribunal de Polícia Correccional.

⁵³¹ Corrêa Telles (1840: 98 verso) elogiou esta proposta da comissão, que o governo adoptou, com estas palavras: “isto é mais bem pensado, q’ o Processo de Polícia Correccional. Como hade o Tribunal julgar da justiça ou injustiça da sentença, não tendo as provas à vista?”. Os práticos punham especial cuidado no modo de produção da prova, com vista a possibilitar a fundamentação da decisão e, conseqüentemente, o recurso da mesma: “haverá toda a circumspecção no inquerito das testemunhas, para se poder sem escrupulo fundamentar a Sentença” (Justino de Freitas, 1860: 28).

⁵³² A tese defendida no texto opõe-se ao que se afirma comumente sobre a história da organização do poder judicial no período liberal português. Nas breves linhas sobre a história do processo penal português dedicadas ao assunto nas lições de 1919, Caeiro da Matta (1919: 22) considerava que a Novíssima Reforma Judiciária se tinha, tal como o Decreto de 16.5.1832, baseado na lei francesa, mantendo a Novíssima os defeitos deste decreto. A posição do autor não atendia ao direito da Nova Reforma e assimilava textos radicalmente distintos. Do mesmo modo, António Barreiros (1980: 610, e 1981 a: 63 e 67) defende que a Novíssima adoptou ou mesmo decalcou o sistema misto francês. Há nesta tese duas incorrecções: nem foi a Novíssima que adoptou esse sistema, mas a Nova Reforma, nem a adopção constituiu um decalque, como resulta do estudo comparado dos diplomas legais em causa. Mais recentemente, também Benedicta Vieira (1992: 35 a 37) defendeu a tese de que “as propostas vintistas de

contraditório, na criação da forma de processo de polícia correcional pelo diploma de 1833, fez-se sentir de novo, mas agora de forma inequívoca, na regulamentação da forma de processo ordinário e, sobretudo, na conformação dos poderes do juiz de direito em face dos jurados na Nova Reforma Judiciária.⁵³³

A fidelidade ao paradigma judiciário liberal é inquestionável, atentas as declarações de vontade dos membros da comissão redactora do projecto da reforma e o sentido das opções fundamentais deste projecto e das alterações introduzidas pelo governo revolucionário que aprovou a reforma. Contudo, o específico modelo judiciário consagrado distinguia-se manifestamente do de 1832.

Desta feita, o legislador optou claramente por diminuir o papel do júri de pronúncia, retirando-lhe a competência definitiva no que toca ao direito e mantendo-a apenas no que respeita ao facto e às provas, bem como o do júri de julgamento, quer repondo as magistraturas populares abolidas em 1835, quer diminuindo o número de jurados em certas circunstâncias, quer ainda, e sobretudo, consagrando alterações essenciais na estrutura do processo e nas relações entre os diversos intervenientes processuais na audiência de julgamento.

Assim, o défice de realização do princípio da acusação, que se verificava já na Reforma Judiciária nos julgados cabeça de comarca, foi agravado com a concessão ao juiz de direito de poderes de influência e controlo sobre os jurados e de controlo do objecto do processo. Com efeito, a faculdade de formulação oficiosa de quesitos subsidiários pelo juiz, a obrigação legal de elaboração de um resumo sobre as provas das partes finda a produção da prova e a possibilidade de anulação das respostas dadas pelos jurados aos quesitos constituíam um significativo reforço do poder de intervenção na decisão da causa do mesmo juiz que já tinha conduzido o processo preparatório e

organização dos tribunais e de um poder judicial autónomo não sofrem alterações de vulto depois de retomadas pela Carta Constitucional e pela Novíssima Reforma Judiciária de 1841”.

⁵³³ A comissão, que tinha censurado o legislador de 1832 por ter introduzido o modelo judiciário inglês, “um systema de legislação estranha, que se não compadecia com o Direito Civil do reino, com os nossos usos e com os nossos costumes” (Silva Ferrão e outros, 1836: 6), adoptou, por sua vez, muitas vezes quase literalmente, disposições da lei francesa e consagrou o modelo judiciário que ela tinha na base. O governo não deixou, contudo, de manter o sentido crítico relativamente às doutrinas consagradas pelo legislador francês. Foi disso exemplo a regulamentação da matéria da participação dos crimes. Os artigos 38 e 42 da 3ª parte da Nova Reforma instituíam um regime significativamente diferente do consagrado pelos artigos 29 e 30 do *Code d' Instruction*, pois o legislador português estabeleceu um dever muito menos amplo de participação para as autoridades públicas e um regime facultativo de participação para os particulares, não obstante a comissão ter proposto a consagração, à luz do exemplo francês, de um dever de participação dos crimes públicos também para os particulares (artigo 625 do projecto).

pronunciado o réu. O efeito perverso da introdução destas inovações, inspiradas todas elas no modelo judiciário do *Code d' Instruction*, resultou da circunstância de esta introdução não ter sido acompanhada pela consagração do princípio fundamental da incompatibilidade do exercício de funções instrutórias e de julgamento pelo mesmo magistrado no âmbito do mesmo processo, consignado no artigo 257 do *Code*.⁵³⁴ A lei portuguesa consagrava os poderes de direcção amplos que a lei francesa atribuía a um juiz presidente distinto do da instrução, sem que simultaneamente estabelecesse a garantia da independência do tribunal de julgamento resultante da separação das funções instrutória e de julgamento. Esta solução encontrava-se intimamente relacionada com as garantias constitucionais da magistratura judicial portuguesa e a regulamentação do recrutamento e do funcionamento do tribunal de júri. Se o legislador imperial francês separou as funções de instrução e de julgamento, atribuindo aquelas e estas a dois juízes distintos, mas ambos dependentes do poder político, e sujeitou o recrutamento e o funcionamento do tribunal de júri a um apertado controlo político, mantendo deste modo apenas uma aparência de independência do tribunal de julgamento, o legislador português preferiu assegurar a constituição de um tribunal de júri independente, diminuindo, no entanto, o risco de decisões arbitrárias dos jurados através da participação do juiz instrutor na audiência de julgamento, do predomínio da instrução escrita e de um amplo sistema de recursos.

Ao invés do direito anterior, o princípio da imediação era indirectamente consagrado pela lei portuguesa, atentas as novas regras relativas à proibição da leitura dos autos do processo preparatório. Contudo, as excepções introduzidas pela lei portuguesa asseguravam, com menos intensidade do que no direito francês, o predomínio da instrução escrita.

Embora os artigos 324 e 341 do *Code d' Instruction* reconhecessem o princípio da imediação, as excepções muito amplas permitidas pelos artigos 268 e 318 do *Code* permitiam a frustração daquele princípio. Com efeito, o juiz presidente não só tinha a faculdade de determinar a leitura de quaisquer depoimentos prestados na

⁵³⁴ Acresce que a *Cour de Cassation* manteve sempre uma postura muito severa em relação a qualquer violação da imparcialidade do juiz de julgamento nos processos criminais por força da sua intervenção na fase de instrução, quer alargando o conceito de intervenção a participações acidentais e ocasionais, desde que tivessem permitido formar uma convicção sobre a culpa do acusado, quer sancionando com a nulidade absoluta e de conhecimento oficioso o julgamento em que se tivesse verificado a participação ilegal de um dos juízes (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 83 a 86, e Bernard Bouloc, 1965: 389 a 393).

instrução como tinha a obrigação de fazer registar na audiência as diferenças entre os depoimentos das testemunhas prestados na audiência e os prestados na instrução.⁵³⁵

A especificidade do direito português residia na falta de discricionariedade do juiz e no controlo dos jurados sobre a suficiência da prova produzida com prejuízo do princípio da imediação. Quer no que toca à leitura dos depoimentos anteriores das testemunhas e dos réus que estivessem em contradição com os prestados na audiência quer no que respeita à leitura dos depoimentos das testemunhas faltosas, notificadas ou não, o tribunal não agia por seu livre arbítrio, mas por iniciativa das partes quando faltasse uma testemunha notificada ou por imposição legal nos restantes casos. A soberania do júri ficava, no entanto, ressalvada pela sua competência para se pronunciar, nos casos e nos termos previstos na lei, sobre a necessidade do depoimento oral das testemunhas.

O agravamento do défice de realização do princípio da acusação e a restrição da preponderância da instrução escrita no direito novo repercutiram-se na conformação dos recursos. A consagração da liberdade de interposição do recurso de agravo no auto do processo, a introdução do agravo de instrumento e o novo regime do protesto por nulidades permitiam um controlo mais apertado pelas partes das irregularidades processuais e das omissões da instância e, designadamente, da suficiência da produção da prova, o que justificava, por outro lado, a restrição do âmbito do recurso obrigatório pelo Ministério Público. O reforço da posição de controlo do tribunal superior resultava também da nova possibilidade de alteração da decisão apelada quando o vício se verificasse nesta e não no processo.

⁵³⁵ A frustração efectiva do princípio da imediação era agravada por uma prática acusatória dos magistrados do Ministério Público, introduzida logo no início da aplicação do código, que consistia em que no libelo se procedia a um resumo da instrução do processo, mencionando, por vezes com pormenor, os elementos de prova recolhidos e confrontando-os. Os jurados e as testemunhas tomavam deste modo conhecimento do conteúdo das diligências de prova instrutórias ao ser lida a acusação no início da audiência (Schenk, 1813: 318 a 321, D' Eyraud, 1825: 164, Anselm von Feuerbach, 1825: 389, 487 e 488, Carl Mittermaier, 1856: 410 a 412, e Julius Glaser, 1879: 53). A crítica da doutrina manteve-se ao longo dos tempos e foi mesmo subindo de tom, tendo chegado a advogar-se a abolição da acusação escrita (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 248 e 249). Acresce ainda que o juiz presidente do tribunal de júri tinha não só o dever de interrogar o acusado antes da audiência de julgamento, o que constituía uma “instrução intermédia necessária” (Julius Glaser, 1883: 151), mas também a faculdade de, ao abrigo do disposto no artigo 303 do *Code d' Instruction*, realizar um “suplemento de informação”, admitindo a jurisprudência que nele fossem inquiridas novas testemunhas, reinquiridas as anteriores e mesmo confrontadas umas com outras e com o acusado, o que, conjugado com a natureza secreta e não contraditória destas diligências de prova, anulava completamente a eficácia da garantia consignada no segundo parágrafo do artigo 257 (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 279 e 280, e Henry Bourdeaux, 1931: 174).

A regulamentação do sistema de recursos confirma plenamente a lógica resultante da distribuição de poderes dos tribunais e das partes na primeira instância. Se o legislador napoleónico modelou o tribunal de júri de acordo com as necessidades da nova ordem política e confiou ao juiz presidente os poderes necessários para controlar o resultado final do processo, diminuindo-na medida do possível o efeito da intervenção dos jurados na administração da justiça e, por isso, restringindo o âmbito e os poderes do tribunal de cassação, o legislador português, possuído de uma maior confiança no tribunal de júri, libertou juízes e jurados de uma tutela política omnipresente, mas cautelosamente multiplicou as medidas de sanação das decisões proferidas na instância, sujeitando a sentença de condenação proferida nas causas julgadas pelo júri a uma apelação e a uma revista e ignorando mesmo a intangibilidade quase mística da sentença de absolvição proferida em conformidade com o veredicto do júri.

A omissão da regulamentação expressa da forma de processo correcional viria a criar graves problemas de interpretação ao aplicador, a que o governo acudiu em alguns casos com a publicação de portarias interpretativas e, designadamente, com as já mencionadas Portarias de 16.9.1837, 21.9.1837, 28.2.1838, 12.8.1839 e 17.9.1839. Estes problemas demonstravam a necessidade de uma regulamentação conjunta e harmoniosa de todas as formas de processo especiais, sobretudo em face da solenização da forma de processo para julgamento de coimas e transgressões, onde se reconhecia agora o direito do recurso para o mesmo tribunal que conhecia das apelações das decisões proferidas em processo de polícia correcional.

Além destes problemas, a execução da reforma de 1837 deparou com a repetida indisponibilidade dos povos para eleger e exercer os novos cargos de magistrados inferiores e de jurados, quando não mesmo com o mau acolhimento dos juízes de facto.⁵³⁶

A crise na administração da justiça penal foi-se agravando, crescendo na razão directa do aumento da criminalidade mais grave. A tentação do recurso a medidas extraordinárias era forte e o legislador cedeu a ela, publicando já durante os trabalhos das Cortes constituintes, um diploma fundamental, a Lei de 17.3.1838, que foi regulamentada pela Lei de 10.4.1838.

Aquele diploma teve na sua base o projecto apresentado às Cortes por uma

comissão especial de deputados, presidida por José Homem Corrêa Telles.

O “projecto de segurança pública”⁵³⁷ foi apresentado na sessão de 21 de Novembro de 1837 e discutido nas sessões seguintes, tendo logrado obter aprovação com alterações várias. A pretensão da comissão era a de criar um processo especial para os crimes mais graves, cuja fase investigatória seria realizada por um juiz de direito substituto do titular da comarca, tendo a proposta da comissão “a vantagem de separar a instrução do processo do julgamento, em conformidade com um axioma de direito”.⁵³⁸

A fase investigatória terminaria com a pronúncia do juiz substituto, ficando suspensa a audiência de ratificação da pronúncia fora das cidades de Lisboa e do Porto. Na fase de julgamento devia formar-se um júri especial, constituído por três militares e três civis, que teria competência para decidir em definitivo sobre a matéria de facto, invocando a comissão “que o Jury, tanto de pronuncia, como de sentença, nas Províncias do Reino, têm conduzido muito para a impunidade dos criminosos, porque os Jurados são pela maior parte Lavradores tímidos, e faceis de se atterram com as ameaças dos culpados, e dos seus protectores. Por tanto a Comissão não hesitou em votar a suspensão do Jury de pronuncia, e a modificação do de sentença”.⁵³⁹

A reacção do Congresso dos deputados foi virulenta, considerando mesmo o deputado Freitas que era “indecoroso ao Congresso depois de ter votado um Código liberal ao Paiz, apresentasse uma lei excepcional que forçosamente daria lugar a abusos”,⁵⁴⁰ ao que o relator da comissão, o deputado Macário de Castro, respondeu, reconhecendo que esta era “uma lei de suspensão de garantias para certos crimes”.⁵⁴¹

A comissão propunha também que a sentença condenatória proferida nestes processos fosse obrigatoriamente sujeita à apreciação do Tribunal da Relação, com remessa officiosa dos autos pelo juiz recorrido, tendo o tribunal de recurso poderes para modificar o julgado e devendo ainda a sentença de pena capital confirmada na Relação ser levada ao conhecimento da rainha.

As Cortes só em parte seguiram a proposta da comissão, criando uma forma de

⁵³⁶ O retrato destas dificuldades práticas foi feito por Afonso Costa (1899: 235) e Alberto dos Reis (1909: 86).

⁵³⁷ O projecto previa que a lei não tivesse efeito além das Cortes ordinárias de 1839, sem que por elas fosse prorrogada (Diário do Governo, 1837, pp. 1300 e 1301).

⁵³⁸ Nas palavras do ministro da justiça, que fez a defesa da proposta da comissão (Diário do Governo, 1837, p. 1447).

⁵³⁹ Diário do Governo, 1837, p. 1301.

⁵⁴⁰ Diário do Governo, 1837, p. 1446.

processo especial transitório para certos crimes de maior gravidade, que vigoraria até à sessão ordinária das Cortes de 1839 e teria aplicação restrita ao continente.

A lei nova instituía um segundo juiz letrado em cada comarca, com a excepção de Lisboa e do Porto, para instrução dos processos por crimes de um catálogo fixado pela lei cometidos fora da cabeça da comarca, retirando esta competência aos juizes ordinários, mas mantendo a competência instrutória do juiz de direito titular no julgado cabeça de comarca.⁵⁴² A duplicação dos magistrados judiciais nas comarcas, que correspondia afinal a uma duplicação do número de comarcas, constituía a resposta do legislador à crítica dos seus contemporâneos, que estabeleciam uma relação directa entre a exiguidade do número de comarcas e a situação de anarquia e impunidade generalizadas que se vivia.⁵⁴³

A fase preparatória da nova forma de processo especial caracterizava-se pela suspensão da ratificação da pronúncia, com excepção das cidades de Lisboa e Porto, tendo as Cortes, contudo, admitido a interposição do recurso de agravo do despacho de pronúncia para a Relação fundado quer na falta de criminalidade do facto quer na insuficiência das provas. No tocante à constituição de um júri especial para julgamento, as Cortes aprovaram a proposta da comissão,⁵⁴⁴ mas rejeitaram o modo de composição mista do júri, tendo feito vencimento a proposta do deputado Freitas de constituição de um júri exclusivamente civil e “tirado da propriedade”, pois eram os proprietários que tinham “maior rectidão, pelo seu proprio interesse”.⁵⁴⁵ Assim, a pauta especial de jurados era constituída pelos vinte e quadro cidadãos mais colectados na décima e em impostos gerais directos, sendo o júri de sentença constituído por apenas seis membros tirados à sorte daquela pauta especial.

Com a suspensão do júri da pronúncia, a correspondente solenização do despacho judicial que finalizava a instrução, nos termos propostos pela comissão, e a manutenção da competência instrutória do juiz de direito titular, ao invés do proposto pela comissão, era ainda mais agravado o défice de realização do princípio da acusação

⁵⁴¹ Diário do Governo, 1837, p. 1451.

⁵⁴² O congresso votou expressamente um quesito sobre a manutenção desta competência instrutória do juiz de direito titular, dada a divergência de opiniões sobre o assunto (Diário do Governo, 1837, p. 1447).

⁵⁴³ Afonso Costa, 1899: 237 e 239.

⁵⁴⁴ Fez vencimento esta tese da comissão contra a proposta do próprio deputado relator da comissão, Macário de Castro, de formação de conselhos de guerra e a do deputado Costa Cabral de abolição dos jurados e atribuição exclusiva da competência aos juizes de direito nos processos referentes a estes crimes mais graves (Diário do Governo, 1837, pp. 1451 e 1452).

nos processos criminais do julgado cabeça de comarca, melhorando, no entanto, a situação nos restantes julgados da comarca, em face da melhor qualificação profissional do juiz instrutor.

À parte as medidas extraordinárias do indeferimento tácito do agraciamento do réu condenado em pena de morte decorrido o prazo de sessenta dias após a remessa oficiosa da sentença transitada ao poder executivo e da admissibilidade das buscas domiciliárias diuturnas emitidas por “uma ordem geral e sem referencia a casa certa” (artigo 10), a legislação da “segurança pública”,⁵⁴⁶ emanada das Cortes constituintes nas vésperas da aprovação da nova Constituição, iria marcar definitivamente o direito processual da monarquia constitucional, por força da directa repercussão que teria na terceira grande reforma judiciária que se anunciava.

2. A Constituição setembrista

As Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes concluíram em 20 de Março de 1838 a nova Constituição, que foi jurada por D. Maria II e D. Fernando II em 4 de Abril de 1838.⁵⁴⁷ A Constituição consagrava um título, o sexto, ao Poder Judiciário, tendo os artigos que constituíam este título sido discutidos em apenas dois dias, nas

⁵⁴⁵ Diário do Governo, 1838, p. 16.

⁵⁴⁶ A doutrina criticou severamente esta legislação. Basílio Sousa Pinto (1845: 142) considerava que ela continha “restos das idéas antigas”, segundo as quais os crimes mais gravosos deviam ser julgados mais rapidamente, razão pela qual concluía que “não podemos porém admitir taes excepções, por que mais vale, que a Sociedade sôfra alguma coisa pela exacta observancia das formulas do processo, do que estabelecer excepções, que só servem para descredito da Legislação, e para acarretar muito maiores males”. Mais tarde, também Dias da Silva (1906: 353) se referiu em termos semelhantes a esta lei.

⁵⁴⁷ Os acontecimentos políticos em Portugal foram muito condicionados pelos sucessos do partido liberal na vizinha Espanha. Depois de ter sido anulada pela segunda vez a 1.10.1823, a Constituição de Cadiz conheceu um novo período de vigência transitória entre 13.8.1836, data em que foi ordenada a convocação de Cortes constituintes, e 18.6.1837, data em que foi promulgada a nova Constituição. O carácter compromissório desta nova Constituição espanhola influenciou os constituintes portugueses. Sobre a divisão entre os “ordeiros” e os “setembristas” na constituinte portuguesa de 1837-38 e as características das correntes de pensamento político e social destas duas facções, Júlio Rodrigues da Silva, 1992: 77 a 119.

sessões de 16 e 17 de Novembro de 1837.⁵⁴⁸

Tal como no texto constitucional de 1822, consagrou-se a existência de jurados tanto no cível como no crime, “nos casos e pelo modo que a lei determinar” (artigo 123),⁵⁴⁹ mas omitiu-se a fixação de qualquer critério constitucional para a delimitação de competência entre o jurado e o juiz de direito. Fixou-se também, como na Constituição vintista e ao contrário da Carta, a obrigatoriedade do conhecimento por jurados dos abusos de liberdade de imprensa.

A Constituição previa ainda a faculdade de as partes nomearem juízes árbitros nas “causas cíveis, e nas criminais civilmente intentadas” (artigo 123 § 3) e a regra da obrigatoriedade da intervenção de um juiz de paz, electivo, com função conciliatória, mas já admitia a possibilidade de a lei criar excepções a esta regra.

A constituição setembrista foi, contudo, mais longe do que as anteriores no tocante ao reconhecimento das magistraturas populares, pois consagrou duas magistraturas com eleição popular, tendo-se os constituintes inspirado nas disposições da Nova Reforma Judiciária.⁵⁵⁰ Assim, deu-se assento constitucional, ao lado dos juízes de paz, aos juízes ordinários, que também seriam eleitos pelo povo (artigo 123 § 2), tendo, aliás, esta sido a única questão que suscitou a votação nominal dos deputados. A proposta de manutenção dos juízes ordinários foi aprovada, com apenas um voto contra.⁵⁵¹ Os constituintes não fixaram, no entanto, qualquer critério constitucional para a delimitação da competência dos juízes ordinários.

Por fim, fez-se expressa menção à existência de Relações para “julgar as causas em segunda e última instância” (artigo 125) e a um Supremo Tribunal, “para conceder, ou negar revistas, e exercer as mais atribuições marcadas nas leis” (artigo

⁵⁴⁸ Diário do Governo, 1837, pp. 1283, 1284 e 1288. Os únicos temas que verdadeiramente mereceram uma discussão detida dos deputados foram o da perpetuidade dos juízes de direito e o da sua inamovibilidade. O projecto de nova constituição elaborado pela comissão parlamentar encarregada dessa tarefa encontra-se publicado por Lopes Praça, 1894: 251 a 272. Não se publicaram no Diário da Câmara dos Senhores Deputados muitas das sessões da assembleia, encontrando-se apenas publicadas as sessões entre 13 de Março e 19 de Maio de 1837 e entre 27 de Setembro a 14 de Outubro de 1837. A razão de ser desta omissão encontra-se na deliberação dos deputados no sentido de manter secretas algumas sessões (Júlio Rodrigues da Silva, 1992: 12). Deste modo, o conhecimento do debate constitucional e, designadamente, do debate atinente ao título sexto da Constituição, só pode ser alcançado através das resenhas das sessões das Cortes que constam da “Parte não Official” do Diário do Governo da altura.

⁵⁴⁹ Apenas um deputado, Pereira Brandão, manifestou reservas à manutenção dos jurados, mas tão-somente “em alguns casos cíveis” (Diário do Governo, 1837, p.1283).

⁵⁵⁰ Afonso Costa, 1899: 236 e 237, e Marnoco e Souza, 1910 a: 776. Afonso Costa chamou também a atenção para a manutenção dos juízes ordinários, apesar da oposição com que já deparavam, bem como para a omissão relativamente aos juízes eleitos.

⁵⁵¹ Diário do Governo, 1837, p.1283.

126), suprimindo-se a anterior previsão constitucional da competência especial para conhecer dos crimes cometidos por magistrados judiciais. Por sua vez, a Câmara dos Senadores mantinha ainda a competência prevista na Carta para a Câmara dos Pares.

No tocante à estrutura do processo penal, a Constituição regressava ao princípio programático da publicidade, mas desta feita prevendo-o genericamente para as audiências de todos os tribunais, com exceção dos casos declarados na lei, sem a especificação do momento a partir do qual as audiências seriam públicas.⁵⁵²

A dimensão muito reduzida do título sexto do novo texto constitucional, à imagem da do título décimo da Constituição espanhola de 1837, tinha, tal como esta, subjacente a experiência dos constituintes do fracasso das primeiras Constituições da península. Assim, o legislador setembrista omitiu pronunciar-se sobre as opções fundamentais da constituinte vintista, reconhecendo uma muito ampla liberdade de conformação ao legislador ordinário, com a exceção de duas opções fundamentais, que quer pela sua natureza ideológica e simbólica para os revolucionários, quer pela sua importância prática se fizeram consignar no curto título sexto da nova constituição: a consagração de duas magistraturas populares de primeira instância, além da dos jurados, e a abolição do privilégio do foro dos magistrados judiciais. Além destas duas novidades, subsistiu intocado o princípio do triplo grau de jurisdição, com a mesma formulação muito restrita do princípio da Carta.

O estatuto constitucional da magistratura judicial era, também ele, muito sucinto, com duas diferenças substanciais em relação às disposições da Carta: a suspensão de juízes já não dependia de quaisquer solenidades, o que tornava dispensável o exame previsto no artigo 386 da terceira parte da Nova Reforma, e o prazo do triénio para a transferência de juízes de direito de primeira instância, previsto na primeira Constituição do país, foi repostado. A garantia da perpetuidade dos juízes de direito resultava apenas implicitamente desta regulamentação.

Após a votação da nova Constituição, o governo pediu às Cortes autorização para reformular a organização judiciária, bem como para proceder à reforma do processo civil e criminal.

A administração da justiça e, sobretudo, da justiça criminal mantinha-se em

⁵⁵² O aditamento foi introduzido já no final da discussão sobre este título, por proposta dos deputados Moniz e Pizarro (Diário do Governo, 1837, p. 1288). Apesar do seu teor mais vago, Lopes Praça (1879:

um estado calamitoso. Os representantes da nação reconheciam-no agora abertamente: “Todos sabem que as nossas leis erão fundadas nos mais luminosos principios da razão, da moral, e da justiça... no entanto os rezultados forão inteiramente contrarios ás esperanças dos autores dessas mesmas reformas, porque se seguirão funestas consequencias, que pozerão no mais completa confuzão todos os ramos da Administração publica, de maneira que a segurança do Cidadão pacifico não encontrou abrigo em parte alguma, a Justiça ficou indeciza á vista da multiplicidade de leis contradictorias e ambiguas, o crime ficou impune e desenfriado, porque os seus Autores contárão com a decizão favorável dos jurados”.⁵⁵³

As Cortes acederam ao pedido do governo, mas tomaram também duas outras decisões muito relevantes, que teriam consequências duradouras na configuração do processo penal. Por um lado, alargaram o âmbito das disposições extraordinárias do diploma da “segurança pública” e, por outro, procederam a alterações significativas do regime dos crimes de imprensa e da respectiva forma de processo.

Assim, a Lei de 17.7.1839 prorrogou a vigência das Leis de 17.3.1838 e de 10.4.1838 até ao fim da sessão ordinária de Cortes de 1840 e a Lei de 26.9.1840 prorrogou aquela vigência de novo até ao fim da sessão ordinária das Cortes de 1842,⁵⁵⁴ introduzindo, no entanto, alterações importantes às leis anteriores.

A lei de 1840 alargou o catálogo de crimes abrangidos e determinou nos processos relativos a estes crimes a suspensão do júri da pronúncia em todo o território continental, incluindo as cidades de Lisboa e do Porto, antes excluídas, e também a suspensão do júri do julgamento no território continental, mas com a excepção das cidades de Lisboa e do Porto.⁵⁵⁵ O juiz de direito, fosse ele o titular ou o substituto, julgaria de facto e de direito, com registo da prova produzida na audiência de julgamento e recurso para a Relação. Deste modo, Costa Cabral impunha a tese que dois anos antes não tinha conseguido fazer vingar na discussão do projecto de segurança

353) manifestava a sua preferência por esta redacção em face das anteriores da Constituição de 1822 e da Carta.

⁵⁵³ Albano Pinto, 1840: 3.

⁵⁵⁴ A Lei de 9.10.1841 revogou as Leis de 17.3 e 10.4 de 1838, de 17.7.1839 e de 26.9.1840, que vigoraram até ao final da sessão ordinária de 1842. Não seria esta, contudo, a última vez em que o legislador recorreria à medida excepcional da suspensão do júri de julgamento para conter um aumento da criminalidade comum.

⁵⁵⁵ Nas comarcas de Lisboa e do Porto mantinha-se o júri de julgamento, mas fazia-se acrescer um novo requisito relativo à capacidade financeira dos cidadãos que podiam ser jurados, isto é, o de pagarem 10.000 réis de décima e impostos anexos.

pública.

A nova lei tornava uma regra uniformemente aplicável em todo o território continental a substituição da ratificação da pronúncia por um júri pela sindicância da criminalidade do facto e da suficiência das provas pelo Tribunal da Relação, em agravo interposto da pronúncia pelas partes nos processos por crimes do catálogo legal.

Da abolição do júri de julgamento resultava a violação frontal do princípio da acusação, concentrando-se no juiz de direito titular a investigação e o julgamento dos crimes cometidos na cabeça da comarca e no juiz de direito substituto a investigação e o julgamento dos crimes cometidos no resto da comarca. A maior fragilidade da situação processual do réu era compensada com a introdução do registo da prova e a impugnação da decisão sobre a matéria de facto na Relação.⁵⁵⁶

A terceira grande reforma judiciária, que teria lugar no ano seguinte, não iria tão longe quanto a lei de 1840 no tocante ao júri de julgamento, mas consagraria a solução da legislação processual de emergência relativa ao júri da pronúncia.

No entanto, o júri da pronúncia sofreria ainda um outro revés. As alterações ao processo especial para julgamento dos crimes cometidos através da imprensa foram aprovadas pela Lei de 19.10.1840. Este novo diploma, que ficou conhecido como a “lei das rolhas” por ter contrariado frontalmente o § 3 do artigo 145 da Carta,⁵⁵⁷ não só introduziu um requisito adicional para a elegibilidade dos jurados, consistente no pagamento de décima ou outros impostos sobre rendimentos próprios de 20.000 réis em Lisboa e no Porto e de 15.000 réis no resto do país ou, no caso de possuidores de certos títulos académicos, de um terço destas quantias, como extinguiu o júri da pronúncia, cabendo agravo do despacho de indicição ou de não indicição.

O júri de julgamento, que mantinha a competência para decidir da culpa e da pena, tinha uma composição mais ampla do que a do júri de julgamento da nova lei geral, mantendo o número de doze jurados, independentemente da dimensão do julgado, previsto pela lei geral ao tempo da remissão da lei de imprensa de 1834. Apesar do reforço do júri de julgamento em face da jurisdição comum, o encurtamento dos prazos para a apresentação do libelo e para o julgamento alteravam a natureza desta forma

⁵⁵⁶ A Relação conhecia da matéria de facto, tendo o Ministério Público a obrigação imposta hierarquicamente pela deliberação do conselho dos procuradores régios de 1.11.1840 de interpor recurso nestes processos (Castro Neto, 1841: 14 e 15).

⁵⁵⁷ Augusto Maria de Castro e António Ferreira Augusto, 1895: 364, António Ferreira Augusto, 1905 a: 183, e Augusto Silva Pereira, 1901: 19 e 20.

especial de processo, aproximando-a mais das formas sumárias do que da forma ordinária.⁵⁵⁸

Entretanto, dois projectos surgiram com a pretensão de proceder à revisão da Reforma Judiciária, tendo um sido apresentado publicamente e o outro não.

O deputado às Cortes Joaquim Celestino Albano Pinto preparou e tornou público em Junho de 1840 um “Projecto de lei complementar ou adicional à Reforma Judiciária, segundo o qual ficará o paiz mais bem organizado, do que se acha prezentemente, e a justiça será administrada aos povos com mais brevidade”.

O projecto procedia a uma vasta reforma da organização dos tribunais e magistrados com competência civil e criminal, bem como a uma importante revisão do processo penal.

Para conhecimento das causas crimes que não reuquessem a aplicação de fiança e daquelas em que ela fosse admissível, fixava-se a regra da competência do juiz de direito, que deveria observar a forma de processo ordinário, com excepção das disposições aplicáveis ao júri. O conhecimento dos outros crimes que não admitiam a prestação de fiança pertencia ao júri, na forma prescrita na lei vigente e, designadamente, com a ratificação da pronúncia, ou ao Tribunal da Relação, que decidia em primeira instância dos crimes que não admitissem ratificação de pronúncia. Nestes processos procedia-se à remessa dos delinquentes com o sumário da culpa para a Relação, onde eles eram sentenciados “na forma da Legislação antiga”.⁵⁵⁹

Os juizes ordinários tinham competência para preparar os crimes julgados apenas pelo juiz de direito até que os autos se encontrassem prontos para serem sentenciados e os crimes julgados com intervenção do júri até que estivesse ultimada a ratificação da pronúncia, bem como para julgar os crimes puníveis com pena até seis dias de prisão ou 6.000 réis de multa.

⁵⁵⁸ Com este diploma e um outro, a Lei de 14.9.1840, que criou um tipo penal novo de publicação de periódico não autorizado, se inicia, no dizer de Bento Carqueija (1893: 36), uma fase de forte repressão da liberdade de imprensa, consagrando a lei de Setembro providências que tinham um “carácter puramente anormal”, instituindo como regime ordinário o que antes da revolução era regime extraordinário, e a lei de Outubro acentuando “por uma forma bem odiosa” a orientação da lei anterior, por via quer de um encurtamento tão significativo dos prazos que transformava este processo em um “verdadeiro processo summario” quer de uma alteração dos requisitos de elegibilidade dos jurados que viciava a instituição do júri.

⁵⁵⁹ Albano Pinto, 1840: 48. Os crimes que não admitiam ratificação de pronúncia constavam de um elenco fixado no artigo 16 do título IX do projecto e incluíam os crimes de alta traição, falsificação de selos, moedas e notas, morte, roubo e furto qualificado, assuada com ferimento, resistência à justiça com ferimento e fogo posto “com dolo mau” em edifícios habitados.

Os juizes eleitos, cuja alçada era ligeiramente diminuída, mantinham a sua anterior competência transgressional, mas davam recurso para os juizes de direito.

Deste modo, eram extintos os juizes e magistrados correccionais. Contudo, a forma de processo correccional mantinha-se para julgamento dos crimes puníveis com pena até seis dias de prisão ou 6.000 réis de multa.

No tocante aos tribunais de recurso, o projecto introduzia duas alterações ao direito vigente muito relevantes. A primeira dizia respeito ao regime de conhecimento das nulidades, que era objecto de uma remissão directa para os termos prescritos no título 5 do Livro I e nos títulos 63 e 75 do Livro III das Ordenações, e a segunda à competência do Supremo Tribunal de Justiça para conhecer em definitivo das revistas interpostas, “salvo se fôr necessario instaurar novamente o processo, ou parte do mesmo, em razão d’ alguma nullidade insanavel, que não possa ser-supprida”.⁵⁶⁰

O projecto não só tinha o propósito de diminuir a intervenção do júri, como também o de restringir o acesso ao exercício do próprio cargo de jurado e das magistraturas letradas e populares, fixando novos requisitos relativos à “limpeza de mãos” e à capacidade financeira dos titulares destes cargos.⁵⁶¹

O projecto distinguia três formas de processo ordinário e uma correccional,⁵⁶² fixando como critério de distinção daquelas a admissibilidade da prestação de fiança e a natureza do crime. Nos crimes em que não era legalmente requerida a prestação de fiança e nos crimes em que ela era admissível abolia-se a ratificação da pronúncia, admitindo-se a interposição de recurso do despacho de pronúncia fundado na não qualificação dos factos como crime. Nestes processos impunha-se expressamente a presença do réu na audiência e não se admitia a leitura dos depoimentos das testemunhas faltosas prestados na fase preparatória,⁵⁶³ registando-se o depoimento das testemunhas presentes na audiência.

Nos crimes em que não era admissível a prestação de fiança, os autos eram processados pela forma de processo prevista na terceira parte da Nova Reforma, quando fossem julgados pelo tribunal de júri em primeira instância, ou pela forma prevista no

⁵⁶⁰ Albano Pinto, 1840: 52.

⁵⁶¹ Albano Pinto, 1840: 18 (requisitos dos juizes de direito), 22 (os dos juizes ordinários), 33 (os dos juizes eleitos) e 48 (os dos jurados).

⁵⁶² A forma de processo correccional consistia apenas na admissão de um requerimento do ofendido e na produção da prova em audiência contraditória.

⁵⁶³ Esta proibição resultava da conjugação do disposto no artigo 1, § 11, do título V com o disposto no artigo 7, §§ 2 e 3 do título I.

direito antigo, quando fossem julgados pela Relação em primeira instância.

Deste modo, nos processos em que não era legalmente requerida ou era admissível a prestação de fiança, que tivessem sido preparados pelos juizes ordinários, o princípio da acusação era respeitado, mas com o custo altíssimo de o juiz de direito não conhecer senão a prova registada nos autos quando fosse sentenciar. Nos processos desta natureza, que tivessem sido preparados pelos juiz de direito, ao invés, o princípio da imediação era inteiramente respeitado, mas a custo do princípio da acusação, pois o juiz de direito dava também a pronúncia.

Nos processos em que não era admissível a prestação de fiança julgados em primeira instância com a intervenção do tribunal de júri, a concretização dos princípios da acusação e da imediação sofria dos défices que caracterizavam as regras do direito vigente quando os autos eram preparados pelo juiz de direito, mas realizavam com perfeição o princípio da acusação quando os autos eram preparados pelo juiz ordinário. A conformação mais deficitária era, contudo, a do processo para julgamento dos crimes mais graves, sentenciados na Relação em primeira instância, em que ressurgia a forma de processo do direito antigo. A consagração do Supremo Tribunal de Justiça como um tribunal de revista com poderes para conhecer definitivamente das causas atenuava aquela conformação deficitária, uma vez que se introduzia um recurso ordinário do julgado da Relação desconhecido do direito antigo. Por sua vez, o novo regime de nulidades punha cobro ao poder desmesurado dos tribunais superiores de anulação dos autos, contribuindo eficazmente para a realização do propósito de celeridade processual, mas simultaneamente diminuindo as possibilidades de defesa do réu na impugnação da decisão de mérito.

A proposta de Albano Pinto, que ansiava por repor o direito e a tranquilidade “como acontecia no tempo em que Portugal era verdadeiramente Portugal”,⁵⁶⁴ constituía uma tentativa de conciliação do modelo judiciário vigente no final do Antigo Regime com os ideais da Reforma Judiciária, a que as Cortes, no entanto, não foram sensíveis.

3. O Projecto de Código do Processo Criminal de José Homem

⁵⁶⁴ Albano Pinto, 1840: 57.

Corrêa Telles (1840)

O outro projecto que tinha o propósito de proceder à revisão de uma parte substancial da Nova Reforma foi elaborado por José Homem Corrêa Telles. Este autor redigiu um “Projecto de Código de Processo Criminal”, que não chegou a ser dado à estampa.

O manuscrito da biblioteca da Ordem dos Advogados, que não se mostra datado nem assinado, foi finalizado entre os dias 26.9.1840 e 28.11.1840. Na motivação do projecto, o autor menciona profusamente as fontes legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias do texto proposto, tendo sempre como referência a Nova Reforma Judiciária, o que permite concluir, sem margem para dúvida, que a finalização do texto é anterior à data da publicação da lei que fixou as bases da reorganização judiciária e autorizou o governo a publicar uma nova reforma judiciária, isto é, a 28.11.1840. Por outro lado, na nota ao § 27 faz-se menção da Lei de 26.9.1840, sendo esta a lei citada pelo autor com a data mais recente, o que leva à conclusão que o autor terá pelo menos finalizado a obra nesta data ou em data posterior a ela. Compreende-se, assim, que o autor não tenha visto interesse em dar à estampa o seu projecto, em face da publicação de uma nova lei geral da organização judiciária e do processo penal pouco tempo depois da conclusão da sua obra.

A atribuição da autoria do projecto aqui propugnada resulta da análise do conteúdo dogmático do manuscrito e, sobretudo, da sua comparação com as posições doutrinárias assumidas por Corrêa Telles no “Manual de processo civil, Suplemento do Digesto Português”. Em muitos lugares, mas muito particularmente no tocante à crítica de alguns vícios da Nova Reforma, como o da composição do tribunal correccional, e à proposta de reforma legislativa relativa à definição legal dos indícios suficientes e ao elenco dos crimes correccionais, verifica-se uma reprodução no “Manual” de opiniões expendidas pelo autor no projecto.

O projecto continha vinte e três títulos, os dois primeiros sobre a organização dos magistrados judiciais e do acusador público, os dezasseis seguintes sobre a regulamentação da forma do processo ordinário e os restantes sobre a regulamentação das formas de processo especiais, prevendo a forma de processo para julgamento dos

crimes cometidos por magistrados no exercício das suas funções e fora delas, a forma de processo contra ausentes, a forma de processo de polícia correccional e a forma de processo para julgamento de coimas e transgressões de posturas, em um total de 525 parágrafos.

O propósito fundamental do autor era, não apenas o de reunir em um diploma toda a legislação sobre a organização judiciária e o processo penal, mas também o de colmatar omissões do direito vigente e corrigir vícios e deficiências que a prática já tinha revelado. O autor teve também em consideração, além do “Ensaio” de Mello Freire, a lição dos códigos das nações civilizadas, neles incluindo o da Prússia de 1794, o do império austríaco de 1803, o de França de 1808, o das duas Sicílias de 1819 e o do Brasil de 1830.

O projecto previa a manutenção do foro privilegiado dos militares nas causas cíveis, com algumas excepções, o dos estrangeiros, tendo as conservatórias apenas competência criminal de primeira instância, e o dos clérigos nos crimes de heresia, sigilismo, sollicitação na confissão, sacrilégio, concubinato escandaloso, simonia e outros. Contudo, este foro já só se mantinha para imposição de penas espirituais, pois “quando as leis civis imponhão penas áquelles crimes o Governo deve commeter o negocio ao Poder judiciario”.⁵⁶⁵

O autor mantinha o benefício da imunidade resultante do direito de asilo em igreja e no seu adro como limite à jurisdição civil, embora com excepções, porquanto a ordenação não teria sido revogada pela Reforma “e merecendo tanta atenção a caza particular de qualquer cidadão, incoherencia fora perder todo o respeito á Caza de Deos”.⁵⁶⁶

O projecto atribuía competência criminal aos juizes de direito, que julgavam com os jurados ou sem eles, e aos juizes ordinários, fixando os valores da alçada destes e daqueles de acordo com os critérios já estabelecidos pelo diploma de 1833. Aos juizes eleitos retirava-se toda a competência criminal, concedendo-se-lhes apenas competência transgressional, com alçada igual à fixada pelo artigo 65 da segunda parte da Nova Reforma. Esta opção era justificada pelo autor com o entendimento de que este último preceito teria revogado implicitamente o artigo 17 do Decreto de 12.12.1833.

⁵⁶⁵ Corrêa Telles, 1840: 5 verso.

⁵⁶⁶ Corrêa Telles, 1840: 31 verso.

A estrutura do processo era a da Nova Reforma,⁵⁶⁷ mas introduziam-se duas importantes novidades na regulamentação do processo preparatório: o modo de resolução do conflito entre o juiz e o agente do Ministério Público quando aquele, findo o corpo de delito, entendesse que devia ser dada querela e este entendesse o contrário e a especificação dos indícios suficientes para a prolação da pronúncia.

No que toca ao conflito entre o juiz e o agente do Ministério Público, o projecto previa que este magistrado justificasse a sua inércia nos autos e desse a conhecer as suas razões ao juiz. Entendendo o juiz ainda assim que o Ministério Público devia querelar, o agente do Ministério Público podia agravar de petição para o Tribunal da Relação, mas devia executar entretanto a ordem do juiz.

A avaliação dos indícios para a pronúncia, que § 12, do título 117 do Livro V das Ordenações e o legislador liberal deixavam ao arbitrio do julgador, era objecto de uma regulamentação, em que o autor concretizava alguns critérios para apuramento de “indícios directos” e de “indícios legais” do cometimento dos crimes (§§ 120 e 121), recorrendo para o efeito à doutrina das disposições do *Strafgesetzbuch* austríaco sobre esta questão.⁵⁶⁸ O autor reconhecia, contudo, que “sendo tantas e tão variáveis as circunstâncias, q’ podem acompanhar o crime, q’ é impossível poderem ser marcadas na lei; é deixado á prudencia do juiz o dar aos indícios a consideração q’ merecerem” (§ 124), o que afastava a associação desta teoria dos indícios ao antigo sistema da prova tarifada, conferindo-lhes antes o valor de indícios resultantes da experiência comum.⁵⁶⁹

O agravo de injusta pronúncia era admitido quando o réu entendesse que o facto não era ilícito e sempre que uma norma especial vedasse a ratificação da

⁵⁶⁷ No entanto, o projecto previa várias inovações importantes no tocante a medidas de coacção, ao regime das nulidades, à defesa do réu menor na audiência de julgamento, à suspensão da audiência e à condenação em custas.

⁵⁶⁸ As disposições dos artigos 120 a 123 do projecto são transcritas, com pequenas alterações, dos artigos 262, 263, 269 e 274 da primeira parte do código austríaco de 1803.

⁵⁶⁹ Corrêa Telles, 1840: 23, e Joseph Kitka, 1841: 292 a 304, 414 a 419. Ao invés, na doutrina francesa contemporânea do autor, defendia-se entusiasticamente o poder discricionário e não adstricto a quaisquer regras dos jurados na valoração da prova. Benjamin Constant (1836: 94) afirmava categoricamente que o espírito da instituição do júri era o de que “o júri não seja constrangido a pronunciar um cálculo numérico, mas segundo a impressão que o todo dos documentos, testemunhos ou indícios terá produzido nele. Ora, as luzes do bom senso são suficientes para que um jurado saiba e possa declarar se, depois de ter ouvido as testemunhas, lido os documentos, comparado os indícios, está convencido ou não”. No mesmo sentido de Corrêa Telles, de conciliação de um código novo com uma teoria dos indícios, pronunciaram-se vários autores, não só franceses (Charles-Frédéric Schenck, 1813: 131 a 164) como alemães (Carl Mittermaier, 1845: 631, e 1846: 442 e 443, e Christoph Martin, 1857: 298) e mesmo portugueses (Duarte Nazareth, 1853: 108). Só mais tarde se tornou um axioma nas doutrinas do

pronúncia. Contudo, o autor propunha que o juiz pudesse logo em face da petição de querela decidir quando fosse o caso de a julgar improcedente, admitindo este despacho apelação, de modo a evitar a continuação do processo até à prolação do despacho de não pronúncia. Propunha também que, não comparecendo a parte querelante na audiência de ratificação em caso de crime particular devia presumir-se desamparada a querela, com base em um argumento retirado do artigo 347 da terceira parte da Nova Reforma. No mesmo sentido se deveria presumir se o querelante não desse o libelo, o que o autor retirava da doutrina do § 15 do Título 124 do Livro V das Ordenações.

O reforço da defesa do réu era patente na previsão de que, após a ratificação da pronúncia, os réus soltos e afiançados deveriam ser citados para irem receber cópia do libelo que fosse deduzido pelo delegado ou pelo querelante⁵⁷⁰ e na regulamentação da excepção da suspeição do juiz, que não podia ser oposta na fase da devassa, mas não ficava prejudicada pela petição de fiança naquela fase, e da excepção declinatória do foro, que devia ser deduzida depois da suspeição.

Em matéria de recursos, consagrava-se a interposição do recurso obrigatório nos casos previstos no artigo 334 da terceira parte da Reforma Judiciária pelo agente do Ministério Público e mesmo pelo juiz, adoptando a doutrina do § 1 do Título 126 do Livro V das Ordenações, bem como o efeito meramente devolutivo e não suspensivo do agravo de instrumento, também de acordo com o preceituado no § 4 do Título 74 do Livro III das Ordenações, e ainda a faculdade da parte prejudicada agravar do despacho de reparação de agravo, que era praxe reconhecida no foro.

O projecto previa também a apresentação de embargos à execução, neles incluindo, além dos previstos no direito vigente, o embargo de mulher grávida a sentença de condenação em pena de morte e o embargo fundado na existência do reputado morto.

A mais significativa inovação no âmbito dos recursos era, contudo, a previsão

continente europeu a máxima de Karl Binding (1915 a: 74), segundo a qual “nenhum processo do mundo pode prescindir inteiramente de uma teoria da prova”.

⁵⁷⁰ “Desta notificação não faz menção a Reforma Judiciária. Ref. 3. P. art. 239 § 3.1. Mas quem quer os fins quer os meios” (Corrêa Telles, 1840: 51). A fiança era fixada nos termos do artigo 134 da terceira parte da Nova Reforma, no que se refere à sua dispensa, e do artigo 194 da Reforma de 1832, no que toca aos crimes que a não admitiam. O recurso a este expediente resultava da necessidade de colmatar a lacuna deixada pela não referenda do Projecto de Código Penal de José Veiga, o que implicava o esvaziamento da referência feita pelo artigo 69 da Nova Reforma ao Código Penal. Segundo Corrêa Telles, o aplicador devia recorrer para o efeito às penas aplicadas nos códigos modernos e não às Ordenações, cujas penas estavam em desuso, de acordo com Mello Freire (Corrêa Telles, 1840: 34).

da ineficácia da excepção do caso julgado “se o novo accusador póder provar q’ o réu se livrou por falsa prova, ou por coloio com o primeiro accusador” (§ 442), apontando o autor como fundamento, além de outros, a doutrina do Título 130 do livro V das Ordenações.

No tocante às formas de processo especial, consagravam-se as soluções do direito vigente, mantendo inclusivamente as regras do processo especial para julgamento dos crimes graves previstos na Lei de 17.3.1838, embora não tratando esta forma de processo especial como tal, mas antes entre as disposições do processo comum.

As novidades no âmbito das formas de processo especial consistiam na introdução de uma forma de processo para julgamento de réus ausentes e no aperfeiçoamento da forma de processo de polícia correccional.

Com base no entendimento de que a lei vigente continha uma lacuna grave, o autor do projecto gizou uma forma de processo para julgamento de réus ausentes muito distinta da prevista no Título 126 do Livro V das Ordenações. O âmbito deste processo restringia-se aos crimes puníveis com pena de morte natural ou civil cometidos por réu que se ausentasse ou se acolhesse a casa de algum poderoso. Nos restantes crimes, o réu ausente só poderia ser processado civilmente, aplicando-se então as regras do processo civil.

O projecto previa a notificação edital do réu ausente para vir à audiência de ratificação da pronúncia, procedendo-se a esta sem o réu presente e nomeando-se-lhe um curador. A função do curador era a de “fiscalisar a observancia das formas leaes” e “notar as contradicções da accusação, e arguir os defeitos das testemunhas da culpa, ou da accusação, ou o suborno q’ lhes tenha sido feito, ou para exigir as perguntas e confrontações tendentes a esclarecer a verdade” (§§ 475 e 477), inspirando-se este regime nos parágrafos §§ 4 e 6 do Título LXII do “Ensaio” de Mello Freire.

A fase de accusação e julgamento do réu ausente, na falta de disposição específica, regular-se-ia pelo disposto na forma de processo comum, julgando também aqui o juiz com os jurados.

Após a interposição de recurso da sentença, que era obrigatório para o juiz, no caso de condenação em pena maior do que a de cinco anos de degredo para África ou para a Ásia ou de três anos de trabalhos públicos, a sentença devia ser de novo

publicada por éditos e, só findo o prazo dos éditos, ela era executada quanto a custas e indemnizações.

O réu podia em qualquer momento apresentar-se com vista a ser ouvido e a produzir a prova da defesa. Contudo, se se apresentasse dentro de um ano e viesse a ser absolvido, ele poderia repetir do querelante as indemnizações indevidamente recebidas e, se se apresentasse depois dessa data, já não o poderia fazer, sendo-lhe admitida apenas a prova para a “defeza tendente á pena corporal”. Embora o autor do projecto se manifestasse contra a regra das Ordenações que vedava toda a defesa ao réu depois de um ano, não procedia, contudo, a uma total equiparação da posição processual dos réus, mantendo uma distinção entre a defesa relativa às sanções penais e a relativa às indemnizações, pois “convem q’ haja diferença entre o réu q’ comparece dentro do anno, e o q’ só aparece depois”.⁵⁷¹

Na regulamentação do processo de polícia correccional o projecto caracterizava-se também pelo reforço muito considerável das garantias do réu, elaborando-se um catálogo de crimes de polícia correccional, com vista a pôr cobro ao abuso que desta forma de processo vinha sendo feito,⁵⁷² e prevendo-se a entrega de cópia da petição ao réu aquando da sua citação e a faculdade de apresentação da defesa deste por escrito, o que a lei vigente não consignava.

Na audiência de julgamento, as perguntas feitas ao réu e as suas respostas deviam ser escritas, segundo Corrêa Telles. O autor do projecto criticava violentamente a inexistência de registo escrito do depoimento das testemunhas em audiência de julgamento,⁵⁷³ mas não introduzia no texto do projecto qualquer norma que colmatasse

⁵⁷¹ Corrêa Telles, 1840: 92.

⁵⁷² O §§ 522 e 523 do projecto previam quarenta e oito crimes contidos em variadíssimos diplomas avulsos e dez crimes das Ordenações que competiam aos almotacés conhecer. No “Manual”, Corrêa Telles insistiu na necessidade da introdução de um catálogo de crimes que seriam processados correccionalmente, em vez das cláusulas gerais previstas no artigo 1250, que permitiam a extensão abusiva desta forma de processo a “factos e omissões que nunca foram crimes”. Aliás, este abuso era facilitado, segundo o mesmo autor (1849: 269, 285 e 290) quer pela circunstância de o acusador não ter de fazer menção da lei que proibia o facto denunciado quer pelo facto de o juiz não ter de citar a lei punitiva no texto da sentença, ao invés do que ocorria no processo ordinário. Castro Neto (1845: 206 e 215) retomou esta crítica, chamando ainda a atenção para o risco de se perseguir em processo correccional alguns crimes graves, como por exemplo todos os cometidos por menores de 25 anos, atenta a disposição das Ordenações, Livro V, Título 135. Também Duarte Nazareth (1886: 339 a 341) seguiu a sugestão de Corrêa Telles e procedeu a uma enumeração de vinte casos de penas e multas cuja aplicação deveria ser feita em processo de polícia.

⁵⁷³ “Não se escrevendo os ditos das testemunhas não tem o réu garantia nenhuma contra um Juiz desafeito, ou ignorante. Como poderá arguilo de dolo, por julgar sem prova ou contra ella, se a prova se não escreve ?” (Corrêa Telles, 1840: 95).

essa lacuna. O autor cingia-se à solução do direito vigente, advogando na motivação do projecto que a omissão deveria ser suprida com a elaboração pelo juiz na sentença de “um minucioso relatório de tudo, e das provas, como se faz em França”.⁵⁷⁴

O projecto introduzia também, no processo de polícia, a faculdade de julgar o réu citado que não estivesse presente, tal como previam os artigos 149 e 186 do *Code d'Instruction* francês, bem como a presunção de desistência de queixa do autor faltoso no julgamento dos crimes particulares.⁵⁷⁵

Na forma de processo para julgamento das coimas e das transgressões de posturas consagravam-se as regras do direito vigente e, designadamente, a doutrina da Portaria de 12.8.1839, segundo a qual o agente do Ministério Público não intervinha nestas causas nem na primeira nem na segunda instância.

Não obstante os melhoramentos introduzidos na estrutura do processo, quer na forma comum quer nas formas especiais, o projecto do autor revelava os mesmos défices na realização dos princípios da acusação e da imediação que a Nova Reforma já tinha mostrado, agravados pelas leis dos crimes atrozes de 1838 e de 1840.

A solução do diferendo entre o juiz e o Ministério Público no fim do corpo de delito mantinha a autonomia da magistratura do Ministério Público, remetendo a decisão do diferendo para o plano dos recursos.

A consagração de uma teoria dos indícios suficientes não resultava de um propósito de fazer renascer um sistema de prova tarifada, mas antes reflectia a preocupação constante do autor de melhoria dos direitos da defesa, por via do controlo dos espaços de discricionariedade judiciária. Contudo, a consagração desta teoria, ainda que com a força legal de uma mera presunção de facto, poderia suscitar algumas dificuldades de harmonização com o princípio fundamental da plena liberdade dos jurados que compunham o júri da ratificação da pronúncia.

A preocupação primordial do autor do projecto de garantia dos direitos da defesa não o impediu, contudo, de ser sensível aos interesses do queixoso que deparava com o caso julgado sustentado em um conluio entre um outro acusador e o réu.

A consagração de uma forma de processo para julgamento de réus ausentes, que podia redundar em um agravamento sério para a realização do princípio da

⁵⁷⁴ Corrêa Telles, 1840: 97.

imediação, revelou-se, ao invés, respeitadora deste princípio, facultando com máxima liberalidade, a todo o tempo, a produção de toda a defesa do réu e, portanto, também a repergunta e impugnação das testemunhas da acusação que tivessem feito prova contra si. O prejuízo para o réu processado à revelia, resultante da imediata execução da sentença quanto a custas e indemnizações, tinha um carácter provisório, dando a esta forma de processo a natureza de um meio de tutela da indemnização devida ao lesado. A “lacuna” da Nova Reforma era, pois, colmatada com um direito mais favorável ao arguido do que o do Título 126 do Livro V das Ordenações.

No processo de polícia correcional a posição processual do réu era substancialmente melhorada com as propostas do autor do projecto, que restringiam o arbítrio judicial e facilitavam a dedução da sua defesa. A omissão da exigência do registo da prova nesta forma de processo, embora vivamente criticada, era substituída por um amplo dever de fundamentação do julgador que deveria fornecer ao tribunal de recurso a possibilidade de sindicar a decisão sobre a matéria de facto.

Ao invés, na forma de processo para julgamento de coimas e transgressões a consagração da doutrina da portaria governamental de Agosto de 1839 prejudicava seriamente a observância do princípio da acusação na primeira instância, sem que no tribunal de recurso a situação do réu fosse diferente.

Apesar da limitação que o próprio autor a si se colocou de respeito pelas opções fundamentais do direito vigente, a sistematização do direito processual penal e a supressão de lacunas de regulamentação em um tempo de confusão legislativa e instabilidade política eram, só por si, iniciativas de natureza urgente, em que Corrêa Telles se empenhou com uma manifesta preocupação de reforço das garantias de defesa.

4. A Novíssima Reforma Judiciária (1841)

⁵⁷⁵ A fundamentação dada para esta inovação era a de que “se nos Crimes em q’ cabe Querella, não se procede, se o Querellante não dá prova em vinte dias; muito mais nos crimes menos graves” (Corrêa Telles, 1840: 96).

A reforma do direito positivo, almejada pela doutrina e pelos práticos, não tardou. O Decreto das Cortes Gerais de 25.11.1840⁵⁷⁶ procedeu à divisão judiciária do continente e das ilhas adjacentes e introduziu várias providências sobre processo penal e civil, autorizando o governo a rever os decretos fundamentais de 18.5.1832, 12.12.1833, 29.11.1836 e 13.1.1837, com vista a “fazer nelles as alterações necessarias para a execução das disposições desta lei”.

No uso da referida autorização, Costa Cabral fez publicar o Decreto de 21.5.1841, que aprovava a Novíssima Reforma Judiciária.⁵⁷⁷

A reforma instituía, além dos tribunais superiores, três diferentes espécies de magistrados com competência para julgamento de causas crimes: o juiz de direito, que julgava ou sozinho ou com jurados⁵⁷⁸ ou ainda presidindo a um Tribunal de Polícia Correccional, o juiz ordinário e o juiz eleito.⁵⁷⁹

O Supremo Tribunal da Justiça conhecia do recurso de revista e, em primeira e última instância, os erros de officio e os crimes cometidos pelos conselheiros, pelos desembargadores, pelos magistrados do Ministério Público junto destes e pelos membros do corpo diplomático. A Relação conhecia em primeira e última instância os crimes cometidos pelos juizes de direito e pelos delegados e em segunda e última instância as causas cíveis e crimes e as revistas concedidas pelos Supremo Tribunal de

⁵⁷⁶ Este decreto foi sancionado pela Carta de Lei régia de 28.11.1840.

⁵⁷⁷ A doutrina criticou o novo diploma desde cedo, quer de um ponto de vista substancial quer sistemático. Corrêa Telles (1849: 3) queixava-se de que a Novíssima “é muito defectiva, é até incommoda”, pois em vez de nela se ter concentrado as leis do processo, “temos um volume de mais a estudar, que nos não dispensa de lêr as Ordenações, as Extravagantes, e os Praxistas antigos, para supprir as lacunas da Novíssima Reforma”. Duarte Nazareth (1886: XII) salientava a circunstância de os actos do processo preparatório serem regulados pela legislação antiga, salvas algumas modificações. Também Dias da Silva (1903: 758) e, como ele, Chaves e Castro (1910: 26) e Marnoco e Souza (1907: 23) apontavam à Novíssima os “defeitos capitaes” de não conter um “sistema em suas disposições”, de a sua redacção não ser correcta e clara, de reproduzir “bastantes restos das utopias do Decreto n. 24 de 16 de maio de 1832” e, sobretudo, de ser um código incompleto, dadas as frequentes remissões para as regras de direito anteriores àquele decreto. Beleza dos Santos (1920: 21, e 1931: 18) e Eduardo Correia (1956: 63) censuravam à Novíssima a falta de sistematização e de método e a “ausencia de rigor na tecnica jurídica”, o estabelecimento de formas processuais longas e complicadas e de outras formas demasiado simples e rápidas, como o processo de policia. A jurisprudência considerava também as Ordenações como direito subsidiário por força das lacunas da Novíssima (Innocencio Duarte, 1871: 248).

⁵⁷⁸ Todo o cidadão morador na comarca, que soubesse ler, escrever e contar e pagasse de décima 6.000 réis em Lisboa e no Porto e 2.400 réis no resto do país, não sendo empregado, e 20.000 réis em Lisboa e no Porto e 10.000 no resto do país, sendo empregado, era jurado, mantendo-se a extracção por sorteio da pauta anual dos jurados.

⁵⁷⁹ A Novíssima Reforma instituía ainda um juiz de paz em uma ou mais freguesias, com competência conciliatória e juizes árbitros nas causas cíveis ou crimes civilmente intentadas sobre direitos de que as partes tivessem a livre disponibilidade e com a alçada dos juizes ordinários. Nem a estes magistrados nem àqueles eram conferidos poderes jurisdicionais em causas crimes.

Justiça.⁵⁸⁰

O juiz de direito tinha competência genérica em cada comarca para julgar em primeira instância todas as causas crimes não exceptuadas⁵⁸¹ e, designadamente, as dos crimes e erros de ofício cometidos pelos juízes eleitos, de paz, ordinários e subdelegados da sua comarca, bem como as apelações interpostas das sentenças proferidas pelos juízes ordinários e pelos juízes eleitos, que não excedessem a alçada do juiz de direito, fixada ainda no valor de dez mil réis de multa ou um mês de prisão.

O Tribunal de Polícia Correccional, ao invés da lei anterior, tinha sede em cada comarca que não fosse sede de uma Relação, era composto por um juiz de direito e por quatro vogais, eleitos anualmente pelos órgãos camarários de entre os habilitados para vereadores, e tinha competência para julgar as apelações das sentenças dos juízes ordinários em processo de polícia correccional e as apelações em causas de coimas ou transgressões, estas e aquelas quando excedessem a alçada do juiz de direito.⁵⁸² Nas comarcas de Lisboa e Porto, atribuía-se aos juízes criminais competência para preparar e julgar, além dos processos de polícia correccional, que já tinham, todos os restantes processos por crimes públicos ou particulares, em que até então lhes cabia apenas conduzir o processo preparatório até à ratificação da pronúncia, tendo aqueles juízes a mesma alçada dos juízes de direito.⁵⁸³

O juiz ordinário de cada julgado tinha competência para preparar e julgar os crimes de polícia correccional, com alçada até três dias de prisão ou 2.000 réis de

⁵⁸⁰ Só nas causas cíveis as Relações tinham alçada.

⁵⁸¹ No início do século XIX o recurso ao asilo era já muito raro no foro (Almeida e Sousa, 1828 b: 227). No entanto, a doutrina ainda discutia sobre a manutenção deste direito. Corrêa Telles (1849: 278) atribuiu o “notável esquecimento” desta excepção à competência dos tribunais comuns à pressa com que a Novíssima tinha sido feita, considerando que a lei antiga não tinha sido revogada pela lei nova. Ao invés, Castro Neto (1845: 185) considerava a imunidade resultante do asilo abolida pelos artigo 145, §§ 12 e 15, da Carta, entendendo, no entanto, que se um criminoso se acoutasse em uma igreja “a decencia pede que não seja dali tirado sem uma atenção previa para com a Authoridade Ecclesiastica”.

⁵⁸² A reforma da composição e da competência do Tribunal de Polícia, bem como da competência dos magistrados de polícia de Lisboa e do Porto tinha por base os artigos 5 e 20 da Lei de 28.11.1840, que o decreto do governo respeitou integralmente. A alteração da proposta de estabelecimento do tribunal de polícia em cada comarca, mas apenas com dois vogais, foi criticada pelo deputado Derramado na discussão nas Cortes (Diário do Governo, 1840, p. 1262), sustentando que “o Tribunal dos tres se reduzia ao seu Presidente” e propondo que a composição do tribunal fosse alargada para quatro vogais.

⁵⁸³ Na discussão nas Cortes, os deputados Caldeira e Barão de Rendufe (Diário do Governo, 1840, p. 1553) discutiram as vantagens e os inconvenientes das novas competências dos juizes de polícia correccional de Lisboa e do Porto, tendo o primeiro criticado, sem êxito, a solução proposta pelo facto de que “o juiz que fôrma o processo de investigação é o mesmo que julga a final”.

multa,⁵⁸⁴ conhecer dos recursos interpostos das decisões proferidas pelo juiz eleito nas causas de coimas e de transgressões, quando não excedessem a referida alçada do juiz ordinário, e preparar as causas não exceptuadas que eram julgadas pelo juiz de direito.

O juiz eleito de cada freguesia tinha competência, não só para proceder aos corpos de delicto dos crimes ocorridos na área da freguesia e exercer nela funções de polícia, mas também para julgar todas as causas sobre coimas e transgressões de posturas, ainda que excedessem a sua alçada, fixada ainda no valor de 2.500 réis em Lisboa e no Porto e metade no resto do país, mas neste caso com apelação para o juiz ordinário, o juiz de direito, o tribunal de polícia correcional ou a Relação, consoante os casos.

Os juizes ordinários e os juizes eleitos eram, tal como na Nova Reforma, eleitos pelo povo, sem confirmação régia, mas agora por um período de dois anos,⁵⁸⁵ ao invés dos juizes dos tribunais superiores e dos juizes de direito, que eram nomeados pelo rei.

Diferentemente destes juizes também, os juizes ordinários e os eleitos podiam ser suspensos pelo governo ou pelo presidente da Relação. Os juizes de direito beneficiavam de um regime de garantias estabelecidas de modo uniforme e claro: a perda de lugar só podia ter lugar em consequência da prolação de uma sentença judicial transitada ou, em certos casos muito restritos fixados na lei, de uma decisão do governo,⁵⁸⁶ a aposentação pelo governo exigia justa e provada causa, precedendo voto afirmativo do Supremo Tribunal de Justiça,⁵⁸⁷ e a promoção era determinada apenas

⁵⁸⁴ A alteração da alçada dos juizes ordinários, bem como a manutenção da competência criminal destes magistrados resultava da interpretação conjugada do disposto nos artigos 5, § 1, e 7 da lei de autorização de 1840, que o governo acolheu sem desvio (Teixeira Guedes, 1845: 109).

⁵⁸⁵ A novo período para o exercício das funções destes magistrados tinha sido fixado no artigo 8 da lei de autorização de 1840.

⁵⁸⁶ Tratava-se da recusa de juramento legal, da condenação em pena maior por sentença transitada, do exercício de advocacia, comércio ou algum cargo público electivo e do juramento como deputado.

⁵⁸⁷ A primeira lei reguladora da aposentação de magistrados judiciais e do Ministério Público, a Lei de 9.7.1849, previa dois fundamentos para a aposentação: a idade de sessenta anos de idade e a inabilidade por moléstia grave e incurável. No primeiro caso a aposentação só podia ser requerida pelo magistrado e no segundo podia ser por ele requerida ou decretada pelo governo “por necessidade pública” (artigo 1, § 1, da Lei de 9.7.1849). A aposentação por inabilidade dependia, contudo, de prévia consulta do Supremo Tribunal de Justiça. Seis anos depois, o legislador reviu estas disposições, ampliando-as. Com efeito, a Lei de 21.7.1855 estabeleceu dois novos fundamentos de aposentação dos magistrados judiciais: “quando, por debilidade, ou por entorpecimento das suas faculdades, manifestadas no exercício das funções judiciais, não poderem, sem grave transtorno da administração da Justiça, continuar a exercer o officio de julgar” e “quando, por actos praticados no exercício dos seus logares, tenham manifestado, que a continuação na efectividade do serviço pôde causar graves transtornos á boa administração da Justiça” (artigo 1 da Lei de 21.7.1855). A aposentação dos juizes pelo governo nos casos da lei nova dependia

pelo critério da antiguidade.⁵⁸⁸

Além da suspensão em consequência de pronúncia ou de sentença condenatória proferida em processo por erros de ofício ou por crimes, a suspensão podia resultar de um decreto real, guardadas as solenidades da lei. As solenidades consistiam na audição do juiz arguido e no parecer não vinculativo do Conselho de Estado. Neste caso, a suspensão devia ser ratificada judicialmente, apreciando o Supremo Tribunal de Justiça, as Relações ou o juiz de direito, consoante a categoria do juiz suspenso, apenas o cumprimento das formalidades legais da suspensão.⁵⁸⁹

A transferência dos juizes letrados de primeira instância era sujeita às disposições da recentíssima Lei de 31.1.1840. Esta lei tinha regulado a transferência obrigatória dos juizes de direito de primeira instância do continente e das ilhas adjacentes de três em três anos, competindo ao governo a designação dos lugares para

sempre de parecer vinculativo do Supremo Tribunal de Justiça, fixando a lei nova a obrigação de todos os conselheiros que estivessem na capital, ainda que estivessem em licença ou com comissão, de concorrer às conferências do Supremo Tribunal para a deliberação destas consultas e o número mínimo de seis juizes conselheiros para a votação da consulta. A Lei de 15.7.1885 restringiu os fundamentos da aposentação à completa impossibilidade do funcionário de servir, a que o Decreto n. 1, de 17.7.1886, adicionou o dos trinta anos de serviço efectivo com sessenta anos de idade completos. A doutrina considerava que este regime, que se manteve até ao final da monarquia, não feria o princípio da inamovibilidade dos juizes, divergindo, contudo, de parecer sobre a questão da necessidade da reintrodução dos dois fundamentos de 1855 para afastar da magistratura os “que pelo entorpecimento ou debilidade de suas faculdades mentais estão incapazes de administrar justiça, e para expulsar della os que, embora não commettam crimes em face da lei penal, pratiquem actos pouco decorosos á boa administração da justiça, ou ainda os que commettam crimes, que legalmente se não possam provar” (assim, Chaves e Castro, 1910: 502, mas contra Alberto dos Reis, 1905: 355).

⁵⁸⁸ Este regime, que já tinha sido fixado pela Reforma de 1832 e pela Nova Reforma, só foi modificado pela Lei de 21.7.1855, que procedeu à divisão dos lugares de juizes de direito de primeira instância no continente e nas ilhas adjacentes em três classes. A lei previa a organização pelo Supremo Tribunal de Justiça de listas para colocação de juizes nos lugares de cada uma das três classes e para as futuras promoções dos juizes de terceira classe para a segunda, dos da segunda para a primeira classe e dos desta para a segunda instância, “combinando, quando for possível, a antiguidade com o mérito” (artigo 4, § 1, da Lei de 21.7.1855). As promoções eram determinadas pelo governo com base na lista organizada pelo Supremo Tribunal de Justiça, podendo ser escolhido qualquer juiz que se encontrasse na lista. A introdução do critério misto de promoção das classes na primeira instância e da primeira à segunda instância deixou a progressão dos juizes na carreira muito dependente do governo (Alberto dos Reis, 1909: 325, mas contra Abel do Valle, 1907: 4, 7 e 8), razão pela qual esse critério foi afastado pelo artigo 12 do Decreto n. 3, de 29.3.1890, que regressou ao critério da antiguidade. A promoção ao Supremo Tribunal de Justiça foi durante todo o período da monarquia constitucional decidida segundo um critério estrito de antiguidade. Ao invés, em França a progressão na carreira permaneceu no arbítrio completo do governo até 1906.

⁵⁸⁹ A doutrina divergia sobre o bem fundado desta faculdade do governo. A favor, Dias Ferreira, 1892: 212, e Chaves e Castro, 1910: 462, e contra, Alberto dos Reis, 1905: 368 e 369, e 1909: 416. Mais tarde foram introduzidas duas novas faculdades de suspensão de juizes, uma de natureza disciplinar e outra governamental. Os juizes podiam ainda ser suspensos pelo Conselho Disciplinar da Magistratura Judicial por comportamentos faltosos graves e podiam ser colocados no quadro em certos casos especialmente previstos na lei ou por conveniência de serviço, mas neste caso com audição prévia do visado e parecer

onde os juizes eram transferidos “segundo convier á boa administração da justiça, e ás particularidades circumstancias delles, as quaes serão attendidas em quanto fôr compativel com ella” (artigo 1, § 3, da Lei de 31.10.1840). Contudo, o governo tinha a faculdade de transferir os juizes de direito antes do final do triênio para outra comarca do continente sem o consentimento do magistrado quando a transferência fosse “exigida pelo bem publico” (artigo 2, § 3, da mesma lei). A decisão do governo dependia neste último caso da audiência do interessado e do parecer favorável de dois terços dos juizes conselheiros presentes no Supremo Tribunal de Justiça.⁵⁹⁰ Sempre que o juiz de direito de primeira instância fosse transferido era sujeito a sindicância.⁵⁹¹

vinculativo do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal de Justiça, consoante a categoria do juiz visado (artigos 1, do Decreto n. 4, de 15.9.1892, e 14 do Decreto n. 3, de 29.3.1890).

⁵⁹⁰ O regime da transferência dos juizes de primeira instância do continente foi logo modificado pela Lei de 1.7.1843, que fixou um prazo de seis anos para a transferência ordinária e previu a consulta do procurador geral da coroa, além da audiência do juiz e da consulta do Supremo Tribunal de Justiça, no caso de transferência por interesse público anterior ao sexénio. Ponderando que do “favôr concedido aos Juizes, aos Militares, e aos Professores em varias leis esperava-se grande bem publico; o bem publico porém tem sido muitas vezes menos prezado, e aquelle favôr tem, por abuso, degenerado em principio de desmoralisação, que segundo a ultima lição da experiencia será irremediavel, senão se lhe applicar de prompto o remedio conducente para o bem do maior numero”, o Decreto de 1.8.1844, que foi posteriormente confirmado pela Lei de 29 de novembro desse mesmo ano e pelo artigo 15 da Lei de 3.5.1845, determinou que tanto os juizes de direito de primeira instância como os das Relações metropolitanas podiam ser mudados pelo governo “quando o exigir o serviço público” (artigo 1), precedendo apenas voto afirmativo do Conselho de Estado. Por sua vez, os juizes substitutos dos juizes de primeira instância podiam ser demitidos pelo governo quando o exigisse o bem do serviço público, sem outra diligência. Este regime, cuja aprovação justificou o protesto dos juizes do Supremo Tribunal de Justiça por o considerarem atentatório da independência da magistratura judicial (Eduardo Soares, 1933: 18, e Barbosa de Magalhães, 1933 b: 194), manteve-se no que toca aos juizes de primeira instância até ao final da monarquia, com duas modificações: o prazo legal para a transferência ordinária foi alterado, sendo fixado em quatro anos de serviço pela Lei de 18.8.1848 e, posteriormente, em seis anos pelo artigo 4, § 5, da Lei de 21.7.1855, e a transferência do juiz de primeira instância antes do fim do sexénio passou a depender de novo do voto afirmativo do Supremo Tribunal de Justiça e não do voto do Conselho de Estado, a partir da aprovação do Decreto n. 3 de 29.3.1890. Os juizes desembargadores deixaram de poder ser transferidos por conveniência de serviço a partir da aprovação do Decreto de 29.5.1846, que revogou o Decreto de 1.8.1844. A doutrina dividiu-se na apreciação destas disposições, criticando-as Afonso Costa (1899: 371 e 372) e Chaves e Castro (1910: 438 e 440) e defendendo-as Lopes Praça (1879: 325 e 326) e Alberto dos Reis (1909: 385). O primeiro autor entendia que a consulta vinculativa ao Supremo não constituía garantia suficiente contra os abusos do governo, o segundo autor afirmava mesmo que a consulta ao Conselho de Estado não devia ter sido substituída pela consulta ao Supremo e os outros dois autores que o mecanismo legal era bastante para evitar os abusos. Também a transferência ordinária de seis em seis anos e a transferência extraordinária a pedido não deixavam de ser objecto de crítica da doutrina, devido à total discricionariedade do governo na determinação das comarcas onde eram colocados os magistrados, considerando Afonso Costa, Chaves e Castro e Alberto dos Reis que a liberdade do governo na colocação dos magistrados devia ser restringida pela ponderação da antiguidade dos magistrados transferidos (Afonso Costa, 1899: 372, Alberto dos Reis, 1909: 386, e Chaves e Castro, 1910: 441 e 442).

⁵⁹¹ As antigas sindicâncias ordinárias obrigatórias foram reintroduzidas pela Lei de 28.11.1840, deixadas ao arbítrio do governo pelo Decreto de 1.8.1844 e repostas pela Lei de 18.8.1848. O processo a observar na sindicância foi fixado pelo Decreto de 25.9.1844, competindo elas aos magistrados do Ministério Público em funções no Supremo Tribunal de Justiça ou nas Relações cíveis e comercial. Só com a aprovação do Decreto n. 3, de 15.9.1892, que criou o Conselho Disciplinar da Magistratura Judicial, foi

Não obstante a manutenção de duas magistraturas inferiores populares com competência criminal e transgressional e o reconhecimento do foro especial dos membros da família real, dos deputados,⁵⁹² ministros e conselheiros de estado, dos juizes e dos militares,⁵⁹³ a organização dos tribunais com competência criminal tinha sido significativamente alterada pelo legislador.

Por um lado, o juízo de conciliação foi definitivamente suprimido nos feitos crimes⁵⁹⁴ e, por outro, a competência criminal dos juizes eleitos foi abolida, mantendo estes apenas uma competência transgressional, com a alçada anteriormente fixada pela Nova Reforma. Aos juizes ordinários, cuja competência criminal aumentou por força da abolição da dos juizes eleitos, a lei novíssima restringiu, contudo, a alçada para os valores fixados pelo diploma de 1833 para a alçada do juiz pedâneo. Deste modo, não só a competência criminal passava a ser exercida apenas por uma magistratura popular, como também o exercício desta competência era submetido a um escrutínio mais apertado por parte da magistratura letrada titular dos tribunais e juizes de recurso.

No entanto, esta organização da magistratura judicial, que à data da entrada em vigor da Novíssima, se conformava com a Constituição de 1838, foi logo posta em causa pelo Decreto de 10.2.1842, que repôs em vigor a Carta. Com efeito, a nova vigência da Carta colocou o grave problema da compatibilidade da magistratura dos juizes ordinários e, desse modo, de toda a organização dos tribunais e das magistraturas

atribuída a este órgão a competência para determinar a realização das sindicâncias. As sindicâncias ordinárias raramente se faziam e as extraordinárias eram ditadas pelos interesses do partido no poder, dependendo “quasi exclusivamente do governo na sua determinação e nos seus resultados” (Alberto dos Reis, 1909: 393). Por esta razão, a doutrina exigia a criação de uma “inspecção judicial permanente, que deve ser função exclusiva dos conselhos disciplinares” (Faro e Noronha, 1908: 131).

⁵⁹² A Lei de 15.2.1849 estabeleceu, de acordo com o disposto no artigo 41 da Carta, os termos em que a Câmara dos Pares se podia constituir como tribunal e mandou observar o processo para o julgamento por erros de officio em que o Supremo Tribunal de Justiça conhecia em primeira e última instância criminal. Só em 8.8.1861 se aprovou o regulamento deste tribunal, revisto por novo regulamento de 1.4.1892. A questão da legitimidade e da necessidade político-criminal do foro especial dos deputados foi objecto de uma polémica longa e notável entre António Rodrigues Sampaio e António Ferreira de Mello, propondo aquele deputado a abolição do privilégio e este advogado a manutenção do mesmo (António Rodrigues Sampaio, 1868). Discutiu-se também se a Câmara tinha competência para o processo preparatório e para o acusatório ou apenas para o segundo. A Câmara decidiu no primeiro sentido contra o entendimento da doutrina (Castro Neto, 1845: 187, e Duarte Nazareth, 1886: 56).

⁵⁹³ Corrêa Telles (1849: 277 e 279) censurou veementemente a redacção do artigo 1026 da Novíssima por três razões: por causa da menção ao privilégio de foro dos conselheiros de estado, que a Constituição de 1838, em vigor à data da publicação da Novíssima, já não previa; por se não ter especificado que o privilégio valia, em regra, apenas para o processo acusatório e não para o processo preparatório e por se ter omitido os concretos casos em que os militares beneficiavam de foro especial.

⁵⁹⁴ O ideal conciliatório nunca mais mereceu o favor da doutrina, tendo antes sido objecto já na segunda metade do século XIX de uma dura crítica, quer de um ponto de vista teórico-processual quer da sua eficácia (Sampaio e Mello, 1868 a: 9, 13, 18 e 31).

de primeira instância com o disposto na Carta.

A doutrina encontrava-se dividida sobre o problema da inconstitucionalidade superveniente das disposições da Novíssima. Castro Neto concluía que do disposto nos artigos 75, §§ 3 e 4, e 129 da Carta decorria a inadmissibilidade de quaisquer outros juizes eleitos que não fossem os juizes de paz,⁵⁹⁵ opinião partilhada por Dias Ferreira.⁵⁹⁶ Lopes Praça, ao invés, entendia que a disposição que previa a nomeação régia dos magistrados, o artigo 75, § 3 da Carta, usada pelos críticos das magistraturas inferiores populares, não devia ser interpretada como estes o faziam, mas antes como o tinha feito o legislador da Reforma Judiciária.⁵⁹⁷ O próprio autor da reforma de 1832 distinguia a letra e o espírito da Carta. Embora admitisse que “os art. 120, e 121 relativos à organização judiciária, parecem excluir geralmente todas as magistraturas de eleição”, Mouzinho da Silveira concluía que era “claramente incontestável, que o sistema liberal recomenda e exige as magistraturas electivas, para os menores negócios, tanto cíveis como criminais; e consequentemente estão no espírito da Carta, ainda que na sua letra se não acham, por uma pura omissão”.⁵⁹⁸

A reforma dos tribunais e das magistraturas de primeira instância transformou-se assim em uma constante da política criminal do legislador durante todo o período posterior de vigência da Carta, tendo o legislador ensaiado até às vésperas da queda da monarquia diversas estratégias para a prossecução daquele objectivo.

Na Novíssima Reforma manteve-se a divisão do processo preparatório em duas fases processuais, o corpo de delito e o sumário da querela, que findava com o despacho judicial de pronúncia ou não pronúncia. Os dois problemas mais prementes que a prática veio a suscitar, com directa repercussão na configuração dogmática desta fase processual, foram o do modo de resolução da divergência entre o Ministério Público e o juiz sobre o destino dos autos no final do corpo de delito e o da admissibilidade da produção de prova pelo réu no sumário da querela. No que toca a

⁵⁹⁵ Castro Neto, 1845: 26.

⁵⁹⁶ Dias Ferreira, 1892: 53.

⁵⁹⁷ Lopes Praça, 1879: 331. O autor argumentava que, não obstante o título VI da Carta não prever a existência de juizes ordinários e eleitos, o artigo 129 mencionava os juizes “electivos” e concluía o seu raciocínio com um outro argumento, segundo o qual não era de “presumir que o auctor do Decreto de 16 de Maio de 1832 quizesse contrariar tão palpavelmente o espirito attribuido ás disposições constitucionaes”.

⁵⁹⁸ Mouzinho da Silveira, 1989 a: 645. O autor propunha por isso a reforma da Carta de modo a nela incluir expressamente a previsão das magistraturas populares, até porque os artigos 120 e 121 da Carta

este problema, que se tornou especialmente candente a partir da última década do século XIX, a doutrina mais comum admitia que o réu produzisse prova documental da sua inocência no sumário da querela, “pois seria absurdo, além de contrario à liberdade individual, reservar para o plenário da acusação o julgamento de um facto, que pôde ser desde logo apreciado pela simples inspecção dos documentos”.⁵⁹⁹

A lei não regulamentava o modo de resolução da divergência entre o Ministério Público e o juiz sobre o destino dos autos no final do corpo de delito. O artigo 917 apenas previa que, findo o corpo de delito, seria comunicado ao Ministério Público, que daria a sua querela ou as razões por que entendia não dever querelar, indo os autos ao juiz.

A doutrina encontrava-se muito dividida sobre a questão fundamental da delimitação dos poderes de controlo do juiz. Formaram-se três correntes bem definidas. Corrêa Telles,⁶⁰⁰ Duarte Nazareth,⁶⁰¹ Ribeiro Perry e Furtado Galvão,⁶⁰² Adriano de Sá⁶⁰³ e Francisco Maria da Veiga⁶⁰⁴ entendiam que o juiz podia indeferir a promoção de arquivamento do Ministério Público em despacho fundamentado, de que competia recurso pelo Ministério Público. Castro Neto,⁶⁰⁵ Dias Ferreira,⁶⁰⁶ Silva⁶⁰⁷ e Navarro de

podiam ser alterados por lei ordinária das Cortes (“não sendo os art. Constitucionais, pode a lei da Carta declarar-se e emendar-se na forma ordinária”).

⁵⁹⁹ Dias Ferreira, 1982: 256, Francisco Medeiros, 1905: 43, e Francisco Veiga, 1908: 288. No que toca à prova testemunhal as opiniões destes autores divergiam, negando Dias Ferreira essa faculdade, pois “seria isso confundir o preparatório com o plenário e transtornar completamente a ordem do processo marcada na lei”, e admitindo-a Francisco Medeiros e Francisco Veiga. Segundo Medeiros, o réu podia apresentar testemunhas, que o juiz ouviria se assim o entendesse, e de acordo com Veiga, só era admissível a apresentação de prova testemunhal e documental pelo arguido depois de ele ter sido preso ou ter prestado fiança. A premência com que o problema se pôs na última década do século XIX e a liberalidade cada vez maior das soluções propugnadas na doutrina com o decorrer dos anos ficaram a dever-se a dois factores, que foram a votação da famosa lei Constans, da lavra do lente de Toulouse, o professor Constans, e o agravamento dos problemas resultantes da introdução do juízo de instrução. De ambos estes factores, se tratará adiante. Não deve, no entanto, olvidar-se que a ampla intervenção do réu preso ou afiançado no processo preparatório e, sobretudo, na inquirição das testemunhas, consagrada no artigo 142 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, de 1832, era há muito advogada *de iure condendo* por Duarte Nazareth, mais tarde seguido por Adelino Neves e Mello. Duarte Nazareth considerava este sistema como “mais conveniente que o adoptado pelo nosso Direito”, pois constituía “uma garantia em favor da innocencia, que pode n' este acto desconcertar as cabalas de seus inimigos” (Duarte Nazareth, 1853: 53), aduzindo-lhe ainda Neves e Mello um outro argumento fundamental, o de que “todos os actos do juiz seriam discutidos, todas as provas e depoimentos melhor apreciados e, n' uma palavra, a detenção preventiva nunca se applicaria senão com a maxima cautela e em casos excepcionaes” (Adelino Neves e Mello, 1880: 35).

⁶⁰⁰ Corrêa Telles, 1849: 270.

⁶⁰¹ Duarte Nazareth, 1853: 62.

⁶⁰² José Ribeiro Perry e Luiz Furtado Galvão, 1884: 19.

⁶⁰³ Abílio de Sá, 1901: 145.

⁶⁰⁴ Francisco Veiga, 1908: 291. Parece ser esta também a posição de Caetano da Matta, 1913: 316 e 317.

⁶⁰⁵ Castro Neto, 1845: 178. Esta era a doutrina seguida pelos tribunais superiores.

Paiva⁶⁰⁸ eram de parecer que o juiz não podia dissentir do pedido de arquivamento do Ministério Público, cabendo-lhe apenas usar da faculdade prevista no artigo 1091 da Novíssima de participação ao superior hierárquico do Ministério Público quando entendesse que o magistrado do Ministério Público tinha violado algum dever profissional. Uma terceira corrente doutrinária, encabeçada por José Dias⁶⁰⁹ e Teixeira de Magalhães⁶¹⁰ perfilhava o entendimento de que o juiz podia ordenar uma nova vista ao Ministério Público, de modo a que este reconsiderasse a sua posição diante dos argumentos expendidos pelo juiz, cabendo apenas o recurso à faculdade prevista no artigo 1091 da Novíssima no caso de o Ministério Público não retroceder.

Manteve-se também a fase processual da ratificação do despacho judicial de pronúncia ou da não pronúncia no tocante à prova e o recurso para a Relação do despacho com fundamento em falta de ilicitude do facto.⁶¹¹ Contudo, o legislador determinou a suspensão do júri da pronúncia em todos os crimes⁶¹² e do júri de julgamento nos crimes enumerados no artigo 2 da Lei de 26.9.1840 em todo o continente, com a excepção de Lisboa e Porto, até ao fim da sessão ordinária das Cortes

⁶⁰⁶ Dias Ferreira, 1892: 247 (“porque o ministerio publico é absolutamente independente da acção do juiz”).

⁶⁰⁷ Silva, 1895: 28 (“porque as duas magistraturas são independentes uma da outra”).

⁶⁰⁸ Navarro de Paiva, 1901: 178 e 179 (“o juiz carece de jurisdição para obrigar o representante de acção publica a intentar procedimento officioso”).

⁶⁰⁹ José Dias, 1919: 299, 300 e 317 (“findo o corpo de delicto, a situação do juiz é de completa impassibilidade”).

⁶¹⁰ Teixeira de Magalhães, 1923: 202.

⁶¹¹ Discutia-se o início do segredo processual, tendo alguma jurisprudência entendido que o corpo de delicto era secreto, contra o parecer da doutrina (Dias Ferreira, 1892: 236 e 237). Também se discutia o fim do segredo processual. Castro Neto (1845: 183) considerava que, em face da suspensão da ratificação da pronúncia, o processo preparatório só era secreto até à prisão do réu ou prestação de fiança pelo mesmo.

⁶¹² “Deos queira que a ratificação de pronúncia se não renove em nossos dias”. Era nestes termos claros que Corrêa Telles (1849: 281 e 280) se pronunciava sobre a suspensão da ratificação de pronúncia e justificava a sua opinião: seis anos de experiência tinham mostrado que este júri “favorecia grandemente a impunidade dos maiores scelerados”, uma vez que “as ameaças e o medo fazião grande impressão no animo dos Jurados, mórmente nas provincias, onde a segurança pública é quasi nenhuma”. A discussão parlamentar no ano de 1837 sobre o projecto de lei de segurança da comissão presidida por Corrêa Telles também não deixa dúvidas sobre o mau funcionamento do júri da ratificação da pronúncia (Diário do Governo, 1837, pp. 1300 e 1301). Não é correcta, pois, a afirmação comum na doutrina de que as disposições do júri da ratificação da pronúncia nunca chegaram a vigorar (Beleza dos Santos, 1931: 18, Eduardo Correia, 1956: 63, Salgado Zenha, 1968: 22, António Barreiros, 1980: 601, e 1981 a: 67, e Damião da Cunha, 1993: 34). As razões que determinaram o afastamento do júri da pronúncia pelo legislador português iriam produzir o mesmo efeito do outro lado do Atlântico, tendo o primeiro conselho de jurados previsto nos capítulos 229 e seguintes do primeiro Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, de 1832, sido abolido pelo artigo 95 da Lei de 3.12.1841 (Jacintho Dutra, 1842: 52, e João Almeida Junior, 1920: 200 e 208, 216 e 217).

gerais de 1842 (artigos 175, 1025, § único e 1095).⁶¹³

Com a suspensão do júri da pronúncia colocavam-se dois problemas fundamentais, o da criação de um modo alternativo de sindicância do despacho judicial no final do sumário de querela no tocante à falta de prova recolhida no sumário e o problema da definição do momento da remessa para julgamento do processo preparatório nos julgados que não fossem cabeça de comarca.

O legislador solucionou o primeiro problema, admitindo a interposição de recurso de agravo para a Relação do despacho de não pronúncia com fundamento na existência de prova indiciária, bem como o alargamento do âmbito do agravo da pronúncia interposto pelo arguido para a Relação à falta de prova indiciária, substituindo-se em tudo a Relação ao júri da pronúncia.⁶¹⁴

O segundo problema, que estava intimamente relacionado com a competência para a prolação da pronúncia, foi resolvido com a melhor solução possível para a realização do princípio da acusação. Enquanto a ratificação da pronúncia estivesse suspensa o juiz ordinário nos julgados em que tivesse lugar o processo preparatório que não fossem cabeça de círculo de jurados só remetia os autos para o juiz da cabeça de círculo para realização do julgamento.⁶¹⁵

O objecto do processo era estritamente delimitado, mantendo-se a necessidade da conformidade da querela, da pronúncia, do libelo acusatório, dos quesitos e das respostas, sob a anterior cominação, e admitindo-se ainda a formulação de quesitos subsidiários resultantes da discussão da causa relativos a circunstâncias agravantes e atenuantes, à tentativa e à cumplicidade. A lei continuava a vedar, pois, a modificação

⁶¹³ O artigo 19 da Lei de 28.11.1840 só previa a suspensão da ratificação da pronúncia, ressaltando a legislação especial relativa aos crimes cometidos pela imprensa. A suspensão do júri do julgamento foi autorizada por um outro diploma votado pelas Cortes, a Lei de 26.9.1840.

⁶¹⁴ A praxe admitia que, tendo o juiz proferido despacho de não pronúncia, podia ainda o queixoso dar mais cinco testemunhas e o juiz, ouvidas estas, rever a sua posição e pronunciar. Contudo, esta praxe, que assentava em uma interpretação extensiva do artigo 939, § 3, tornou-se “menos sustentável” em face da nova disposição prevista no § 2 do artigo 10 da Lei de 18.7.1855, que só admitia a inquirição das novas cinco testemunhas se faltasse alguma das dez dadas pelo Ministério Público ou das dez dadas pelo querelante (Duarte Nazareth, 1886: 109). Por outro lado, a doutrina admitia a interposição de novo agravo, desta feita pelo réu, se a Relação viesse a revogar o despacho de não pronúncia (Castro Neto, 1845: 182). A prática era a de este recurso ser interposto do despacho do juiz de primeira instância que lavrava a pronúncia em cumprimento do ordenado pela Relação, tendo o tribunal do segundo recurso a mesma latitude do anterior (Dias Ferreira, 1892: 265, e Teixeira de Magalhães, 1905: 118).

⁶¹⁵ Quando fosse reposta a ratificação da pronúncia e nos julgados que fossem cabeça de círculo de jurados, os juizes ordinários procederiam à ratificação e, nos julgados que o não fossem, os juizes ordinários que tinham preparado o processo remetê-lo-iam aos juizes ordinários das cabeças dos círculos para proceder à ratificação.

no processo acusatório da qualificação jurídica dos factos feita no processo preparatório, com a ressalva da modificação decorrente do exame de sanidade.⁶¹⁶

Os poderes do juiz de investigação oficiosa de novos meios de prova e o regime de leitura dos depoimentos das testemunhas prestados na fase investigatória eram os fixados na Nova Reforma, tendo-se cimentado à sombra deste regime uma prática jurisprudencial favorável ao princípio da imediação. Com efeito, a jurisprudência entendia, com o acordo da doutrina, que deveriam ser ouvidas em audiência, sob pena de nulidade, todas as testemunhas que não estivessem impedidas de comparecer. A nulidade verificava-se mesmo quando o Ministério Público e o réu concordassem com a leitura dos depoimentos.⁶¹⁷

No final da audiência, o juiz de direito elaborava o relatório sobre as provas e podia anular as respostas injustas, mas diferentemente do direito anterior o exercício desta faculdade era atribuído ao juiz mesmo que as respostas aos quesitos tivessem sido dadas por unanimidade.⁶¹⁸ O júri decidia dos factos e, designadamente, da intenção criminosa apenas com base nos “dictames da consciência e na íntima convicção” (artigo 1130).⁶¹⁹ A doutrina discutia a natureza desta decisão, entendendo que esta decisão não era uma “simples decisão de facto”, mas antes implicava a qualificação do dolo e da intenção criminosos.⁶²⁰

⁶¹⁶ Dias Ferreira, 1892: 290, e Teixeira de Magalhães, 1905: 119, e 1923: 449, e Caeiro da Matta, 1913: 433 e 434.

⁶¹⁷ Innocencio Duarte, 1871: 49, e Dias Ferreira, 1892: 293.

⁶¹⁸ A alteração fundava-se no artigo 24 da lei de autorização de 1840. Era admitida pelos tribunais e pela doutrina a anulação das respostas atinentes a um réu com “interesses diferentes” dos outros, assim como a anulação das respostas relativas a um dos vários crimes imputados a um mesmo acusado. Também vingou na jurisprudência a possibilidade de anulação das respostas do júri pelo juiz em segundo julgamento quando o primeiro julgamento tivesse sido anulado pelo Supremo Tribunal de Justiça, assim como a participação neste segundo julgamento dos mesmos jurados do primeiro julgamento (Navarro de Paiva, 1900: 491 e 492, Teixeira de Magalhães, 1905: 233 e 234, Francisco Veiga, 1908: 307 e 308, e José Dias, 1919: 494 e 495).

⁶¹⁹ A discutidíssima questão da competência do júri para conhecer os factos respeitantes a crime processado em polícia correccional que fosse circunstância agravante do crime de querela não ficou resolvida, sendo jurisprudência comum o conhecimento integral do objecto do processo pelo júri, salvo se o crime de querela fosse dado como não provado, caso em que o juiz decidia de facto e de direito o crime de polícia. Nem mesmo em face do artigo 3, §§ 6 e 7 do Decreto n. 2, de 29.3.1890, a doutrina se uniformizou, considerando uns (Dias Ferreira, 1892: 292, Navarro de Paiva, 1900: 25 e 203, Francisco Veiga, 1908: 113) que o júri só conhecia os crimes de querela e o juiz conhecia os de polícia, enquanto outros (Dias da Silva, 1903: 800, Teixeira de Magalhães, 1905: 26, Marnoco e Souza, 1907: 138, Caeiro da Matta, 1912: 62, e Pedro de Sousa, 1915: 48) entendiam que a apensação de processos implicava a ampliação da competência do júri.

⁶²⁰ Castro Neto, 1845: 202, Teixeira Guedes, 1845: 77 e 78, Duarte Nazareth, 1853: 209, e, ainda mais abertamente, Dias Ferreira, 1892: 303, e António Macieira, 1914: 58. Teixeira Guedes discutia não só a competência dos jurados para decidir da qualificação da intenção, como também a competência para decidir dos factos nos crimes de facto transeunte, em que os peritos ajuramentados tinham maior

A sentença do juiz, em que ele subsumia os factos tal como resultavam das respostas aos quesitos ao direito, era fundamentada, mas ao invés do disposto na Nova Reforma, distinguia-se agora claramente entre essa fundamentação e a mera menção do texto da lei penal.⁶²¹

No tocante aos meios de impugnação ordinários admissíveis no processo penal,⁶²² a Novíssima Reforma incluiu apenas uma novidade em relação ao regime da lei anterior, a introdução do agravo de petição para os casos em que coubesse o de instrumento, mas o juiz fosse da comarca sede da Relação.⁶²³

Ao invés, no processo civil, reintroduziu-se um meio de impugnação do direito antigo. Os embargos fundados em direito ou provados por documentos podiam ser opostos às sentenças proferidas por juizes de direito em causas que coubessem na sua

autoridade do que os jurados. Também Dias Ferreira argumentava que “ não é racional a fórmula dos quesitos prescrita na Reforma, que lhe entrega, por assim dizer, a decisão de facto e de direito”, propondo antes que aos jurados fossem colocadas as questões atinentes apenas aos concretos factos sob investigação. Na doutrina francesa, a crítica do modo de elaboração dos quesitos era, como se verá na nota seguinte, orientada noutro sentido.

⁶²¹ A distinção entre o dever de fundamentação e o de mencionar a lei penal resultava explicitamente do disposto no artigo 23 da lei de autorização de 1840, que cominava a sanção da nulidade apenas para a omissão do cumprimento do primeiro daqueles deveres. A doutrina censurou a falta da motivação da decisão do júri e a denegação desta “garantia elementar devida ao acusado”, argumentando que, “ao dispensar o júri de se explicar, para o dispensar de raciocinar, a lei encorajou o júri a fazer sentimento em vez de fazer justiça”. Esta denegação estava intimamente relacionada com “o vício essencial do júri moderno”, a separação da questão de facto e da questão da qualificação jurídica e da determinação da pena. Esta era a “a causa mais directa, a mais certa dos veredictos incoerentes ou injustos, daqueles que destroem toda a repressão útil”, impondo a lei uma regra cuja observância era psicologicamente impossível, mas abrindo simultaneamente a porta à transformação do júri em juiz da pena e do direito por força do sistema de atenuantes (Rauol de la Grasserie, 1914: 578, 579, 602 e 612, Donnedieu de Vabres, 1929: 127 a 132, e André Toulemon, 1930: 110 a 127, 168 a 180, e, já anteriormente, Anselm von Feuerbach, 1825: 403 a 405, Carl Mittermaier, 1846: 567 e 568, Julius Glaser, 1879: 59, e Fernand Gineste, 1896: 162 a 172, 189, 326 e 327). O legislador português teve em atenção a lacuna há muito apontada à lei francesa, embora criasse deste modo dificuldades consideráveis à prática. Segundo Corrêa Telles (1849: 107), a fundamentação da sentença incluía um relatório do pedido do autor, da defesa do réu, das provas que havia nos autos e do direito aplicável à questão. Esta doutrina era dificilmente conciliável com a livre convicção dos jurados e a não fundamentação das suas respostas aos quesitos. A praxe dava satisfação à obrigação legal de modo muito desigual. Segundo J. Coelho (1851: 76), a fundamentação incluía a menção expressa dos depoimento das testemunhas da acusação e da defesa. Mais radical, Dias da Silva (1887: 133) viria a propor *de iure condendo* a sujeição dos jurados à obrigação da fundamentação da sua decisão quer nas causas cíveis quer nas crimes. O autor, que se questionava sobre se havia alguma “razão séria para permittir ao jury o envolver a sua decisão n’ uma mysteriosa obscuridade, que o assimilha aos antigos oraculos”, respondia com um lamento: “Quantos erros, quantas fraquezas, quantas recusas de responsabilidade se dissimulam sob a ausencia de motivos !”.

⁶²² A Novíssima previa ainda três casos de revisão de sentença transitada, tal como o direito francês. Dias Ferreira (1892: 11) dava conta do “pouco uso no foro” destas disposições.

⁶²³ A novidade resultava do disposto no artigo 13, § 2 da lei de autorização de 1840. A diferença substancial entre o regime do novo agravo e o do agravo de instrumento residia em o agravado não ser ouvido no novo recurso. Corrêa Telles (1849: 140) entendia que a lei teria omitido a previsão da resposta do agravado no agravo de petição e que essa omissão devia ser suprida, por paridade de razão com igual possibilidade do agravado no agravo de instrumento.

alçada, aos acórdãos da Relação proferidos sobre apelações e às sentenças do juiz de direito também proferidas sobre apelações, vedando-se, contudo, a prova testemunhal nos embargos e a dedução de segundos embargos pela mesma parte.⁶²⁴

A maior amplitude dos meios de impugnação no processo civil, característica do direito do Antigo Regime, ia deste modo sendo reposta. Nas causas crimes, previa-se, desde a Nova Reforma, apenas a existência dos impropriamente designados embargos de esclarecimento de obscuridades aos acórdãos da Relação proferidos sobre apelações, que em 1843 a lei veio também consentir nas revistas perante o Supremo Tribunal de Justiça.⁶²⁵

Por outro lado, a irrecorribilidade das decisões proferidas nas causas em que não fosse admissível fiança, isto é, nos crimes puníveis com pena que não excedesse a de seis meses de prisão ou a de desterro para fora da comarca, fixada pelo artigo 1185, era incompatível com o disposto nos artigos 1255 e 1260, que admitiam esse recurso na forma de processo correccional, tendo a jurisprudência e a doutrina sanado a contradição com uma interpretação abrogante daquele primeiro preceito.⁶²⁶ Acresce que os artigos 1254 e 1255 faziam depender a recorribilidade da sentença final nas causas de polícia da pena aplicada e não da pena aplicável, o que motivou o repúdio da doutrina e iniciativas contraditórias do legislador.⁶²⁷

Na lei nova, tal como na anterior, remetia-se a regulamentação do regime dos recursos criminais de apelação, agravo de instrumento, agravo no auto do processo e de revista para os termos destes recursos no processo civil (artigo 1186, para a apelação, artigo 1190, para o agravo no auto do processo, artigo 1191, para o agravo de petição ou instrumento, artigo 1193, para a revista), com as especialidades já fixadas na lei anterior

⁶²⁴ A doutrina admitia por isso a apresentação de segundos embargos pela parte vencida nos primeiros embargos (Castro Neto, 1845: 130, e Eduardo Carvalho, 1912: 108). O abuso desta faculdade levaria Castro Neto a propor, com base em um princípio retirado do artigo 385, § 3, da Novíssima, a não admissão dos embargos sempre que as duas sentenças anteriores fossem conformes (Castro Neto, 1855: 49 e 76).

⁶²⁵ A doutrina admitia a dedução de embargos de esclarecimento na primeira instância nos processos crimes (Dias Ferreira, 1890: 183, Delgado de Carvalho, 1897: 150, e Eduardo Carvalho, 1912: 101).

⁶²⁶ Castro Neto, 1845: 207 e 217, Corrêa Telles, 1849: 283, e Duarte Nazareth, 1886: 310. Em 1892, Dias Ferreira (1892: 318) considerava a questão resolvida em face dos decretos de 1884 e 1890 sobre a regulamentação do recurso em processo correccional.

⁶²⁷ Castro Neto (1845: 217) criticava a letra da lei, pois “produz que está no poder de qualquer juiz tolher a apelação ao accusador, ou ao réu, impondo a este uma pena dentro da alçada, por mais grave que seja o delicto”. Por esta razão Corrêa Telles (1849: 291) admitia a apelação no processo de polícia correccional, ainda que a pena não excedesse a alçada do juiz recorrido. Adiante serão analisadas as medidas que o legislador adoptou para alterar estas disposições.

do recurso obrigatório de certas sentenças condenatórias ⁶²⁸ e da remessa oficiosa de todas as sentenças de condenação em pena de morte ao poder real.

O âmbito do objecto do recurso de apelação e de revista, os efeitos da interposição e os poderes do tribunal de recurso eram os mesmos do direito anterior. ⁶²⁹

A audiência de julgamento do Tribunal da Relação consistia no relatório da causa e nas alegações orais das partes, especificando agora a lei que só nos processos em que não tivesse intervindo o júri devia ser feita uma exposição das provas “que no juízo inferior se produziram, tanto no processo preparatório, como no de accusação e defesa” (artigo 707). Deste modo, não só se restringia expressamente a sindicância da decisão sobre a matéria de facto aos processos que não tivessem a intervenção do júri, como se incluía entre os meios de prova de que o tribunal de recurso podia conhecer para esse efeito, além dos produzidos na audiência de julgamento, os do processo preparatório. ⁶³⁰

⁶²⁸ Apesar do silêncio da lei nova, a jurisprudência e a maioria da doutrina entendiam que o recurso obrigatório era admissível a todo o tempo (Teixeira Guedes, 1845: 83, Duarte Nazareth, 1886: 310 e 312, Dias Ferreira, 1892: 30, Marnoco e Souza, 1907: 159, Francisco Veiga, 1908: 323, Eduardo Carvalho, 1912: 189, mas contra Teixeira de Magalhães, 1905: 262, e José Dias, 1919: 569). Interpretando mais amplamente a obrigação fixada na lei, Castro Neto considerava que o recurso obrigatório tinha lugar sempre que a lei previa a punibilidade do crime com pena maior do que as referidas no artigo 1197, pois não fazia depender a obrigação do Ministério Público da pena concreta fixada na sentença recorrida, mas antes da pena abstracta prevista para o crime em causa (Castro Neto, 1845: 209). O recurso era obrigatório até à segunda instância, não estando o procurador régio na Relação obrigado a recorrer da decisão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça (Dias Ferreira, 1892: 30).

⁶²⁹ O princípio do aproveitamento do recurso aos co-réus não recorrentes, retirado do artigo 681, § 12, era pela doutrina aplicada em matéria crime, por força do artigo 1191 da Novíssima. O princípio do conhecimento de toda a decisão recorrida, incluindo a parte favorável ao recorrente quando este não tivesse feito qualquer restrição expressa, também era defendido pela generalidade da doutrina (Dias Ferreira, 1892: 265, Garcia de Lima, 1895: 138, Teixeira de Magalhães, 1905: 292, Francisco Veiga, 1908: 324, Eduardo Carvalho, 1912: 83 e 84, e 1919: 202, Pedro de Sousa, 1915: 163, e José Dias, 1919: 540).

⁶³⁰ A Relação não podia em circunstância alguma anular sindicando a decisão do júri ou absolver o réu por falta de prova (acórdão do STJ, de 6.12.1878, in RLJ, ano 18 °, 1885-1886, pp. 270 e 271, e Teixeira de Magalhães, 1905: 238). Por outro lado, tendo o juiz na audiência de julgamento anulado o processo, a Relação não podia conhecer de mérito, mas apenas pronunciar-se sobre a referida anulação (acórdão do STJ, de 20.1.1885, in RLJ, 27 ° ano, 1894-1895, pp. 253 e 254, e Teixeira de Magalhães, 1905: 293). Este sistema de sindicância das sentenças do tribunal de júri pela Relação mereceu desde cedo a crítica da doutrina. Castro Neto sugeriu, em um projecto de reforma da organização e da competência dos tribunais superiores apresentado ao ministro da justiça, a consagração da possibilidade de o Tribunal da Relação controlar a decisão sobre a matéria de facto nos processos com intervenção do júri quando este tivesse dado uma decisão por maioria (Castro Neto, 1855: 52 e 53). O autor propunha também a reintrodução dos artigos de nova razão, que, depois de admitidos pela Relação, seriam conhecidos na primeira instância (Castro Neto, 1845: 77). Também Duarte Nazareth se manifestou favoravelmente à adopção de um verdadeiro recurso para um segundo tribunal de júri, que era “mais profícuo que o de apelação”, onde apenas se conhecia do direito aplicado quando tivesse intervindo o júri na primeira instância (Duarte Nazareth, 1853: 244). Por outro lado, o regime da sindicância efectiva da decisão sobre a matéria de facto pelo juiz da primeira instância também não satisfazia, pois, como reconheciam Duarte Nazareth e Luiz Jardim, aquele regime vedava às partes a tutela dos seus interesses, que não podiam sequer requerer a

A lei novíssima procedia a uma significativa revisão das outras quatro formas de processo já consagradas no direito anterior. Relativamente aos crimes cometidos por magistrados no exercício de funções e fora delas, fixou-se o regime de julgamento dos juízes de direito e dos agentes do Ministério Público perante eles' no Tribunal da Relação sem jurados e com revista para o Supremo, havendo nulidades,⁶³¹ mas, inovando, determinou-se o julgamento dos juízes eleitos, de paz, ordinários e dos subdelegados do procurador pelos juízes de direito com registo da prova produzida em audiência e apelação para a Relação.⁶³²

No tocante às causas de coimas e transgressões de posturas municipais, manteve-se a obrigatoriedade do registo da prova quando a transgressão fosse punível com pena superior à alçada do juiz eleito, salvo renúncia do recurso.⁶³³ Contudo, da sentença proferida pelo juiz eleito cabia agora apelação para o juiz ordinário, quando a pena imposta não excedesse a alçada deste, para o juiz de direito, quando excedesse a daquele mas não a deste, para o Tribunal de Polícia Correccional, quando excedesse a do juiz de direito, ou para a Relação, nas comarcas cabeça de comarca, sendo nas comarcas de Lisboa e Porto, a apelação interposta para o Tribunal de Polícia Correccional e, quando as penas impostas excedessem a alçada dos juízes deste tribunal, para a Relação. Os despachos interlocutórios só eram impugnáveis com o agravo no auto do processo, para os juízes e tribunais referidos, com a excepção do despacho proferido sobre a competência do tribunal, de que cabia agravo de instrumento.

O processo para julgamento das causas de contrabando e descaminho era sujeito a uma profunda reformulação, abolindo-se a ratificação da pronúncia por jurados e admitindo-se apenas a interposição de agravo de petição ou de instrumento, consoante

referida sindicância, tirava o poder decisório ao primeiro júri e condicionava gravemente a imparcialidade do segundo júri (Duarte Nazareth, 1853: 244, e Luiz Jardim, 1866: 146 e 147).

⁶³¹ Discutia-se a quem competia proferir a pronúncia nos crimes cometidos pelo magistrado fora do exercício das suas funções, se ao juiz do sumário na primeira instância, se ao juiz relator no Tribunal da Relação (Castro Neto, 1845: 149). Dias Ferreira dava conta de que na praxe se tinha resolvido a questão, dando logo a querela perante a Relação (Dias Ferreira, 1892: 208).

⁶³² O sistema da lei era criticado por não incluir os crimes cometidos pelos magistrados no exercício das suas funções, que fossem processados depois da demissão do magistrado, e os crimes de que os magistrados fossem vítimas (Castro Neto, 1845: 149, e Dias Ferreira, 1892: 209).

⁶³³ A distinção entre o processo de coimas e o de polícia era prejudicada pela confusão promovida pela própria lei entre coimas, transgressões e contravenções (Delgado de Carvalho, 1897: 135 a 143). A delimitação entre as duas formas de processo era feita em função da natureza da lei violada. As transgressões ou contravenções de polícia geral eram julgadas em processo de polícia e as transgressões ou contravenções de polícia municipal eram julgadas na forma do processo de coimas previsto no artigo 241 da Novíssima.

os casos, da pronúncia e da não pronúncia para a Relação. Por outro lado, proibiu-se a intervenção de jurados no julgamento, cabendo ao juiz de direito o julgamento da causa, com registo obrigatório da prova.⁶³⁴ A interposição do recurso quando a sentença fosse contrária à Fazenda era agora obrigatória para o Ministério Público.

Criou-se uma forma de processo especialíssima para os crimes de contrabando e descaminho que não fossem puníveis com pena corporal, a que se aplicariam os termos das causas cíveis após o oferecimento do libelo. Nesta forma eram admitidos embargos à sentença quando a causa coubesse na alçada do juiz e o recurso de apelação no caso contrário. Manteve-se ainda o julgamento à revelia apenas para aplicação das sanções cíveis, ficando ressalvado o direito de aplicação das sanções criminais em um novo processo aquando da prisão do réu.

O processo de polícia correcional também era alterado, embora o seu objecto fosse ainda definido nos termos vagos do diploma de 1833, com a ampliação resultante da Nova Reforma no tocante às apelações das sentenças dos juizes eleitos proferidas em causas sobre coimas e transgressões de posturas. A estrutura do processo manteve a natureza sumária do direito anterior, introduzindo-se, no entanto, a obrigatoriedade do registo da prova produzida em julgamento quando o crime fosse punível com pena superior à alçada do juiz.⁶³⁵

⁶³⁴ A razão de ser deste registo era a de que, não obstante o silêncio da lei nova, o Tribunal da Relação examinava a decisão proferida nesta forma de processo também no tocante à matéria de facto (Teixeira Guedes, 1845: 122).

⁶³⁵ O registo da prova foi determinado pelo artigo 5, § 4 da lei de autorização de 1840, tal como sugeria Corrêa Telles no seu projecto. A dependência do registo da prova da moldura abstracta da pena prevista para o crime colocou, no entanto, um grave problema no caso do julgamento dos crimes puníveis com pena deixada ao arbítrio do juiz. A doutrina procurou resolver este problema, impondo ao juiz o dever de proceder a esse registo quando o juiz “assentar que deve impôr pena superior á sua alçada” (Corrêa Telles, 1849: 290, seguido por Duarte Nazareth, 1886: 346). Esta doutrina colocava o juiz em uma de duas situações: ou a de «assentar» em determinada pena no final da produção de prova e, portanto, em momento em que esta já não podia ser registada, ou a de assentar na probabilidade da aplicação de pena superior à sua alçada em face do auto de notícia, com grave prejuízo para a sua imparcialidade. Acresce a esta uma outra questão atinente à liberdade de o juiz singular julgar a matéria de facto sem vinculação a quaisquer regras legais sobre a prova nos mesmos termos que o fazia o júri. A doutrina discutiu intensamente esta questão, designadamente, a propósito da aplicabilidade do artigo 2512 do Código Civil no processo de polícia (O Direito, 1874: 516 e 517, Alexandre de Seabra, 1884: 305 e 306, Navarro de Paiva, 1895 a: 245 e 246, e 1901: 207, Teixeira de Magalhães, 1905: 194, Francisco Veiga, 1908: 317, Caeiro da Matta, 1913: 293 a 295, e José Dias, 1919: 623). Entre aqueles que advogavam a liberdade do juiz singular, alguns, como Navarro de Paiva e José Dias, salientavam, no entanto, a obrigação do juiz de fundamentar a decisão de modo a permitir a sindicância pelo tribunal de recurso da decisão sobre a matéria de facto. Em França, a *Cour de Cassation* admitia que o princípio da livre convicção previsto no artigo 312 do *Code d'Instruction* era um princípio geral de todas as formas de processo e que o tribunal correcional e o de polícia tinham o dever de motivar as suas decisões, não sendo determinada pela lei a extensão desse dever, mas podendo aquele alto tribunal controlar a legalidade do modo como foi obtida

Da sentença proferida pelo juiz ordinário em processo de polícia cabia agora apelação para o juiz de direito ou, excedendo a alçada deste, para o Tribunal de Polícia Correccional e das sentenças proferidas pelo juiz de direito das comarcas ou pelos magistrados de polícia correccional em Lisboa e Porto cabia apelação para a Relação, suprimindo o legislador deste modo a participação do juiz recorrido na composição do tribunal de recurso. Quer no recurso para a Relação, quer no recurso para o Tribunal de Polícia Correccional as partes podiam produzir alegações orais, ampliando-se a sua intervenção na fase de recurso em relação ao disposto no diploma de 1833, mas ficando a lei portuguesa ainda muito aquém das possibilidades de defesa da lei francesa.

As garantias de defesa do réu eram ainda aumentadas em relação ao direito anterior com o reconhecimento da revista das decisões finais proferidas em processo de polícia correccional sempre que tivesse havido incompetência ou excesso de jurisdição.

Contudo, a experiência da Novíssima Reforma logo suscitou a crítica da doutrina, que lhe apontava alguns defeitos e omissões graves. Além das propostas de abolição do interrogatório judicial secreto do réu maior⁶³⁶ e do juramento de calúnia,⁶³⁷ a doutrina insurgiu-se contra o prazo da prisão preventiva antes da culpa formada,⁶³⁸ o

a prova (Faustin Hélie, 1866 d: 351 e 352, e 1867 b: 683 e 684, René Garraud, 1907: 517 e 519, Ali Rached, 1942: 167 e 168, e Bernard Bouloc, 1965: 411 e 427).

⁶³⁶ Teixeira Guedes, 1845: 48 (“os interrogatorios ... sam restos das antigas torturas”), e Duarte Nazareth, 1886: 181.

⁶³⁷ Dias Ferreira, 1892: 234.

⁶³⁸ A doutrina criticou o prazo ordinário dos oito dias para formação da culpa nos processos com suspeitos detidos, considerando que a sua observância muitas vezes não era possível “quer por haver no juizo affazeres que tambem não podem addiar-se, quer por não se saberem, ou não se encontrarem logo as testemunhas do crime, quer ainda por serem os réos presos fora do lugar onde estão as provas do crime, e ser preciso que se depreque para outro Juizo” (Castro Neto, 1845: 181). A insuficiência da lei portuguesa era tão mais evidente quanto ela fosse comparada com a sua congénere francesa. Com efeito, o código francês não só omitia qualquer prazo para a prisão preventiva, como a impunha sempre que o crime imputado fosse punível com pena aflagrada ou infamante e, quando o não fosse, aos vagabundos e aos refractários à justiça e a admitia sem restrições em matéria correccional, sem que ao detido fosse facultado qualquer meio de impugnação da decisão da *Chambre du Conseil*. Este regime, que atribuía ao juiz de instrução um poder quase discricionário na aplicação e manutenção da prisão preventiva e transformava a liberdade provisória em uma concessão verdadeiramente excepcional (Adolphe Chaveau e Faustin Hélie, 1845 a: 353, 357 e 364, Faustin Hélie, 1866 d: 50 e 51, André Lapeyre, 1936: 22, e Larocque, 1971: 121 e 122), só foi muito ligeiramente atenuado depois da *Cour de Cassation* ter decidido, em um importante *arrêt* de 15.7.1837, que a *Chambre du Conseil* não podia recusar a caução ao detido por facto que não fosse punível com pena aflagrada ou infamante. Acresce que o artigo 10 do *Code d' Instruction* atribuía aos prefeitos dos departamentos e ao prefeito da policia de Paris a competência para proceder à detenção dos suspeitos pela prática de um crime com vista a entregá-los aos tribunais, não fixando para tanto prazo, o que constituía uma limitação grave da garantia jurisdicional em favor de uma autoridade administrativa directamente subordinada ao governo, tendo por isso sido interpretada restritivamente no sentido de se tratar de uma competência não delegável, cujo exercício se limitava aos casos de flagrante delito em que os tribunais não tivessem ainda intervindo e mesmo proposta a sua supressão (Adolphe Chaveau e Faustin Hélie, 1845 a: 554, Faustin Hélie, 1866 c: 127 a 129, René

relatório feito pelo juiz aos jurados⁶³⁹ e o modo de formulação dos quesitos consagrado na lei⁶⁴⁰ e criticou três importantes omissões da lei, a de um prazo para o traslado das peças que tinham de formar o instrumento de recurso,⁶⁴¹ a de um elenco legal de crimes

Garraud, 1915: 228 e 229, e Georges Burdeau, 1966: 148). Em Portugal, a prática iria recorrer a três artificios para resolver esta questão crucial: o primeiro consistiu no entendimento generalizado de que o prazo previsto no artigo 988 da Novíssima não se aplicava aos casos excepcionais do artigo 1023 daquele mesmo diploma, podendo neles o arguido ser preso por oito dias, solto e de imediato preso por mais oito dias um número ilimitado de vezes (O Direito, 1877: 164, Adelino Neves e Mello, 1880: 33, Alexandre de Seabra, 1883: 337 e 338, Francisco Fernandes, 1896: 18 a 20, e Abílio de Sá, 1901: 60 a 63, todos criticando a prática, com a exceção deste último autor). O segundo artifício consistiu na prática dos despachos provisórios de pronúncia. Os artigos 996 e 997 da Novíssima suscitaram a dificuldade de saber se o prazo de cinco dias para interposição de agravo de injusta pronúncia se contava desde a notificação do primeiro despacho de indicição, proferido logo que surgissem suficientemente indiciados algum ou alguns dos querelados, ou do despacho que encerrava o sumário da culpa, depois de ter sido preenchido o número legal de testemunhas. Como não se fixava expressamente prazo para o sumário, podiam os detidos indiciados ficar na cadeia indefinidamente, caso não se admitisse a impugnação da decisão de indicição antes da conclusão do sumário. Ora, o parecer da procuradoria régia de 7.2.1841 entendeu que só podia ser interposto recurso de agravo de injusta pronúncia depois de encerrado o sumário, tese que vingou na prática (Castro Neto, 1845: 182) e foi consagrada pelo artigo 11 da Lei de 18.7.1855. A pronúncia provisória garantia assim a prisão preventiva além do prazo dos oito dias da lei, mantendo-se os autos em investigação. Para tornar realizável o controlo da pronúncia definitiva em tempo útil o legislador fixou também, na mesma lei de 1855, um prazo de trinta dias a contar do auto da querela para a conclusão do sumário, de acordo com aquela que era já a jurisprudência dos tribunais superiores, que consideravam em vigor neste ponto o direito antigo (Alexandre de Seabra, 1883: 337, e Faro e Noronha, 1905: 18). Contudo, o prazo fixado na lei de 1855 era meramente indicativo, não evitando “o abuso, tantas vezes praticado, de se apontarem, para completar o sumario, testemunhas residentes nas provincias ultramarinas ou em paiz estrangeiro, a fim de demorar a conclusão do processo preparatorio com prejuizo do réo preso e indiciado” (Dias Ferreira, 1892: 264). O terceiro artifício a que a prática recorreu para solucionar o problema da insuficiência do prazo de prisão preventiva sem culpa formada foi o da detenção policial para “averiguações” quer pelas autoridades administrativas quer pelas autoridades policiais, de que se dará conta adiante. Não obstante estes artificios, a defesa dos réus presos continuou a invocar o prazo dos oito dias da Novíssima, que permaneceu intocado até ao final da monarquia, para pedir a libertação destes (“Raro é o processo de certa importância que em oito dias está em condições de ser lançado o despacho de pronuncia. O resultado é que passados os oito dias chovem nas Procuradorias Régias e nos respectivos tribunales, requerimentos dos reus pedindo a sua soltura e queixando-se dos delegados e d’ outros quaesquer funcionarios”, António Ferreira Augusto, 1894: 35, e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7.8.1900, in RT, ano 19º, 1900, p. 119 e 120).

⁶³⁹ Duarte Nazareth (1886: 279) acusava a praxe de ter feito degenerar os relatórios em “discursos parciais contra os accusados” e Alvaro Villela (1897: 32) concluía que a “parcialidade do juiz é quasi fatal, e esta fatalidade raras vezes é a favor dos accusados”. António Macieira (1914: 55) também criticava o “abuso” resultante do modo como os relatórios eram feitos. Estas críticas doutrinárias multiplicaram-se, entre nós, na sequência da abolição do resumo em França pela Lei de 19.6.1881. O legislador francês considerou que este era o único meio de evitar o risco de a opinião do juiz presidente influenciar não só os membros não togados do júri como os outros membros togados da *cour*, aqueles no que respeitava à decisão da matéria de facto e estes no tocante à decisão sobre a pena (Sylvie Josserand, 1998: 380 a 383). Com a abolição do resumo ficou prejudicada a natureza do julgamento com intervenção do júri tal como ele tinha sido consagrado em Inglaterra, afastando-se ainda mais o modelo continental do modelo inglês (Julius Glaser, 1883: 153).

⁶⁴⁰ Castro Neto, 1845: 202, Mendonça Cortez, 1861: 67 e 68, e Dias Ferreira, 1892: 303. Com grave prejuízo para o princípio da imediação, Mendonça Cortez sugeriu duas reformas do processo para obstar à dificuldade de concentração e síntese dos jurados: a formulação preliminar dos quesitos e a leitura obrigatória dos depoimentos das testemunhas no início da audiência de julgamento (1861: 63 e 66).

⁶⁴¹ Duarte Nazareth, 1886: 315.

perseguidos pelo processo de polícia ⁶⁴² e a de um processo de ausentes. ⁶⁴³

O legislador da Novíssima Reforma teve um propósito menos ambicioso do que o da reforma de 1836-1837, ⁶⁴⁴ procedendo apenas a um reforço das características mais importantes do novo modelo judiciário consagrado na Reforma Judiciária.

A substituição da ratificação da pronúncia pela faculdade da interposição do agravo do despacho de pronúncia ou de não pronúncia e a possibilidade de anulação das respostas dadas aos quesitos pelo juiz eram medidas já parcialmente consagradas na Nova Reforma e que o legislador em 1841 somente ampliou, quer alargando a faculdade de interposição do agravo do despacho de pronúncia ou de não pronúncia também à matéria da prova quer admitindo a anulação das respostas ainda que fosse unânime a decisão dos jurados.

Ambas as opções correspondiam a um propósito político de reforçar os poderes do juiz de direito no final da fase do processo preparatório e na fase de julgamento, em detrimento da ampla competência atribuída aos jurados no modelo judiciário consagrado na Reforma de 1832. Este reforço dos poderes do juiz letrado, que não se verificava apenas na forma de processo comum, mas também na forma de processo especial para julgamento dos crimes de contrabando e descaminho, não era, aliás, uma particularidade do processo penal, registando-se de igual modo no processo civil, onde a intervenção do júri já só tinha lugar quando qualquer das partes assim o declarasse antes de aberta a audiência geral.

A Novíssima Reforma punha também cobro à complexa sobreposição de

⁶⁴² Corrêa Telles, 1849: 285, e Castro Neto, 1845: 215.

⁶⁴³ Corrêa Telles (1849: 284 e 291) censurava os reformadores por não terem consagrado uma forma de processo para julgamento de ausentes, tal como previa o *Code*, e acrescentava que, se os reformadores tivessem pretendido manter em vigor o Título 126 do Livro V das Ordenações, deveriam ter tido em conta que esta ordenação “se ressentia do vício do século em que foi feita”. Também Castro Neto (1845: 183 e 211) criticava a omissão da lei portuguesa, quer quanto à falta de um processo de ausentes, apontando o exemplo da lei francesa, quer quanto às graves deficiências do regime da prescrição do crime. Castro Neto (1845: 179) propunha mesmo que, não respondendo o réu presente às perguntas judiciais, fosse ele considerado confesso, julgado e condenado na pena máxima sem a intervenção do júri, ao que se opunha veementemente Duarte Nazareth (1886: 173), por aquela proposta estar em contradição com o “espírito que rege a actual legislação criminal, e porque attribue á confissão ficta efeitos que já a antiga jurisprudencia desde longos annos rejeitava”. A proposta representava “uma tortura moral não menos odiosa que a corporal”.

⁶⁴⁴ O governo estava, aliás, limitado pelo teor da lei de autorização, a Lei de 28.11.1840. Afonso Costa (1899: 240 e 241) censurou o desfavor para com as magistraturas inferiores patente nesta lei quer na abolição das competências jurisdicionais dos juizes de paz, que passaram a exercer apenas uma função conciliatória, quer na diminuição da alçada dos juizes ordinários. Por outro lado, o autor chamou a atenção para a circunstância de que “cahiam pouco a pouco os sonhos architectados a proposito do jury

competências entre as duas magistraturas populares inferiores, resultante da omissão do legislador da Nova Reforma no que toca à regulamentação da competência para julgamento dos crimes de polícia na primeira instância. Assim, a lei atribuía competência criminal apenas aos juízes ordinários e toda a competência transgressional de primeira instância apenas aos juízes eleitos.

Esta clara divisão de competências não obistou, contudo, a uma aproximação substancial dos processos especiais de transgressões e de polícia correcional, por intermédio do abaixamento da alçada do juiz ordinário e da consagração da obrigatoriedade do registo da prova no processo de polícia, por um lado, e, por outro, da recepção integral das inovações da Nova Reforma no sentido da solenização do processo de transgressões. Contudo, a medida que mais aproximou estas duas formas de processo especial e que, simultaneamente, mais reforçou as garantias de defesa do réu em ambas foi uma outra, a da alteração do sistema de recursos, afastando da composição do tribunal de recurso o próprio juiz recorrido. O carácter mais grave do ilícito julgado pelos magistrados de polícia justificava, além daquela novidade, a introdução da garantia adicional da revista nos processos de polícia.

Não obstante o aperfeiçoamento das formas de processo especiais, a fragilidade da defesa era ainda patente no processo de polícia, devido não só ao carácter fragmentário e lacunoso das regras de produção de prova na audiência,⁶⁴⁵ mas também a uma prática jurisprudencial da sindicância liminar da matéria criminal participada⁶⁴⁶ e da tomada de declarações do queixoso ou de testemunhas do cometimento do crime na fase preparatória do processo, o que redundava em um prejuízo grave para a imparcialidade do juiz de julgamento.⁶⁴⁷

criminal”, sendo certo que “o jury civil ainda era mais rudemente ferido”. Alberto dos Reis (1909: 87 e 88) e Chaves e Castro (1910: 179) reiteraram esta doutrina.

⁶⁴⁵ O direito de o réu apresentar testemunhas de fora da comarca para serem ouvidas por deprecada e a faculdade de adiamento da audiência por falta de uma testemunha não era admitidos, mas também não eram expressamente proibidos pela lei, tendo sido, contudo, admitidos pela doutrina por analogia com o processo ordinário (Dias Ferreira, 1892: 335, Silva, 1895: 63, Delgado de Carvalho, 1897: 131, e Teixeira de Magalhães, 1905: 172).

⁶⁴⁶ António Ferreira Augusto (1905 b: 252) censurava a prática jurisprudencial de arquivamento dos autos por inexistência de ilicitude dos factos apenas em face da participação.

⁶⁴⁷ Era, aliás, a própria doutrina que exigia que a preparação do processo se não reduzisse a um simples auto de notícia assinado pelo denunciante ou pelo queixoso (Teixeira Guedes, 1845: 109, Duarte Nazareth, 1886: 343 e 344, Silva, 1895: 61, Dias da Silva, 1903: 821, e Marnoco e Souza, 1907: 166). Na prática, o juiz procedia a diligências várias para descobrir o agente do crime, discutindo-se mesmo se eram recorríveis os despachos proferidos no corpo de delito. A jurisprudência não admitia a interposição de qualquer recurso de despachos interlocutórios proferidos no corpo de delito, ao invés da doutrina, que se encontrava dividida sobre a admissibilidade do recurso para a Relação e até para o Supremo Tribunal

Por outro lado, a irrecorribilidade do despacho que julgava subsistente o corpo de delito e abria a fase de julgamento⁶⁴⁸ e da sentença final que condenasse em pena dentro da alçada do juiz e a limitação da revista aos casos de incompetência e excesso de jurisdição eram ainda agravadas pelo efeito perverso da custódia preventiva resultante da interposição de qualquer recurso pelo réu condenado em pena de prisão ou de degredo. Se o legislador da Novíssima já permitia a imputação no cumprimento da pena definitiva do tempo da custódia preventiva sofrida pelo condenado depois da prolação da sentença e antes do seu trânsito em julgado e mesmo a soltura do réu cujo tempo de custódia igualasse o da pena fixada na primeira instância, suavizando o regime duríssimo do decreto de 12.12.1833, ele ressaltava, no entanto, o cumprimento da parte restante da pena no caso de a instância superior agravar a pena.⁶⁴⁹ Apesar do reconhecimento mais amplo do direito do réu de interposição de recurso, a custódia preventiva diminuía gravemente a eficácia prática desta garantia, sobretudo tendo em conta a possibilidade, expressamente consagrada pela nova lei, da *reformatio in pejus*

de Justiça destes despachos (a favor, Trindade Coelho 1910: 63, e Eduardo Carvalho, 1912: 207, 297 e 313, e 1919: 333 e 334, e, contra, Teixeira de Magalhães, 1905: 195, e José Dias, 1919: 544.

⁶⁴⁸ A doutrina equiparava este despacho à indicição no processo de querela, podendo o juiz deferir em parte ou na totalidade à queixa da parte acusadora em face do que constasse dos autos (Delgado de Carvalho, 1897: 130, Dias da Silva, 1903: 822, Emygdio da Silva, 1909: 237, Marnoco e Souza, 1907: 167, e Eduardo Carvalho, 1912: 207). Contudo, desde 1842, era procedimento obrigatório para o Ministério Público a interposição de agravo no auto de processo deste despacho quando ele mandasse julgar em correccional, devendo ser o réu julgado em ordinário (José Ribeiro Perry e Luiz Furtado Galvão, 1884: 65).

⁶⁴⁹ O legislador português manteve inalterado o regime da custódia preventiva até à aprovação da famosa Lei de 14.6.1884, como se verá melhor adiante, tendo o artigo 95 do Código Penal de 1852 agravado ainda a situação processual do réu condenado. Com efeito, este preceito dispunha que a execução das penas temporárias começava a correr desde o dia em que passasse em julgado a sentença condenatória, com o que o legislador procurou preencher uma lacuna do direito positivo relativa à determinação do início da execução da pena nos casos frequentes de réus condenados em pena de degredo ou de trabalhos públicos que o governo mantinha nas cadeias por muitos anos sem transportar para o seu destino (Levy Jordão, 1853: 220, Silva Ferrão, 1856 b: 157, e Abílio de Sá, 1901: 110). Este preceito novo constituía a tradução literal de uma disposição já introduzida há trinta anos no direito francês, o artigo 23 do *Code Pénal*, na versão da Lei de 28.4.1832, com o qual o legislador francês visou alcançar objectivo idêntico (Adolphe Chaveau, 1832: 139 a 141, e Adolphe Chaveau e Faustin Hélie, 1845 a: 119). Contudo, o teor literal do preceito opunha-se a uma praxe muito liberal que se tinha instituído nos tribunais portugueses de ponderação de todo o tempo de prisão sofrida até ao trânsito da condenação, tendo-se depois da publicação do novo Código Penal generalizado o entendimento de que aquele preceito não permitia sequer a imputação no cumprimento da pena definitiva do tempo de custódia preventiva sofrida na pendência dos recursos (Silva Ferrão, 1856 b: 156, e Henriques Secco, 1881: 40). Não obstante as diversas tomadas de posição no sentido da revogação tácita da disposição do artigo 1257 da Novíssima pelo artigo 95 do Código Penal (O Direito, 1874: 516, e 1876: 4 e 5, Alexandre de Seabra, 1876: 497, e Henriques Secco, 1881: 39, mas contra Jornal da Jurisprudencia, 1865: 483 a 486, António Gil, 1866 a: 176, e 1866 b: 28, e Revista de Legislação e Jurisprudência, 1869: 497 e 498, e 1876: 359 e 360, concluindo esta revista que “Bem sabemos que a lei é injusta ..., todavia, enquanto a lei não fôr revogada, incumbe ao juiz observá-la e fazê-la cumprir”), a questão só ficaria resolvida em 1884.

pelo tribunal de recurso.⁶⁵⁰ A reforma deste “juízo inquisitorial” era, por isso, exigida pela doutrina, que qualificava a legislação vigente como arbitrária.⁶⁵¹

A reforma da Novíssima foi completada, tal como a primeira, com um conjunto de iniciativas legislativas. Estas iniciativas, que diziam respeito à organização do Supremo Tribunal de Justiça, à abolição dos tribunais especiais e à introdução de uma nova forma de processo especial, teriam, no entanto, ao contrário das que completaram a reforma de Mouzinho da Silveira, uma longevidade notável.

A Lei de 19.12.1843 alterou o disposto no Decreto de 19.5.1832 e alguns preceitos do capítulo III do título XIX e do capítulo único do título XX da Novíssima sobre a competência e a ordem de serviço do Supremo Tribunal de Justiça. O âmbito da acção de nulidade ou rescisão de sentença foi alargado, incluindo, além dos casos mencionados no artigo 5 do Decreto de 19.5.1832, a sentença proferida com base em documentos falsos, o surgimento de novos documentos, que destruíssem a prova que serviu como fundamento no anterior julgamento, sem que fossem coadjuvados por prova testemunhal, e a falta ou nulidade de citação, quer para a acção declaratória quer para a executiva.⁶⁵²

⁶⁵⁰ “Excepção contradictoria e odiosa era esta, porque no maior numero de casos tornava inutil o recurso, e não é isso indiferente em questões de liberdade individual. Por mais depressa que se ande, quando se chega a decidir o recurso na relação, tem já o réu cumprido a pena”, comentava Alexandre de Seabra, 1876: n. 32, p. 497. A situação do réu era ainda agravada pela faculdade da *reformatio in pejus*, que não tinha paralelo no direito francês. O *Code d' Instruction* não previa a *reformatio in pejus* em recurso interposto pelo réu e a jurisprudência, fundada na doutrina do *Avis do Conseil d' État* de 12.11.1806, desde sempre considerou vedada tal possibilidade. Só muito mais tarde, a Lei de 22.4.1925 consagrou o recurso *d' appel incident* (Faustin Hélie, 1867 d: 491, René Garraud, 1915: 454 e 455, e Bourdeaux, 1931: 137 e 138).

⁶⁵¹ Dias Ferreira pronunciava-se nestes termos: “Vou já dizendo que o juízo correccional é, segundo a lei vigente, o arbitrio do juiz. A nossa felicidade tem sido que os juizes em geral não abusam d' esse arbitrio” (Dias Ferreira, 1884: 32 e 33). O crítico anónimo da RLJ (M. A., 1877: 27) tirava um outro balanço da prática, concluindo pela necessidade urgente de reforma do processo de polícia “por ser demasiado summario e ter produzido frequentes e graves offensas das garantias individuaes”. Também em França, a doutrina concluiria do mesmo modo que a “nossa tradição francesa, inquisitória, encontra-se na justiça que fazem os tribunais de simples policia e os tribunais correccionais” (Donnedieu de Vabres, 1929: 118).

⁶⁵² A doutrina encontrava-se profundamente dividida sobre a amplitude da nova previsão legal. Corrêa Telles (1849: 297) criticava o teor ainda restritivo do artigo 17 da Lei de 1843, pois esta disposição “não remedeia o mal que tinha causado o art. 5 do Decr. de 19 d' Agosto de 1832”, aconselhando por isso a reposição em vigor do Título 75 do Livro III das Ordenações. Ao invés, Chaves e Castro (1866: 236 e 237) entendia que o diploma de 1843 tinha sanado as deficiências do de 1832 neste tocante, não se justificando a doutrina que tinha florescido em face deste diploma, ainda defendida por Hintze Ribeiro (1872: 20), de que a lei nova só dispunha para as sentenças das causas que subiam em recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, mantendo-se em vigor as Ordenações para todas as outras. O propósito do legislador foi antes o de juntar aos fundamentos de anulação no diploma de 1832 apenas mais quatro fundamentos, excluindo os outros que a lei antiga admitia e, designadamente, o do beneficio da restituição. Ao invés, Machado Ferraz (1844: 42 e 43) considerava a faculdade de apresentação de

Os fundamentos da revista foram consideravelmente alargados, tendo este recurso lugar quando houvesse nulidade do processo por preterição de um acto essencial ou de fórmula para ele estabelecida por lei com pena de nulidade ou quando ocorresse uma nulidade de sentença, por esta julgar directamente o contrário do que dispunha qualquer lei do reino, por fazer uma aplicação da lei manifestamente errada ou por conter algum defeito substancial ou de que resultasse nulidade em conformidade com o disposto no Livro III, Título 75, das Ordenações Filipinas. Estas nulidades eram de conhecimento officioso.

O Supremo passou a julgar em definitivo sobre as nulidades processuais, cabendo no caso de nulidade da sentença da Relação o reenvio da causa para uma Relação diferente ou a baixa à mesma Relação, se nela houvesse ainda juízes que não tivessem entrado no anterior julgamento,⁶⁵³ e no caso de nulidade da sentença da primeira instância o reenvio necessário para um tribunal diverso.⁶⁵⁴ A decisão do Supremo Tribunal de Justiça denegatória da revista admitia embargos de declaração em processo crime.

Após a concessão da revista, as Relações conheciam por sete votos conformes no crime e por cinco votos conformes no cível.⁶⁵⁵

Deste acórdão cabia em face da nova lei segunda revista, se o acórdão da Relação tivesse os mesmos fundamentos do primeiro ou os mesmos e diversos

novos documentos uma “arma poderosa que se põe á disposição d’ um insidioso e perfido litigante”, pois este remédio servia na lei antiga somente como fundamento dos embargos à execução e só depois de a parte ter jurado que o documento lhe tinha chegado novamente ao conhecimento (Ordenações, Livro III, Título 87, § 8) e a lei nova não adoptava semelhante cautela.

⁶⁵³ Inicialmente, as Relações conheciam nos processos em que era concedida revista de questões e nulidades de que o Supremo Tribunal de Justiça não tinha feito caso. Em face da oposição da doutrina, também as Relações passaram a decidir que, anulada uma sentença por ter sido proferida contra o direito, o novo julgamento só incidia sobre o ponto restrito por que tinha sido concedida a revista (Castro Neto, 1845: 156 e 161, e Eduardo Carvalho, 1919: 277).

⁶⁵⁴ Quase cinquenta anos depois da entrada em vigor deste preceito, Dias Ferreira dava conta da raridade com que o Supremo Tribunal de Justiça remetia os autos em que tivesse julgado verificada a nulidade da sentença proferida pelo tribunal de primeira instância a um outro tribunal que não o recorrido (Dias Ferreira, 1892: 11).

⁶⁵⁵ A doutrina criticava a exigência dos sete votos conformes, que colocava o problema, com que os tribunais superiores já se tinham deparado, da não verificação da conformidade dos votos dos juízes que tinham visto o processo. Castro Neto (1845: 138) entendia que deveriam votar os juízes que fossem presentes à discussão da conferência, mesmo que não tivessem visto os autos, e, não se alcançando os sete votos conformes, deveria proceder-se a nova conferência com todos os juízes do Tribunal da Relação. O legislador foi sensível à crítica e alterou esta exigência, determinando a Lei de 18.7.1855 que as causas crimes por virtude de concessão de revista fossem julgadas no Tribunal da Relação por cinco votos conformes e, quando não fossem suficientes os juízes que tivessem visto os autos, votassem os presentes até se obter vencimento. Estas regras seriam modificadas em 1892, com a aprovação da grande reforma do sistema de recursos.

conjuntamente, decidindo o Supremo Tribunal de Justiça então em secções reunidas sobre o ponto de direito disputado e devendo a Relação conformar-se com essa decisão.⁶⁵⁶

A fonte desta última previsão legal foi a lei francesa de 1.4.1837. O artigo 5 da lei portuguesa consagrava expressamente a doutrina dos números 1 e 2 do artigo único da lei francesa.⁶⁵⁷ A alteração legislativa justificava-se pelo repetido desrespeito dos tribunais inferiores pelas razões de direito que o tribunal de cassação invocava para a anulação da decisão recorrida, decidindo os tribunais inferiores como bem entendiam a causa no segundo julgamento.⁶⁵⁸ Para evitar definitivamente este perigo o legislador português completou a lei francesa, vedando a possibilidade de a Relação apreciar diferentemente os factos depois da decisão cassatória do Supremo.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ A doutrina anteviu logo nesta previsão o perigo de poder haver “um sem numero de revistas” quando os fundamentos fossem absolutamente diversos, prolongando-se os processos “infinitamente”, pois as revistas seriam consideradas primeiras para todos os efeitos (Machado Ferraz, 1844: 34 e 44, Castro Neto, 1845: 153, e Eduardo Alves e Sá, 1888: 89). Este perigo era, no entanto, consideravelmente maior no regime de 1832, que tinha como consequência inelutável a “quasi perpetua cassação”, a repetição dos recursos de revista das decisões dos tribunais inferiores até que estes respeitassem a doutrina do tribunal superior ou a parte agravada com as despesas desistisse (Machado Ferraz, 1840: 46).

⁶⁵⁷ A nova lei francesa de 1837 aboliu definitivamente o procedimento do *référé* antecedente, tal como previam os diplomas de 1790 e de 1807, e o do *référé* posterior, previsto pela Lei de 1828, completando-se o processo de transformação da natureza primitiva do tribunal de cassação enquanto órgão de controlo político das violações do princípio da separação de poderes em um órgão de garantia da uniformidade da jurisprudência, que desempenhava, “no interior do ordenamento judiciário, uma função normal e, por assim dizer, fisiológica” (Édouard Bonnier, 1853: 223, Piero Calamandrei, I, 1920: 526 e 534, e Romuald Szymkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 278). Deve, contudo, salientar-se o facto de que a Cour já exercia esta função na prática desde o início do século e, sobretudo, desde 1815, afastando-se gradualmente de “um controlo mecânico de aplicação da lei escrita” (Gérard Sautel e Jean-Louis Harouel, 1997: 447). Nos Estados alemães o legislador seguiu outro caminho. O § 148 da *Verordnung* prussiana de 1849 consagrava a faculdade de o *Obertribunal* conhecer de imediato da causa quando julgasse procedente uma *Nichtigkeitsbeschwerde* fundada na aplicação errónea ou na não aplicação da lei, podendo também reenviar o processo para um novo julgamento pela instância quando ele houvesse necessidade de alterar a base de facto. Tratando-se de um recurso fundado em lesão de uma formalidade o *Obertribunal* anulava a decisão recorrida e ordenava a realização de um novo julgamento diante do mesmo ou de um outro tribunal. Por sua vez, o § 372 da *Strafprozeßordnung* austríaca de 1850 previa o conhecimento definitivo da causa pelo *Cassationshof* quando o segundo julgamento fosse anulado com base nos mesmos fundamentos que tinham determinado a procedência da primeira *Nichtigkeitsbeschwerde*, salvo se o tribunal superior entendesse que era necessário ouvir as partes sobre a medida da pena, caso em que ordenava o reenvio dos autos à instância, que estava vinculada ao juízo de direito do *Cassationshof*.

⁶⁵⁸ Deste modo, a Relação a que baixasse o processo depois da anulação praticava “um acto de superioridade”, encontrando-se o Supremo Tribunal de Justiça “em estado de inferioridade”. As “decisões provisórias” do Supremo tinham apenas o efeito de receber ou negar a apelação de uma Relação para a outra, vigorando efectivamente “o systema absurdo das apellações reciprocas” (Costa e Simas, 1843: 6 e 7).

⁶⁵⁹ Os deputados estavam alertados para a circunstância de alguns tribunais de apelação franceses se terem prevalecido da faculdade de modificar a qualificação jurídica dos factos depois da decisão do tribunal de cassação para deixarem de aplicar a decisão superior (Costa e Simas, 1843: 15). Este autor considerava que este melhoramento revelava que a nova lei não era uma “servil imitação” da lei francesa.

Os críticos consideravam, contudo, que não havia nas decisões discordantes dos tribunais inferiores menoscabo para a corte suprema, pois “que aquella sempre foi obedecida, quando cassou o processo, e conferio competencia a outrem. Nisto é em que consiste sómente a sua grande attribuição”.⁶⁶⁰ Por outro lado, a instituição de “uma terceira instância”, munida de um poder decisório definitivo sobre a aplicação da lei constituiria “um verdadeiro estado no estado”, seria por si só “um poder terrível sem correctivo que lhe obste substituir á vontade da lei uma vontade contraria”.⁶⁶¹

A questão da constitucionalidade da nova competência decisória do Supremo Tribunal de Justiça em face do disposto nos artigos 125 e 131 da Carta colocou-se de imediato.

Os críticos argumentavam que o Tribunal da Relação era despojado pela lei nova da sua competência, fixada constitucionalmente, para julgar em segunda e última instância.⁶⁶² Os defensores da lei nova respondiam que esta deixava incólume a competência do Tribunal da Relação de aplicar aos factos o direito definido pelo Supremo e, portanto, a sua competência para julgar em última instância da causa.⁶⁶³

Não tem, por isso, em parte, razão, Paulo Merêa (1948: 72) quando conclui que, se a primeira geração liberal teve o propósito de actualizar a antiga instituição da revista, ela converteu-se, contudo, rapidamente em um “decalque da cassação francesa”.

⁶⁶⁰ Machado Ferraz, 1844: 16. O autor manifestava-se abertamente contra a adopção em Portugal da doutrina da lei francesa de 1837, por três tipos de razões: a doutrina da lei nova violava a teoria da cassação e a competência dos Tribunais da Relação, era desconforme com a tradição jurídica nacional, que tinha sido consagrada nas Ordenações Filipinas e no Decreto de 1832, e aumentava a duração dos processos com a admissão de duas ou mais revistas sucessivas (Machado Ferraz, 1844: 29, 31 e 34).

⁶⁶¹ Antonio Mello e Carvalho, 1843: 8, e José Sarmento de Queiroz, 1850: 110. A caracterização da interpretação do Supremo Tribunal de Justiça como uma interpretação autêntica, porque vinculativa, e a consequente violação do princípio da divisão de poderes constituíam os principais argumentos destes autores contra a nova lei: “teremos finalmente um tribunal de justiça, legislativo em miniatura, que fará tantas leis quantos fôrem os casos que se lhe apresentarem a julgar em segunda instância” (Mello e Carvalho, 1843: 14). O autor não escondia também o temor de, na prática, o Supremo Tribunal de Justiça vir a constituir-se em uma verdadeira instância, sobretudo nas causas cíveis, onde muitas vezes era difícil separar a questão de facto da de direito (Mello e Carvalho, 1843: 47, e, do mesmo modo, José Sarmento de Queiroz, 1850: 87 e 110). O “despotismo da opinião” do Supremo Tribunal de Justiça, como reverso da obrigação “monstruosa” imposta aos juizes da Relação de se conformarem com o decidido pelo Supremo, continuou a ser invocado pela doutrina (Alberto Garrido, 1869: 152, e Eduardo Alves e Sá, 1888: 103 e 108). Ao invés, Costa e Simas argumentava que o abuso também podia provir das Relações e não apenas do Supremo e que a questão estava em saber “a qual destes Tribunaes convém mais confiar tão grande como perigoso poder”. Tendo em conta que a nova lei não conferia ao Supremo “a interpretação authentica, mas só a doutrinal”, o autor concluía que, “não offerecendo as Relações, apesar de offerecerem muitas e mui grandes, tantas garantias como Supremo Tribunal, segundo acabamos de ponderar, não deve nem póde haver a menor hesitação na escolha” (Costa e Simas, 1843: 18 a 20 e 25).

⁶⁶² António Mello e Carvalho, 1843: 9, Machado Ferraz, 1844: 44 e 45, Castro Neto, 1845: 87 a 90, e Antonio Garrido, 1869: 148.

⁶⁶³ Costa e Simas, 1843: 23 e 24. O autor argumentava que a disposição do artigo 125 não tinha natureza constitucional e não excluía a existência de excepções, como eram o caso dos artigos 1032 e 1033 da

A praxe confirmou os receios da doutrina, verificando-se com o decurso do tempo uma “irresistível propensão para alargar o campo das nulidades com mui pouca conveniencia publica, bem como para entrar na apreciação das provas, e alterar os factos, taes como as Relações os estabelecem”.⁶⁶⁴ A “intoleravel exaggeração” com que o Supremo Tribunal de Justiça exercia a sua função, que “só consiste em destruir”, pedia também uma reforma urgente do regime das nulidades.⁶⁶⁵

Cedo a doutrina passou a discutir outras soluções legislativas. Duas correntes se formaram, uma privilegiando a Relação como tribunal do julgamento definitivo da causa e a outra dando preferência ao Supremo Tribunal. Assim, Castro Neto propunha a abolição da segunda revista depois de a Relação ter confirmado por uma maioria de quatro votos no cível e de cinco votos no crime o acórdão cuja revista tivesse sido concedida por errada aplicação da lei ou nulidade insuprível. Para reforma do regime de nulidades o autor sugeria o suprimento da nulidade pela Relação sempre que por cinco votos conformes se decidisse que “não foi prejudicada essencialmente a defeza, ou a accusação, e que a verdade está sabida pelo processo”. Nos feitos cíveis, era ainda admitida a apresentação de embargos ao acórdão da Relação revisora, que seriam definitivamente decididos, à pluralidade absoluta de votos, por um “Parlamento Judicial”, composto de todos os juízes dos tribunais superiores e de primeira instância da capital.⁶⁶⁶

Mais longe ia a proposta de Alexandre Seabra, que nas suas “Bazes para a Reforma da Organização e Processo Judicial” conferia ao Supremo Tribunal de Justiça o direito de “cassação absoluta” fundado em erro de apreciação de facto ou direito. O Supremo Tribunal de Justiça não conheceria, no entanto, a causa em última instância, devendo os autos baixar à Relação, que julgaria em definitivo e por maior número de juízes do que o Supremo.⁶⁶⁷

Código Comercial, do § 1 do artigo 118 e do § 4 do artigo 241 da Novíssima; sendo certo que a lei nova não implicava a formação de uma nova instância, uma vez que o Supremo não conhecia das provas.

⁶⁶⁴ Castro Neto, 1855: 92.

⁶⁶⁵ Castro Neto, 1855: 53 e 78.

⁶⁶⁶ Castro Neto, 1855: 57 e 58.

⁶⁶⁷ Alexandre Seabra, 1887: 18. Também assim, Trindade Coelho, 1908: 568. Esta tese opunha-se frontalmente à doutrina comum, que era exposta, por exemplo, por Lopes Praça. Este autor considerava que o sistema de recursos da lei nova dava lugar à prossecução pelas partes de um interesse particular junto do tribunal supremo e, portanto, “não é verdadeiramente a traducção do pensamento do Supremo Tribunal de justiça nem determina o alcance da sua missão”. Contudo, se o tribunal supremo podia e devia controlar a admissão ou rejeição das provas, não podia syndicar a apreciação que delas tinha sido feita pela instância e pela Relação (Lopes Praça, 1879: 346).

Ao invés, criticando abertamente o sistema de julgamento provisório pelo Supremo da nulidade da sentença contrária ao direito, Alves e Sá entendia que era indispensável que “a decisão do Supremo tribunal tenha mais *authoridade* do que a decisão de direito das relações e, ao mesmo tempo, que se salve a independência d’ ellas no seu julgado”⁶⁶⁸ e propunha a concessão da competência definitiva para julgar as revistas ao Supremo Tribunal de Justiça, com base na omissão da Carta a este propósito.⁶⁶⁹ A revista devia ser interposta, no crime como no cível, directamente da primeira instância quando tivesse intervindo o júri, sendo dispensável a sobreposição de um duplo juízo sobre a decisão de direito proferida no tribunal de primeira instância.⁶⁷⁰

Também criticando o sistema vigente como “incongruente e desharmonico”, por implicar “a negação da funcção judiciária do supremo tribunal”, Afonso Costa advogava a prolação pelo Supremo da decisão definitiva sem remessa ao tribunal inferior para o efeito.⁶⁷¹ O autor alterava deste modo radicalmente a sua opinião anterior, expressa no ano de 1899, no sentido de que o tribunal supremo deveria manter apenas um poder censório que criaria uma “uniformidade progressiva na aplicação da lei”.⁶⁷² Alberto dos Reis repetiria, nos seus precisos termos, a crítica do seu mestre, acrescentando ainda que as únicas garantias razoáveis contra o despotismo do Supremo Tribunal se encontravam na censura da doutrina e na intervenção do poder legislativo para interpretação autêntica das leis obscuras.⁶⁷³

Não obstante a sucessão das propostas doutrinárias, a lei permaneceu intocada até à década de noventa.⁶⁷⁴

⁶⁶⁸ Eduardo Alves e Sá, 1888: 105.

⁶⁶⁹ Ao recuperar a tese de Ferreira Borges, Alves e Sá evitava a crítica da constituição do Supremo Tribunal de Justiça como uma terceira instância com o argumento de que o julgamento da revista não implicava a criação de uma nova instância, devendo o Supremo Tribunal de Justiça respeitar a decisão sobre a matéria de facto dos juizes inferiores (Eduardo Alves e Sá, 1888: 114 e 130).

⁶⁷⁰ Eduardo Alves e Sá, 1888: 132.

⁶⁷¹ Afonso Costa, 1903: 231 a 233.

⁶⁷² Afonso Costa, 1899: 320 e 321.

⁶⁷³ Alberto dos Reis, 1909: 196 a 198. Também em França se fizeram ouvir propostas neste sentido. Raoul de la Grasserie (1914: 741 e 742) criticou violentamente o sistema vigente desde 1836, qualificando como “ilógico e praticamente desastrado” e propondo que, como no direito alemão, a questão de direito fosse logo conhecida definitivamente pelo tribunal de cassação ou que este conhecesse mesmo da causa quando não houvesse necessidade de alterar a base de facto.

⁶⁷⁴ Entretanto, com a entrada em vigor do CPC, o Supremo passou a julgar definitivamente certas nulidades da sentença em processo civil, as previstas no artigo 1054, n. 1, § 2 do CPC. Em relação às restantes nulidades, conformando-se a Relação com a doutrina do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que concedesse revista, só tinha a decisão de ser votada por três votos. A segunda revista só era admitida no caso de a Relação não se ter conformado com aquela doutrina e independentemente dos fundamentos da decisão. O novo recurso era sempre julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça em

A segunda iniciativa legislativa que completou a Novíssima Reforma foi a publicação da Lei de 12.3.1845, que aboliu as conservatórias das nações estrangeiras e estabeleceu a faculdade de o réu estrangeiro requerer a participação de jurados da sua nacionalidade no júri, salvo no julgamento de certos crimes mais graves, de crimes cometidos contra outro estrangeiro, dos casos em que a nação estrangeira não reconhecesse semelhante direito aos portugueses ou quando fosse impossível formar o júri com os requisitos legais.⁶⁷⁵ A lei determinava que competiria ao governo declarar quais as nações cujos nacionais beneficiariam de tal direito, tendo apenas um diploma, o Decreto de 27.3.1845, declarado que os ingleses beneficiavam da faculdade de constituição de júri misto.

A terceira iniciativa legislativa reformadora foi a da criação de um processo especial para julgamento de réus ausentes, aprovado pelo decreto do governo de 18.2.1847 e confirmado pela Lei de 19.8.1848.

A exigência da consagração desta forma processual já se ouvia há muito na doutrina, devendo-se a primeira tentativa de concepção teórica de um processo para julgamento de réus ausente após a entrada em vigor da legislação liberal a José Manuel da Veiga no seu “Código Penal da Nação Portuguesa”. Neste projecto, oferecido pelo autor ao governo em 1833, incluía-se uma regulamentação minuciosa do julgamento dos réus ausentes e contumazes.⁶⁷⁶

O projecto pressupunha a distinção processual entre os ausentes indiciados em

secções reunidas e a decisão de direito era definitiva se confirmasse a decisão recorrida e vinculativa para a Relação se a anulasse. A Relação podia, contudo, no terceiro julgamento alterar a decisão da matéria de facto, ao invés do que ocorria em face da lei de 1843 (Dias da Silva, 1903: 738 e 739). A doutrina considerou, no entanto, que o CPC de 1876 não alterou a natureza do Supremo Tribunal de Justiça (Eduardo Alves e Sá, 1888: 60).

⁶⁷⁵ A lei foi antecedida pela celebração do tratado de 29.7.1842 com a Inglaterra, que aboliu a conservatória inglesa. Esta conservatória foi, contudo, restabelecida por Decreto de 5.5.1847, mas veio a ser de novo extinta pelo Decreto de 18.2.1848. Sobre a concessão do privilégio do juízo privativo pelos monarcas portugueses aos nacionais de vários povos, Marnoco e Souza, 1910 b: 298 e 299. Segundo Corrêa Telles (1849: 22), o foro especial dos estrangeiros a que tivessem sido atribuídos conservadores por tratado só dizia respeito às causas mercantis e só por abuso se tinha estendido a competência das conservatórias às causas cíveis e mesmo às causas crimes. As conservatórias julgavam de acordo com o direito português (Pedro Martins, 1902: 72).

⁶⁷⁶ O autor do projecto ofereceu-o ao governo em 1833, tendo por Portaria de 19.12.1836 sido nomeada uma comissão composta pelo sub-secretário de estado para os negócios da justiça, António Fernandes Coelho, pelo juiz do tribunal comercial de segunda instância, Francisco de Paula Aguiar Ottolini, e pelo ajudante do Procurador da Fazenda, Filipe Arnaud de Medeiros. Esta comissão concluiu os seus trabalhos de revisão do projecto, nos quais participou o autor do projecto, em apenas onze dias, dando parecer favorável à aprovação do projecto. O projecto foi efectivamente mandado observar por decreto ditatorial, datado de 4.1.1837, do governo do Visconde de Sá da Bandeira. O decreto previa a vigência do

algun ilícito e os contumazes e, ao invés do direito anterior; previa a suspensão do processo após a pronúncia dos réus ausentes. O réu ausente já indiciado era citado editalmente, com a cominação do aresto dos seus bens. A citação edital da pronúncia tinha por único efeito o arresto dos bens do réu no valor correspondente “ao montante do maximo da mulcta respeitante ao maleficio, e mais metade” (artigo CCCCXLVIII). Decorrido um prazo equivalente ao da prescrição da pena da sentenças condenatória, era proferida sentença fixando a multa e as custas, que eram cobradas executivamente do montante arrestado dos bens do réu.

Em qualquer altura em que comparecesse o réu ausente, prosseguiria o processo, com a dedução da acusação, sendo-lhe devolvido o valor da multa, mas não o das custas, se fosse absolvido no julgamento.

Ao invés, o réu contumaz era processado nos termos regulares, tomando a causa no estado em que esta se encontrasse quando aparecesse em juízo. Contudo, os efeitos da condenação cessavam se o contumaz fosse preso ou aparecesse dentro de um prazo equivalente à quarta parte da prescrição da pena da sentença condenatória: “neste caso se declarará nulla a sentença, e se lhe formará nova accusaçam” (artigo CCCCLII), suportando sempre as custas do primeiro processo e os efeitos decorrentes da declaração de morte civil naquele processo.

Logo no ano a seguir ao da apresentação do projecto de Manuel da Veiga, foi ensaiada por Machado Ferraz uma outra tentativa de regulamentação do julgamento dos réus contumazes, radicalmente distinta da anterior.

A proposta deste juiz da Relação assentava no princípio de que “a contumacia merece ser castigada, como contumacia, e nada mais”. O fundamento deste princípio era o de que o contumaz já era suficientemente punido com as penas da contumácia, isto é, a perda de direito civis e políticos e a devolução dos bens aos herdeiros do acusado enquanto não comparecesse em julgamento, pelo que punir o contumaz com a pena da contumácia e com a do delito era injusto. A necessidade da repetição do julgamento do réu contumaz na sua presença depois de ter sido preso ou de se ter apresentado atestava precisamente “o ataque feito á razão e á justiça” com o julgamento do réu contumaz. Daquele princípio o autor retirava, pois, a conclusão fundamental de que o julgamento pelo crime cometido por um réu contumaz só devia ocorrer quando ele comparecesse ou

código “em quanto as Côrtes Geraes, na sua Sabedoria, não approvam um melhor Projecto de codigo

fosse preso.

Os inconvenientes da solução da suspensão do processo eram devidamente acautelados pela proposta de Machado Ferraz. Para evitar que a prova se perdesse o autor previa que esta fosse registada, podendo o réu quando fosse presente impugná-la.⁶⁷⁷

Não tendo o projecto apresentado por Manuel da Veiga obtido a necessária ratificação parlamentar, nem o de Machado Ferraz suscitado o interesse do poder político, a doutrina entendia que, em face das disposições vigentes desde a Reforma Judiciária, o réu tinha necessariamente de estar presente no julgamento, salvo no das causas de coimas e transgressões.⁶⁷⁸ Os tribunais não firmaram uma jurisprudência uniforme, razão pela qual o governo veio esclarecer, pela Portaria de 28.2.1838, que o novo processo criminal exigia a presença física do réu.

A Lei de 1848 fixou o âmbito de aplicação da nova forma de processo, distinguindo três tipos de ausência e estabelecendo regras diferentes para cada um deles. Assim, a lei era aplicável a todos os processos ordinários de querela em que a pronúncia obrigasse a prisão e o indiciado se tivesse ausentado e não pudesse ser preso nos seis meses seguintes à pronúncia,⁶⁷⁹ ou se tivesse evadido depois da condenação em primeira instância ou se encontrasse preso em outro país, com excepção dos crimes puramente políticos e dos de abuso de liberdade de imprensa.⁶⁸⁰

Nos processos por crimes em que coubesse querela e a pronúncia obrigasse a prisão procedia-se a citação edital, por não menos de dois meses, do indiciado que não pudesse ser preso dentro de seis meses contados a partir da pronúncia ou da evasão, seguindo-se o regular andamento dos autos, com a vista ao Ministério Público nos crimes públicos e à parte querelante nos crimes particulares para dentro de oito dias formar o libelo acusatório⁶⁸¹ e a nomeação de um curador e defensor ao réu “d’ entre os

penal, para o qual se acha aberto concurso”.

⁶⁷⁷ Machado Ferraz; 1834: 148 a 153.

⁶⁷⁸ Castro Neto, 1845: 163 e 167, e Corrêa Telles, 1840: 92. Embora não tenha sido publicado, este projecto de Corrêa Telles constituiu a terceira tentativa de regulamentação do processo de ausentes.

⁶⁷⁹ O processo era também aplicável ao réu estrangeiro que, vindo a Portugal, cometer um crime, regressasse depois ao seu país, interpretando a doutrina o artigo 27 como referindo-se não só a estrangeiros residentes como aos residentes “simplesmente estantes” ou que residissem temporariamente (Duarte Nazareth, 1886: 49 e 50).

⁶⁸⁰ Não obstante a sua colocação sistemática, as condições relativas à natureza e à gravidade do crime imputado eram condições genéricas, independentes da forma de ausência (Silva, 1895: 56).

⁶⁸¹ A lei nada dispunha a este propósito, mas a abertura da vista resultava da aplicação das normas gerais (Duarte Nazareth, 1886: 404).

advogados mais habéis do Auditorio” (artigo 11).⁶⁸²

O julgamento era da competência exclusiva do juiz de direito da comarca,⁶⁸³ procedendo-se a redução a escrito dos depoimentos prestados pelas testemunhas na audiência de julgamento e competindo recurso obrigatório de apelação da sentença absolutória pelo Ministério Público.⁶⁸⁴ O Tribunal da Relação conhecia de facto e de direito, cabendo ainda a interposição do recurso de revista da decisão da Relação.⁶⁸⁵ Da sentença condenatória só era admissível a interposição de recurso quando o réu fosse preso, excepto havendo nulidade insanável.

A lei nova autorizava a exequibilidade imediata da condenação apenas quanto a custas, indemnizações e restituições, ficando ressalvado o direito de o condenado provar em acção ordinária a sua inocência e justa causa para a ausência.⁶⁸⁶

O réu condenado à revelia podia em qualquer altura em que fosse preso ou se

⁶⁸² A jurisprudência era não só muito rigorosa no apuramento dos requisitos formais para a justificação da ausência, como admitia uma ampla actividade de defesa ao curador do réu ausente e, designadamente, a interposição do agravo do despacho de pronúncia (Navarro de Paiva, 1873: 191 e 192, e José Dias, 1919: 503). Por outro lado, a não intervenção do advogado do réu na segunda instância era considerada causa de nulidade do processo (António Augusto, 1905 a: 11).

⁶⁸³ Também o artigo 470 do *Code* previa o julgamento apenas pelos juizes letrados e sem jurados das causas crimes contra os réus em fuga ou que não tivessem comparecido dentro de dez dias após a sua notificação. A jurisprudência francesa não admitia, no entanto, a faculdade de os juizes letrados darem como provadas circunstâncias atenuantes, como podiam fazer os jurados no julgamento dos réus presentes. A doutrina defendia opiniões divergentes (contra esta jurisprudência, Ortolan, 1875: 634, e René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 512, e a favor dela, Francisque Goyet, 1926: 343).

⁶⁸⁴ A nova lei afastou-se claramente da solução do *Code*, em que não se previa a inquirição das testemunhas, decidindo os juizes apenas com base na prova escrita da instrução.

⁶⁸⁵ A lei francesa atribuía a faculdade de interposição de recurso de cassação contra o julgado de contumaz apenas ao Ministério Público e à parte civil, proibindo a intervenção de qualquer defensor ou procurador do réu contumaz na audiência de julgamento (artigos 468 e 473 do *Code*). Quer esta particularidade, quer a referida na nota anterior eram objecto da crítica da doutrina francesa (Ortolan, 1875: 633).

⁶⁸⁶ A incapacidade civil por efeito de condenação penal, que se manteve no direito português até à reforma penal de 1884 (Paulo Merêa, 1960: 76 e 77), não era imediatamente exequível. No direito francês o âmbito da exequibilidade imediata da condenação era bastante maior, incluindo todas as penas pecuniárias, indemnizações e incapacidades legais resultantes da decisão condenatória, ficando os bens do réu contumaz sequestrados e sob administração pública (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 518 a 526). A condenação em pena a que estivesse associada a morte civil do réu produzia efeitos no período que mediava entre o momento em que se completassem cinco anos desde o início da execução do julgado e o momento em que o réu comparecesse ou fosse preso. O efeito da pena da morte civil só foi abolido pela Lei de 31.5.1854. Depois dessa data, a decisão condenatória em pena corporal tinha apenas o efeito da substituição do regime da prescrição do crime pelo da prescrição da pena e a doutrina reputava todo o processo posterior à decisão da *chambre des mises en accusation* como inexistente após o comparecimento ou a prisão do réu (Francisque Goyet, 1926: 344), concluindo por isso que era mais exacto considerar “a condenação por contumácia como decidida, não sob a condição suspensiva do não comparecimento do condenado durante os prazos da prescrição, mas sob a condição resolutive do seu comparecimento nos mesmos prazos” (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 515).

apresentasse interpor apelação ou deduzir embargos á decisão.⁶⁸⁷ Os embargos eram tanto de direito como de facto, admitindo-se neles qualquer meio de prova, incluindo a repergunta das testemunhas anteriormente ouvidas.⁶⁸⁸

A prova produzida nos embargos era registada por extenso e estes eram julgados pelo juiz, sem intervenção do júri, cabendo apelação da sentença proferida sobre os embargos e revista do acórdão proferido na apelação e sendo a interposição da apelação da sentença que julgasse procedentes os embargos nos crimes públicos obrigatória para o Ministério Público. Em caso de anulação do processo, repetiam-se os actos anulados sem intervenção do júri e com aproveitamento dos depoimentos escritos válidos das testemunhas ausentes ou falecidas já prestados nos autos.

A lei nova censurava expressamente a vindicta de outros tempos, proibindo o homicídio do ausente, ainda que condenado à morte.

Nos processos em que ocorresse evasão posterior à condenação em primeira instância, os autos prosseguiam os seus termos regulares nas instâncias superiores com defensor nomeado ao réu, mas não admitindo neles o procurador do réu e, se fossem anulados, voltavam a ser julgados nos termos gerais do regime dos ausentes.

Nos processos em que o réu se encontrasse preso em outro país, o réu era citado para constituir procurador no processo ou juntar a sua defesa, prosseguindo os autos os seus termos regulares e cabendo, em caso de crime público, recurso obrigatório de apelação do Ministério Público, quer da sentença absolutória quer da condenatória. Transitando a decisão, podia ser executada de imediato quanto às custas e indemnizações e quanto às penas corporais logo que o condenado fosse presente.

A obrigatoriedade da produção da prova na audiência de julgamento, em que o réu se encontrava representado, e o regime muito amplo de impugnação da sentença proferida à revelia e, designadamente, a faculdade de apresentação a todo o tempo de embargos sobre a matéria de facto, neles arrolando o réu os meios de prova da sua defesa e podendo contestar os da acusação sem qualquer limitação, facultava ao réu um

⁶⁸⁷ Os embargos restringiam-se à condenação penal (Innocencio Duarte, 1863: 314). Ao invés, na lei francesa a realização de novo julgamento não dependia da iniciativa do réu contumaz, pois a anterior decisão condenatória era considerada nula de pleno direito após o comparecimento do réu ou a sua prisão (artigo 476 do *Code*). O novo julgamento era realizado pelo mesmo tribunal e na forma ordinária, independentemente da pena aplicada no primeiro julgamento. O novo julgamento tinha, contudo uma particularidade, que era a da leitura dos depoimentos prestados na instrução prévia pelas testemunhas e pelos co-acusados que faltassem, tendo sido notificados, considerando a jurisprudência esta uma formalidade substancial cuja omissão gerava a nulidade (René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 538).

conjunto mínimo de garantias processuais com vista à observância do princípio da imediação nas causas em que os réus pronunciados eram julgados à revelia. Ao invés do *Code d' Instruction*, em que o réu contumaz era julgado sem a presença de qualquer defensor e com base apenas na prova escrita da instrução, mas a execução das penas corporais dependia necessariamente da realização de um novo julgamento na presença do réu, a nova lei portuguesa defendia melhor a posição processual do réu no primeiro julgamento, deixando à discricionariedade deste a realização de um segundo julgamento na sua presença.⁶⁸⁹ Ao invés do *Code d' Instruction*, cujas disposições sobre a contumácia eram daquelas “que mais estreitamente se inspiravam no direito antigo”,⁶⁹⁰ a lei portuguesa de 1848 consagrava um regime substancialmente diferente do do nosso direito antigo com um reforço considerável das garantias do acusado.

Diferentemente, nas causas em que o réu citado estivesse preso em país estrangeiro ou em que tivesse fugido depois da condenação em primeira instância, não lhe era garantida qualquer defesa deferida para o momento em que estivesse presente, em desrespeito pelo princípio da imediação. Mas o mais sério gravame para o princípio da imediação resultava, não da consagração desta nova forma de processo especial,⁶⁹¹

⁶⁸⁸ Navarro de Paiva, 1901: 201.

⁶⁸⁹ O novo direito prussiano assemelhava-se mais ao direito português do que ao francês, prevendo o julgamento sem júri dos crimes graves cometidos pelo réu ausente, mas com nomeação obrigatória de um defensor. Por outro lado, a anulação da decisão proferida na ausência do réu dependia da dedução tempestiva de um *Einspruch* por este após a notificação da decisão (§§ 16, 80 e 81 da *Verordnung* de 3.1.1849). No direito austríaco liberal, os crimes da competência do júri só eram julgados na ausência do réu quando o Ministério Público o requeresse “por causa da importância do facto ou da perturbação que provocou” (*wegen der Wichtigkeit der That oder wegen des Aufsehens, das sie erregte*). O réu era obrigatoriamente representado por um defensor e julgado pelos jurados, mas o réu condenado só podia requerer um novo julgamento se fizesse prova de doença ou de outro impedimento inafastável à data da audiência de julgamento ou quando não tivesse ainda sido interrogado como denunciado na data em que se ausentou e fosse provável que só tivesse tido conhecimento da pendência da investigação contra ele depois da sua condenação ou ainda quando se verificasse algum dos fundamentos da revisão de sentença condenatória (§ 425, 428, 433 e 434 da *Strafproceßordnung* de 1850). A participação dos jurados no primeiro julgamento tornava mais difícil a realização do segundo julgamento, levando o legislador austríaco ainda mais longe a lógica de valorização da primeira audiência, partilhada pelo legislador português e pelo prussiano.

⁶⁹⁰ René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 498.

⁶⁹¹ “Esta forma excepcional de processo não tem a aceitação geral”, afirmava Navarro de Paiva (1886: 71). Com efeito, os processos com réus ausentes paravam, sem que o Ministério Público promovesse o seu andamento e, designadamente, a captura do réu (António Ferreira Augusto, 1906: 100 a 103, e Teixeira Rebelo, 1890: 151 e 152). Por outro lado, a doutrina também não nutria muita simpatia por esta forma de processo. Augusto Maria de Castro e António Ferreira Augusto (1895: 351) e António Ferreira Augusto (1905 a: 1 e 2) afirmavam que ela tinha uma “parca e limitada aplicação”, aconselhando “muita prudencia” no recurso a esta forma de processo sobretudo quando o prazo de prescrição do procedimento criminal estivesse a expirar, em face da jurisprudência uniforme segundo a qual a condenação do réu como ausente interrompia aquele prazo, sendo certo que na maior parte dos casos o processo findava com a absolvição do réu.

mas da introdução de uma disposição sobre a valorização em audiência de julgamento da prova produzida na fase preparatória.

Nos termos do artigo 19 do Decreto de Fevereiro de 1847, a valoração dos meios de prova produzidos no corpo de delito e no sumário devia ser feita “como se fossem prestados sobre o libello” em todos os processos em que não interviesse o júri, o que colocava o regime das formas de processo em que interviesse apenas o juiz singular em directa oposição ao princípio da imediação. Atento o seu teor radical, esta disposição não teve uma vida longa, vindo a ser revogada cinco meses depois, pelo Decreto de 30.7.1847.

Uma vida breve tiveram também duas outras iniciativas do legislador relativas a formas de processo especial, que foram fortemente condicionadas pelo contexto de aumento da criminalidade comum em que surgiram. O Decreto de 24.12.1846, que determinou a suspensão provisória do júri de julgamento nos crimes atrozes, e a Lei de 3.8.1850, que consagrou regras especialmente repressivas para o procedimento criminal pela prática do crimes de imprensa, foram rapidamente revogados, o primeiro pelo mencionado Decreto de 30.7.1847 e o segundo pelo Decreto de 22.5.1851.

A renovação da medida extraordinária da suspensão provisória do júri de julgamento nos crimes atrozes, quatro anos volvidos desde a sua revogação, teve consequências ainda mais gravosas das que as de outrora. A preparação e o julgamento destes processos passavam a ser feitos pelo juiz de direito, sendo sentenciados independentemente das audiências gerais, com registo da prova produzida em audiência de julgamento e conhecendo a Relação de facto e de direito. O efeito nocivo desta medida extraordinária era ainda maior quando conjugado com a referida disposição do Decreto de 18.2.1847 que permitia a valoração da prova da instrução como se tivesse sido produzida em julgamento e, deste modo, a perversão completa do princípio da imediação, e com a diminuição das garantias dos juízes de direito resultante da faculdade de o governo transferir juízes de primeira e até de segunda instância por conveniência de serviço e determinar a realização de sindicância a qualquer juiz de direito, quando assim o entendesse, implicando a sua instauração a imediata suspensão do mesmo.⁶⁹²

⁶⁹² Este regime, que resultava do Decreto de 1.8.1844, veio a ser parcialmente revogado, como se viu já, pela Lei de 18.8.1848, que suprimiu a discricionariedade do governo no que toca à transferência de desembargadores e repôs a sindicância obrigatória dos juízes de direito de primeira instância aquando da

A tentativa de consagração de um sistema inquisitório puro, caracterizado pela concentração da investigação, pronúncia e julgamento do réu nas mãos do mesmo magistrado, que podia recorrer à prova recolhida na fase secreta para fundamentar a condenação do réu, fez da primeira metade do ano de 1847 o momento em que o direito processual penal mais longe esteve do paradigma liberal depois da sua introdução na legislação nacional. No entanto, quer da limitação temporal da vigência desta legislação, quer da própria letra da lei resulta a sua natureza de legislação de emergência, que não correspondia, no propósito do legislador, a um regresso a um paradigma judiciário do passado, mas apenas a uma opção política transitória de combate à criminalidade mais perigosa.

O outro diploma que completou a Novíssima Reforma, mas que não teve uma vida longa, foi a Lei de 3.8.1850, que dispunha sobre o procedimento criminal pela prática de crimes de abuso de liberdade de imprensa.

Esta lei atribuía ao juiz de direito nas comarcas e aos juizes de primeira instância de Lisboa e do Porto competência para o processo preparatório dos crimes e delitos, presidindo os mesmos juizes às assentadas do júri. As condições para selecção dos jurados eram ainda mais exigentes do que as da anterior lei de imprensa, sendo os jurados sorteados de entre os cidadãos que tivessem pago a quantia de 40.000 réis de décima predial ou industrial, em Lisboa e no Porto, e mais de 20.000 réis no resto do país, ou, possuindo certos títulos académicos, a terça parte daquelas quantias, e ainda entre os empregados públicos vitalícios, com ordenados superiores a 500.000 réis, em Lisboa e no Porto, e 350.000 réis no resto do país.

Os juízos correcionais tinham competência para julgar as infracções previstas nesta lei que não constituíssem crime ou delito, bem como o crime de difamação de funcionário público julgado sem a presença do réu e o de injúria a qualquer cidadão, fosse ele julgado na presença ou na ausência do réu, mas em ambos os casos depois de o réu ter sido notificado para o efeito.

O processo para julgamento com intervenção do júri era profundamente alterado, prevendo-se no final da fase preparatória a interposição de recurso do despacho de pronúncia ou de não pronúncia para o júri ou, no caso de preterição de

sua transferência. No entanto, esta lei introduziu uma nova faculdade do governo, igualmente muito gravosa, que se manteve desde então: a transferência do juiz de direito de primeira instância sem que

formalidades substanciais ou de violação de lei expressa, para o Supremo Tribunal de Justiça. O júri da pronúncia, reposto nesta forma de processo, era, no entanto descaracterizado, pois decidia com base apenas nas provas escritas no sumário, admitindo-se ainda recurso de revista da decisão do júri, fundado em nulidade do processo, mas somente quando o júri tivesse julgado improcedente a acusação.

O júri de julgamento, agora composto por nove ou por doze jurados consoante a dimensão do conselho dos jurados, decidia ainda da culpa e da pena, mas o juiz podia, também nesta forma de processo especial, sindicá-la a equidade das respostas do júri. Previa-se a interposição de recurso directo para o Supremo Tribunal de Justiça nos processos com intervenção de júri, com fundamento em preterição de acto substancial do processo ou violação de lei expressa.

Além das duas formas de processo correcional, introduzia-se uma forma de julgamento do réu ausente que tivesse cometido crime perseguido em processo ordinário e com querela do Ministério Público ou crime de difamação de funcionário público ou de injúria a qualquer cidadão, se o réu não pudesse ser preso ou não tivesse requerido a prestação de fiança no primeiro caso ou se achasse em parte incerta ou perigosa e não pudesse ser citado no segundo caso. A sentença proferida contra réu ausente era irrevogável, executando-se logo nas penas não corporais e na pessoa do réu quando este aparecesse ou fosse detido.

Deste modo, as especialidades liberais da perseguição deste tipo de ilícito eram, com restrições importantes, conservadas na forma de processo para julgamento diante do júri, permanecendo o respeito pelo princípio da acusação, ao invés dos julgamentos correcionais e dos julgamentos de réus ausentes, em que não só se desrespeitava este princípio, unindo a função investigatória e promotora e a de julgador, como se violava o princípio da imediação, vedando ao réu em qualquer circunstância o direito de audiência pelo tribunal depois de condenado. O gravame cometido ao réu em julgamento com intervenção do júri podia ser remediado pelo Supremo Tribunal de Justiça dado o seu poder de sindicância da suficiência da prova, tal como o cometido pelo juiz em processo julgado correcionalmente o podia ser pela Relação, que dispunha do mesmo poder. No julgamento dos réus ausentes, esses gravames não tinham qualquer reparo possível.

houvesse qualquer lugar vago, o que implicava a colocação do juiz no quadro sem exercício, mas com

Por “ter sido concebida para suffocar e oprimir a Imprensa” e ter suscitado “a maior animadversão publica”, foi a lei nova menos de um ano depois da sua entrada em vigor revogada pelo Decreto de 22.5.1851, que repôs em vigor a legislação anterior. Se a lei de imprensa que se seguiu à publicação da Reforma Judiciária, a Lei de 22.12.1834, se inspirava nos princípios liberais da legislação processual comum, as leis de imprensa de 1840 e de 1850 demonstravam já as reservas crescentes do legislador a esta legislação.

Contudo, a doutrina não desistia dos princípios liberais. Foi no momento em que o país estava mergulhado na fase mais retrógada da história da legislação processual penal desde 1822 que surgiu o projecto que mais longe levou a realização do paradigma judiciário liberal.

5. O Projecto de Código do Processo Civil e Criminal de José Joaquim Sant' Anna (1847)

O “Projecto de Código de Processo Civil e Criminal”, de José Joaquim Sant' Anna ⁶⁹³ começou a ser elaborado no ano de 1828, quando o seu autor se encontrava exilado, e só em Abril de 1847 foi concluído. ⁶⁹⁴

O primeiro livro do projecto dispunha sobre a organização judiciária e estava intimamente relacionado com a estrutura do processo que o autor tinha adoptado (“uma consequencia do systema de processo que adoptámos, do qual estes objectos são muitissimo dependentes”). ⁶⁹⁵ A organização judiciária assentava na divisão do território em distritos judiciais, com um Tribunal da Relação em cada um, e em comarcas, com

vencimento.

⁶⁹³ Deste autor disse o Lente de Coimbra, Duarte Nazareth (1886: 280) que ele foi “um ornamento da magistratura portugueza. Jurisconsulto e Philosopho, os seus escriptos revelam uma elevada intelligencia e genio creador, e merecem ser estudados por aquelles a quem foi encarregada a tarefa do Código do Processo Civil e Criminal”.

⁶⁹⁴ Em 1833, o autor já dava conta do seu propósito de elaboração do projecto, mas, não tendo conseguido ainda terminá-lo por razões de saúde, decidiu publicar apenas um “Ensaio sobre o Processo Civil por meio de Jurados e Juizes de Direito”.

um juiz de direito, que presidia ao tribunal de júri e ao Tribunal de Polícia Correccional, um juiz electivo e dois adjuntos em cada uma.⁶⁹⁶

O Tribunal de Polícia Correccional era composto pelo juiz de direito, pelo juiz electivo⁶⁹⁷ e por um dos seus adjuntos e tinha competência para julgar apenas os delitos que a autoridade administrativa entendesse de “pouca gravidade” e que ficariam suficientemente punidos com a pena de prisão até quinze dias ou com a pena de multa até 5.000 réis,⁶⁹⁸ incluindo nela a indemnização da parte ofendida.⁶⁹⁹ Dito de outro modo, a competência criminal era, em regra atribuída ao tribunal de júri e a jurisdição do Tribunal de Polícia estava sujeita a um princípio de fixação concreta da competência, dependendo de um juízo formulado pela autoridade administrativa e não sindicável pelo tribunal sobre a pena concreta previsivelmente aplicada ao réu.⁷⁰⁰

O processo criminal começava com uma fase de averiguações, que era conduzida pela procurador régio ou pelo delegado.⁷⁰¹ As informações recolhidas eram reduzidas a escrito “sem ordem nem figura de processo” (artigo 313).⁷⁰² O propósito desta fase era o de permitir ao Ministério Público coligir todas as informações que

⁶⁹⁵ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 56.

⁶⁹⁶ Embora o projecto também previsse a existência de círculos nas comarcas, compostos por uma ou mais freguesias, nenhuma destas circunscrições mais pequenas correspondia a um magistrado ou tribunal com funções judiciais autónomos. Nos círculos havia agentes do Ministério Público, com a designação de comissários, a quem competia participar quaisquer delitos cometidos na área do respectivo círculo ao procurador régio da comarca que fosse cabeça de distrito ou ao delegado daquela que o não fosse, procedendo estes à investigação criminal. O “Ensaio” de 1833 propunha uma diferente organização judiciária, com distritos divididos em julgados e estes em freguesias. Em cada freguesia, havia um juiz e dois adjuntos, em cada julgado um juiz de direito e duzentos jurados, que também serviam como juizes de paz, e em cada distrito um Tribunal da Relação (José Joaquim Sant’ Anna, 1833: 1 a 8).

⁶⁹⁷ Os juizes electivos tinham também competência conciliatória e preparavam as causas cíveis, procedendo às audiências para oferecimento dos articulados.

⁶⁹⁸ O limite da pena de multa aplicada por este tribunal podia ser elevado até ao montante da contribuição directa paga pelo réu, contanto que não excedesse 50.000 réis. “Assim se mantém a igualdade da multa, que, fixada n’ uma quantia certa, seria tão desigual como a fortuna dos individuos a quem fosse aplicada” (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 150).

⁶⁹⁹ Este tribunal colectivo era pelo autor designado como “um pequeno jury permanente” (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 46).

⁷⁰⁰ Só assim não ocorria no julgamento dos crimes cometidos por ou contra magistrados e empregados de justiça no exercício das suas funções. Estes crimes e os seus autores eram investigados pelo Ministério Público, mas, ao invés dos outros, pronunciados pelo Supremo Tribunal, acusados pelo Procurador Geral e julgados pelo Supremo Tribunal. Os delitos cometidos pelos conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça ou contra eles eram julgados por um “Jury nacional”, extraído da Câmara dos Pares e da dos Deputados (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 45).

⁷⁰¹ A separação clara desta fase de investigações do processo judicial e a atribuição da direcção daquela ao Ministério Público eram duas das condições fundamentais para a realização dos fins do processo criminal (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 37).

⁷⁰² O Ministério Público elaborava as informações com base nas denúncias e nas participações de crimes que lhe eram dirigidas. Os agentes do Ministério Público detinham a competência exclusiva para receber

pudesse obter sobre os crimes e os seus autores “sem mais formalidades que aquellas com que procedem os particulares para se certificarem de seus direitos, e deliberarem ácerca da instauração de qualquer causa cível”.⁷⁰³ A fase instrutória constituía, pois, uma fase prévia ao início do processo judicial, permitindo ao Ministério Público recolher elementos para permitir a tomada de uma decisão sobre a abertura do processo judicial.

Esta decisão cabia a uma junta, presidida pela autoridade administrativa do distrito e que tinha como vogais o próprio procurador régio e o conselheiro do distrito mais votado. A junta decidia, após parecer da principal autoridade administrativa do concelho onde se tivesse cometido o delito, se se devia fazer mais diligências ou a causa podia ser submetida ao poder judicial e, neste caso, se devia ser deduzida acusação ou se era suficiente a sujeição do réu a julgamento em Tribunal de Polícia Correccional.

Destarte, o destino da instrução ficava submetido a um órgão colectivo administrativo, distinto do judicial,⁷⁰⁴ o que o autor justificava, por um lado, com a circunstância de naquele órgão se encontrarem precisamente as autoridade encarregadas da manutenção da ordem pública e “impossível será que ellas não desejem ver punidos os delinquentes, para efeito de se conservar aquella ordem publica” e, por outro, com a vantagem de um órgão colectivo ser mais difficilmente manipulável, porquanto “se alguma das referidas authoridades não tiver, por motivos seductores, esse desejo, não é de presumir que elle falte na maioria da Junta”.⁷⁰⁵

Simultaneamente, a decisão sobre a liberdade do arguido competia também à principal autoridade administrativa do concelho, que à vista da informação do aprensor e do que o arguido dissesse em sua defesa confirmava ou não a sua prisão, fixando uma fiança neste caso. A prisão, que exigia a verificação cumulativa de fortes indícios da prática de um crime grave e do perigo de fuga, só podia manter-se durante quinze dias, restituindo-se o arguido à liberdade se, findo este prazo, não tivesse sido chamado ao Tribunal de Polícia ou notificado do libelo acusatório. A decisão administrativa só podia ser impugnada diante do governo, respondendo também a autoridade concelhia civil e

estas denúncias e participações, pois também lhes estava reservada a competência para a investigação criminal e para acusação dos delinquentes (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 133 e 134).

⁷⁰³ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 39.

⁷⁰⁴ É relevante ter em conta que o autor considerava o Ministério Público como autoridade com natureza administrativa, hierarquicamente organizada, encontrando-se o procurador geral da coroa “debaixo das immediatas ordens do Governo” (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 39 e 67).

⁷⁰⁵ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 39.

criminalmente se se tivesse verificado dolo da sua parte.⁷⁰⁶

O processo judicial iniciava-se com a dedução da acusação, a que se seguia a contestação do réu e a audiência de julgamento.⁷⁰⁷ Nesta, o juiz, tal como os jurados e as partes, dispunham dos mais amplos poderes para a descoberta da verdade, mas os depoimentos das testemunhas produzidos na fase de instrução só podiam ser lidos em um único caso, que era o de contradição daqueles depoimentos com os prestados em audiência. Ao juiz estava vedado dirigir ao júri “discursos oratorios” ou emitir a sua opinião sobre o valor das provas (artigo 186), cabendo-lhe apenas fazer uma “exposição clara e succinta dos motivos apresentados na discussão, quer contra, quer a favor do Reo” (artigo 341).

O júri era composto por quinze jurados⁷⁰⁸ e respondia, por escrutínio secreto e maioria simples de votos, aos cinco quesitos formulados pela lei, que incidiam sobre a autoria dos factos da acusação, a constituição do réu como devedor de indemnização ao ofendido, a definição da pena ou, sendo esta última resposta negativa, a constituição do Estado como devedor para com o réu e o dolo da autoridade administrativa na prisão do réu.⁷⁰⁹ O júri decidia, pois, separadamente sobre a questão de facto e a questão da pena, sem qualquer intervenção ou influência do juiz.

A sentença elaborada pelo juiz era recorrível apenas para o Supremo Tribunal de Justiça, com base na “preterição ou alteração de formulas legais” (artigos 63 e 354). O Supremo Tribunal conhecia definitivamente da irregularidade e só podia mandar instaurar novo processo ou ordenar a repetição do acto anulado.

O projecto previa também uma forma de processo correcional para julgamento de crimes de “pouca gravidade”, que a junta administrativa considerasse que

⁷⁰⁶ O autor justificava esta proposta com o seguinte fundamento: “A prisão dos delinquentes antes da sentença condemnatoria, para assegurar a inflicção da pena, é uma medida de pura prevenção, a qual, por isso, compete mais propriamente ás authorities administrativas que ás judiciaes. Demais disso, é este um negocio que se reveste de tantas e tão variadas circumstancias, que so as authorities administrativas podem, pelo conhecimento que devem ter das pessoas e das cousas dos seus administrados, proceder nelle com a necessaria promptidão e devido acêrto” (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 43).

⁷⁰⁷ Todos os actos do processo judicial eram públicos, ao invés dos da fase instrutória (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 75).

⁷⁰⁸ É significativo que o júri no processo civil fosse composto apenas por treze jurados. O alargamento do tribunal de julgamento no processo penal revela a especial importância da imediação e a preponderância desta garantia sobre a do recurso no processo penal.

⁷⁰⁹ A votação da pena concreta obedecia a regras especiais. Vencia a espécie de pena em que concordassem oito votos e, na falta de concordância, impunha-se a espécie de pena menos grave das oito mais graves, procedendo-se a segunda votação nestes mesmos termos para determinação da medida concreta da pena.

seriam suficientemente punidos com as penas que o Tribunal de Polícia podia aplicar. O processo era sumário ⁷¹⁰ e as sentenças absolutórias não eram recorríveis, ao invés das condenatórias, que o réu podia impugnar para o tribunal de júri, sendo nele o processo tratado “com as regulares solemnidades do processo criminal” (artigo 377) e, designadamente, podendo nele ser-lhe aplicada pena mais grave.⁷¹¹

O projecto consagrava ainda uma forma de processo para julgamento de ausentes, prosseguindo os autos com o procurador que o réu tivesse constituído ou, não o tendo constituído, com um defensor público. Os autos eram sempre julgados com a participação de jurados, sendo a pena pecuniária aplicada ao réu logo exequível e as penas corporais somente depois de o réu ter comparecido ou ter sido preso e de ele ter sido pessoalmente ouvido com a sua defesa.

Ao invés do processo penal, o processo civil admitia um conjunto de garantias impugnatórias do réu mais amplo.

Assim, no processo civil, o projecto admitia o benefício da restituição a favor do réu sempre que este tivesse, na resposta à pretensão do autor ou na tréplica, requerido tempo para obter informações ou documentos acerca de factos essenciais e o autor lhe não tivesse concedido qualquer tempo ou tivesse concedido menos tempo do que o pedido, vindo depois o réu a apresentar a informação ou os documentos no tempo em que tinha pedido. O réu era então admitido, mesmo depois de ter sido dada a sentença, a alegar o que tinha deixado de alegar.

Admitia-se também a dedução pelo réu de embargos à sentença sempre que ele tivesse pedido tempo para apresentar testemunhas moradoras em lugares distantes e o autor lho tivesse negado ou lhe tivesse concedido menos tempo do que o requerido e, após a prolação da sentença, a nova investigação do facto parecesse ao tribunal necessária e os depoimentos das testemunhas apresentadas relevantes.

As decisões tomadas pelo juiz sobre o requerimento de restituição ou os embargos podiam ainda ser merecedoras de “reflexões” da parte que se sentisse agravada com a decisão, cabendo ao juiz confirmar ou reformar a sentença (artigos 161 e 202), decisão esta que, por sua vez, era recorrível em apelação para o Tribunal da Relação.

⁷¹⁰ O julgamento ocorria no domingo seguinte ao da apresentação da acusação pública.

⁷¹¹ A *reformatio in pejus* era justificada pelo autor com o propósito de evitar o abuso deste meio de impugnação (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 46).

A sentença da segunda instância ⁷¹² admitia ainda revista para o Supremo Tribunal de Justiça quando fosse “evidentemente injusta, ou o processo contiver alguma nulidade por falta de formulas legais, que influísse na averiguação do facto, ou na aplicação da disposição das leis ao mesmo facto” (artigo 219). A revista era decidida, por pluralidade de votos, pelo plenário do tribunal, com prévio parecer do titular a quem tivesse sido distribuído o processo e de um outro juiz de uma comissão de três conselheiros. O Supremo Tribunal teria apenas poder para determinar a nova apreciação da causa pelo Tribunal da Relação, procedendo-se nesta “em tudo e por tudo como nas apelações” (artigo 227).

A disparidade gritante de regimes de recurso entre o processo penal e o processo civil encontrava explicação não só na diferente estrutura da processo na primeira instância, mas também na própria concepção do autor da diferença teórica específica entre o processo civil e o processo penal.

Os amplos poderes das partes e dos jurados sobre os meios de prova produzidos na audiência de julgamento em processo penal, que se encontravam a par dos do juiz e nem sequer sujeitos à apreciação última deste, permitiam às partes e aos jurados uma participação plena na escolha dos meios de prova produzidos, o que tornava dispensável a previsão do benefício da restituição e dos embargos.

Com efeito, ao invés do processo civil, em que a apresentação de meios de prova pelo réu se encontrava, em certos casos, na dependência do autor, dando lugar à tutela do réu de boa fé por via do exercício dos meios referidos, no processo penal, a total equiparação das partes entre elas e com o juiz no exercício dos poderes de investigação e recolha de meios de prova retirava a justificação material para a consagração daqueles benefícios para o réu.

Mas o cerne da disparidade dos regimes de recurso, que se consubstanciava na omissão do recurso de apelação na jurisdição penal, fundava-se na própria distinção entre o processo civil e o processo penal.

O autor do projecto fundamentava a necessidade da distinção destes dois processos no problema específico da pena.⁷¹³ A questão era colocada pelo autor, não ao

⁷¹² No Tribunal da Relação o processo era distribuído e ia com vista a três juizes que davam parecer sobre a questão, sendo o processo decidido pelo titular, sem que estivesse vinculado aos pareceres dos colegas. A decisão da Relação era publicada pelo tribunal de primeira instância para “instrução do juiz recorrido” (artigo 218).

⁷¹³ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 35.

nível da maior ou menor perfeição da concreta lei penal substantiva da nação, mas ao nível da inevitável incapacidade do legislador de, por um lado, “marcar todos os grãos de culpabilidade, porque são infinitos como as circunstancias attenuantes ou agravantes de que o delito se pode revestir”, e, por outro, “conhecer o grão de sofrimento que qualquer pena vai produzir no delinquente, por este sofrimento também variar até ao infinito segundo as circunstancias particulares do mesmo delinquente”. Esta incapacidade “natural” do legislador deixava o réu sempre exposto a “uma pena duplicadamente desproporcionada”. A única solução vislumbrada era a de confiar ao júri a decisão sobre a pena, sem qualquer outro critério que não o ditado pela livre consciência dos jurados.⁷¹⁴

Se a recta decisão sobre os factos dependia de três condições cumulativas, que eram as de que a decisão devia caber a um tribunal de jurados e não a “commissarios do Governo e Agentes do Poder”, que deviam votar segundo a sua consciência e não de acordo com qualquer prova tarifada, correspondendo o voto da maioria à verdade processual,⁷¹⁵ a realização prática destas condições exigia nas causas cíveis uma estrita separação dos factos e do direito pelo juiz no importantíssimo “acto de estabelecimento da questão” (artigo 158).⁷¹⁶ Ao invés, nas causas crimes, a particular natureza das sanções aplicadas na sentença implicava a sujeição de toda a causa à onipotência do júri e, do mesmo passo, arredava a admissibilidade do recurso de apelação da decisão final em processo penal.⁷¹⁷

⁷¹⁴ A fundamentação teórica da distinção entre o processo civil e o processo penal era mais elaborada no “Projecto” do que no “Ensaio”. Neste, o autor apenas recorria ao preconceito de que nas causas crimes “a relação entre o facto e o direito é conhecida de todo o mundo”, enquanto nas causas cíveis “o é só d’ um pequeno numero de individuos que se tem applicado á sciencia do Direito”, o que justificava na economia do “Ensaio” a proposta de diferentes regras relativas à presidência do tribunal de júri e à publicidade em um e em outro processo (José Joaquim Sant’Anna, 1833: 50, 51 e 59). Mais tarde, criticando expressamente a proposta de atribuição ao jurado de competência para determinar a pena, Luiz Jardim (1866: 130 a 133) invocou o argumento de que “os jurados, tirados ao acaso d’ entre a multidão, não têm os conhecimentos sufficientes para legislar determinando a pena que deve applicar-se a cada gráu de criminalidade”.

⁷¹⁵ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 10 e 11.

⁷¹⁶ Este despacho consistia em um verdadeiro despacho saneador da causa, com especificação dos factos articulados essenciaes que se encontravam provados e dos não provados (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 96). A sugestão viria a ser recuperada posteriormente antes de ser consagrada na lei processual civil. Alexandre Seabra retomou-a nos artigos 230 e 335 do seu “Projecto Definitivo do Código de Processo Civil”, mas a comissão revisora do projecto não a aceitaria, tendo o autor insistido na sugestão nas suas “Bases para a Reforma”, de 1887.

⁷¹⁷ A verdade é que o recurso de apelação no processo civil também se configurava como um recurso limitado à decisão sobre a matéria de direito, deixando intocada a decisão do júri sobre os factos provados, pelo que a garantia adicional do processo civil consistia em pouco mais do que a repetição de um juízo da instância sobre a matéria de direito. Já assim era no “Ensaio”, onde se dizia expressamente

Assim, a instituição de um tribunal de julgamento radicalmente independente e livre das peias da prova tarifada, levou à realização mais perfeita dos princípios da acusação, da imediação e da oralidade, com uma libertação quase total dos membros do tribunal de qualquer contaminação pela prova da instrução e com a concepção da fase de instrução como uma fase prévia ao início do processo judicial, cuja única razão de ser era a da preparação da decisão de abertura de um processo judicial.

A radicalização do paradigma judiciário liberal, a ruptura com as soluções “retrógradas” consagradas no direito vigente, que revelava “uma bem pronunciada tendência para o restabelecimento do antigo processo”,⁷¹⁸ era ainda mais patente nas propostas do autor relativas à eleição popular dos jurados, que funcionaria como garantia da escolha da “parte do povo mais inteligente e moral”,⁷¹⁹ e nas relativas ao sistema de “residência popular”, que teria o importantíssimo efeito prático de fazer depender a promoção de todos os empregados públicos de nomeação governamental, incluindo a dos juízes, não só do governo, mas do povo, por intermédio de escrutínio secreto e anual sobre a aprovação ou reprovação da actividade do funcionário no exercício das suas funções.⁷²⁰

O projecto foi, contudo, vítima do princípio metódico que o orientou: “tratar o meu assumpto sem a minima prevenção, seguindo em tudo e por tudo a natureza das coisas”.⁷²¹ Visando esboçar um sistema aplicável a qualquer nação,⁷²² o autor ignorou deliberadamente o direito constitucional do seu país.

A atribuição do controlo da instrução e da decisão sobre a prisão do réu a autoridades administrativas e a consequente abolição da pronúncia, deliberadamente assumida pelo autor,⁷²³ contrariavam frontalmente a Carta, que impunha a existência

que “a apelação versa somente sobre o ponto de direito” (José Joaquim Sant’ Anna, 1833: 62). Contudo, no “Ensaio” formulava-se um sistema de recursos para o processo civil ainda mais amplo, sobretudo no que toca à sindicância da decisão sobre a matéria de facto. Nele se previam embargos muito amplos em primeira e segunda instância e uma ainda mais ampla “revista do facto” (artigos 166 e 167), ao lado de uma “revista do direito” (artigos 172 e 174).

⁷¹⁸ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 5.

⁷¹⁹ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 21 e 42. O quadro geral dos jurados, cujo número variava em função da dimensão da comarca, era formado por eleição popular anual, nos termos de uma lei regulamentar.

⁷²⁰ A ideia do autor era a de “fazer depender o adiantamento dos ditos Empregados na carreira a que se dedicarão, da boa opinião que o Povo houver a respeito delles formado pela série de seus actos durante o tempo em que se exercerão suas funções” (José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 158).

⁷²¹ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 3 e 47.

⁷²² José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 10.

⁷²³ José Joaquim Sant’ Anna, 1847: 40 (“ficando pois em todo o vigor o disposto no § 2 art. 9 da Carta Constitucional, desaparece inteiramente o objecto do § 3 do art. 67 que por isso se deverá ter como eliminado”).

deste despacho judicial (artigo 126) e, de igual modo, vedava a autoridades administrativas a decisão sobre a prisão do réu (artigo 145, § 7). Nem as garantias de que o autor rodeava esta decisão, estabelecidas nos artigos 322 a 325 do projecto, salvavam a radical incompatibilidade do sistema com o parâmetro constitucional, uma vez que também aquelas garantias não permitiam a sindicância judicial desta decisão. Uma das bases, senão a mais importante das bases do sistema do projecto estava, pois, inquinada por este vício fundamental.

Capítulo 5 °

A Crise do Paradigma Judiciário Liberal

1. A multiplicação de novas formas de processo especiais

O paradigma judiciário liberal assentava na preponderância da forma de processo com intervenção do júri. O modelo judiciário consagrado pela Nova Reforma e aprofundado pela Novíssima Reforma já tinha diminuído substancialmente a competência do tribunal de júri, sem, no entanto, afectar aquela preponderância.

Contudo, a partir da década de cinquenta o legislador adoptou sucessivamente três diferentes estratégias com o propósito de diminuir gradualmente a preponderância do júri.

A primeira destas estratégias consistiu na introdução de uma forma processual intermédia entre a de polícia correcional e a ordinária, a segunda na criação de formas de processo especiais para julgamento de determinados crimes com intervenção apenas do juiz de direito e a terceira na criação de formas de processo especiais para

juízo de determinados crimes com intervenção de um tribunal colectivo constituído apenas por juizes togados.

A primeira tentativa de consagração de uma forma de processo intermédia foi realizada pelo Decreto de 10.12.1852, na sequência da publicação do Código Penal nessa mesma data.

O novo código adoptava a tripartição francesa dos crimes, delitos e contravenções ⁷²⁴ e o legislador decidiu introduzir no processo penal uma forma de processo especial para julgamento dos ilícitos de gravidade intermédia, os delitos.

Assim, o legislador redefiniu o âmbito do processo correcional, nele incluindo os crimes puníveis com as penas de prisão ou desterro até seis meses, suspensão dos direitos públicos ou suspensão do emprego até dois anos, multa até um mês ou até 20.000 réis, repreensão ou censura, e criou uma nova forma de processo, também designada por processo correcional, que incluía os crimes puníveis com as penas de prisão ou desterro até dois anos, suspensão dos direitos públicos até seis anos, suspensão do emprego sem mais declaração ou por mais de dois anos ou multa até dois anos ou até 200.000 réis.

Esta segunda forma de processo caracterizava-se pela maior solenidade do processo preparatório em relação ao processo de polícia correcional previsto na Novíssima, pois incluía um sumário da culpa com o interrogatório de um certo número de testemunhas, seguindo-se a pronúncia do juiz e a acusação do Ministério Público. No mais, eram aplicáveis os termos ulteriores do velho processo correcional, sendo o processo julgado pelo juiz, com recurso para a Relação.

Em face da oposição da doutrina, ⁷²⁵ a Lei de 18.8.1853 não só determinou a supressão do processo correcional criado pelo Decreto de 10.12.1852 como diminuiu mesmo o âmbito do objecto do processo de polícia, eliminando deste os crimes puníveis com pena de suspensão dos direitos políticos e do emprego até dois anos. ⁷²⁶

Após o fracasso desta tentativa, o poder político tentou reformar o júri, tal como tinha feito o legislador francês.

⁷²⁴ Para a crítica desta tripartição, entre nós, Caeiro da Matta (1909: 353 a 355), concluindo pela sua natureza “puramente empírica e formal” e “arbitraria”.

⁷²⁵ Um dos protagonistas desta oposição foi o lente de Coimbra, Duarte Nazareth (1853: 27). O autor deu mais tarde a conhecer que colaborou na feitura do projecto que foi convertido na Lei de 18.8.1853 (Duarte Nazareth, 1886: 30).

⁷²⁶ O governo aceitou a iniciativa legislativa da Câmara dos Deputados como uma medida de natureza provisória (Diário do Governo, 1853, p. 1090).

Na sequência das duras críticas da doutrina à composição do júri no código napoleónico, as disposições que lhe diziam respeito foram modificadas por três grandes reformas, a do Decreto de 7.8.1848 e as das Leis de 4.6.1853 e de 21.11.1872. Se a primeira reforma, “a mais democrática” de todas as reformas, alargou a base da lista geral, admitindo o regime do sufrágio quase universal como base daquela lista, e suprimiu a intervenção das autoridades administrativas nomeadas pelo governo, atribuindo a elaboração das listas cantonais a uma comissão mista composta por autoridades administrativas locais eleitas e por um juiz de paz, a lei imperial de 1853 abandonou o princípio da identidade da capacidade de eleitor com a capacidade de ser jurado, substituindo a lista geral por uma lista anual de serviço elaborada por uma comissão cantonal, e regressou à predominância das autoridades administrativas nomeadas pelo governo, associando-lhe membros da magistratura não inamovíveis, os juizes de paz. Este modo de selecção viria ainda a ser substituído depois da queda do Segundo Império pela Lei de 21.11.1872. A nova lei manteve, por um lado, o princípio da lei imperial do “júri inteligente” e, por outro, atribuiu a comissões mistas de juizes e autoridades administrativas locais eleitas a elaboração das listas. Na prática, a lei foi desvirtuada por “o elemento electivo ter acabado por absorver ou mesmo oprimir o elemento judiciário”.⁷²⁷

A lei portuguesa de 1855 foi profundamente marcada pelo espírito da lei francesa de 1853, tendo o legislador modificado completamente a filosofia implícita ao anterior regime do jurado, substituindo a concepção do direito de cada cidadão a ser jurado por uma outra, a concepção do “encargo” de jurado, equiparado ao de eleitor para os cargos públicos.

Assim, a Lei de 21.7.1855 estabelecia dois requisitos positivos para o recenseamento de cento e vinte “cidadãos habeis para jurados” em cada comarca: a capacidade de voto na eleição de deputados e a renda líquida anual, em Lisboa e no

⁷²⁷ Fernand Gineste, 1896: 126 a 129, René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 89, 97 a 101, 401 a 403, e Maurice Garçon, 1957: 20 e 21. Movido pelo intuito reformador do “espírito de quarenta e oito”, o legislador da Segunda República francesa procurou um “compromisso” entre a solução radical da selecção dos jurados da secção por sorteio entre os eleitores e a solução conservadora que mantinha a interferência do poder político local na escolha dos jurados. Ao invés, o espírito autoritário dos primeiros anos do Segundo Império não se adequava a esta solução, tendo por isso sido reformulado o regime de recrutamento dos jurados por Napoleão III, no sentido da reposição do domínio das classes que dominaram o júri de 1808 a 1848 (Fernand Gineste, 1896: 124, e Jean-Pierre Royer, 1996: 526 a 531). O Decreto de 14.10.1870 revogou a lei imperial de 1853 e repôs em vigor a legislação de 1848, mas logo

Porto, de 400.000 réis e, no resto do país, de 200.000 réis. Em alternativa a este segundo requisito, foi fixado o da posse de títulos académicos, em função dos quais a legislação eleitoral dispensasse da prova do censo. A lei fixava ainda um critério subsidiário: o de que, não existindo na comarca cento e vinte cidadãos que tivessem renda líquida tão elevada, se devia escolher os que tivessem a renda líquida mais elevada. Contudo, este critério não se sobrepunha ao critério literário, que dispensava a prova de qualquer rendimento anual, como mais tarde o legislador esclareceu. As pautas de jurados eram extraídas da lista de recenseamento por meio de sorteio, tal como anteriormente.

Ao invés das anteriores previsões genéricas referentes a todos os funcionários administrativos nomeados pelo governo, na longa lista de escusas da lei de 1855 o legislador incluía apenas os governadores civis, os secretários gerais, delegados do tesouro, tesoureiros, administradores de concelho e seus escrivães, escrivães de fazenda e das câmaras e recebedores de concelho.

Esta reforma da composição do júri, que visava melhorar a qualidade dos seus membros, era conjugada com a atribuição de uma nova competência ao júri. Na Lei de 18 de Julho, o legislador atribuiu ao júri competência para declarar qualquer circunstância modificativa do facto principal que diminuísse a pena, ainda que não fosse compreendida nos quesitos, consagrando deste modo a doutrina de uma outra lei francesa aprovada vinte e três anos antes, a Lei de 28.4.1832, que procedeu à modificação do disposto no artigo 341 do *Code d' Instruction Criminelle*.⁷²⁸

em 1872 o legislador da “República sem republicanos” regressou ao sistema imperial (Jean-Pierre Royer, 1996: 562).

⁷²⁸ A doutrina deste preceito foi fortemente criticada por Silvestre Pinheiro Ferreira (“esta providencia não sò he insufficiente, mas contradictoria. He insufficiente porque consistindo o vicio que se tracta de remediar em que os juizes não era licito proporcionar a pena à gravidade o delicto, não basta abaixar de um sò grao a pena de lei para se conseguir esse fim, pela simples rasão que não basta ser a pena menos desproporcionada para sò por isso ficar em proporção. Mas alem de insufficiente he contradictoria aquella providencia, por que há manifesta contradicção em ordenar que se diminua a pena taxada no codigo uma vez que haja alhumas circunstancias attenuantes; e logo depois proibir que se diminua a pena que se acaba se taxar, ainda que se verifiquem a seo respeito ainda mais circunstancias attenuantes”, Pinheiro Ferreira, 1834 b: 169). Tal como em França (Fernand Gineste, 1896: 183 a 185), os jurados em Portugal abusaram desta nova faculdade, condenando frequentemente o réu por crime menos grave do que o da acusação, apesar de a lei limitar esta faculdade à declaração de circunstâncias modificativas. Davam conta deste abuso ainda durante a monarquia, por exemplo, a Revista de Legislação e Jurisprudência (1906: 166) e Teixeira de Magalhães (1905: 231) e, já na República, Caeiro da Matta (1913: 434). O Conde de Paçô-Vieira (1914: 454) resumiu estas queixas: “muitas vezes o jury costuma alterar e modificar a classificação do crime, que está provado, mas a que por diversas circunstancias entende não dever aplicar a pena correlativa, e quasi todos os dias o está fazendo”. A doutrina disputava também sobre a possibilidade de o júri modificar o facto principal, quando a modificação tivesse o efeito de diminuir a pena (a favor, Revista de Legislação e Jurisprudência, 1875: 14 e 15, e 1906: 166, Teixeira de Magalhães, 1905: 231, Francisco Veiga, 1908: 89 e 90, e José Dias, 1919: 454 e 455, e contra, António Macieira,

A reforma de 1855 não produziu os efeitos esperados ⁷²⁹ e doze anos depois o legislador reconhecia o facto, aprovando uma nova lei sobre a composição do júri, desta feita no sentido da diminuição do número de jurados e da restrição da faculdade de apresentar recusas sem causa justificada. A Lei de 1.7.1867 instituiu uma pauta única de trinta e seis jurados por cada comarca e determinou que o júri fosse sempre composto por nove jurados, mais um substituto, retirados daquela pauta, só podendo ser recusados sem causa justificada três jurados pela acusação e outros três pela defesa. ⁷³⁰ Com vista a esclarecer a legislação pouco clara de 1855, a lei nova estabeleceu expressamente a prevalência dos cidadãos com habilitações literárias sobre os titulares de rendimentos líquidos anuais iguais ou superiores a 400.000 réis para formação da lista dos cento e vinte jurados recenseados, funcionando o critério de selecção económico quando o literário não fosse suficiente.

1914: 59). A situação inversa, de o júri dar como provada, por exemplo, a autoria no caso em que o arguido vinha acusado como cúmplice, era pouco discutida. A Revista de Legislação e Jurisprudência apreciou a questão em uma consulta e pronunciou-se no sentido de que o juiz devia anular a resposta dos jurados ou, não o tendo ele feito, deviam os tribunais superiores em recurso interposto pelo Ministério Público ou por qualquer parte anular a resposta, nos termos do disposto no n. 11 do artigo 13 da Lei de 18.7.1855 (Revista de Legislação e Jurisprudência, 1872: 388). Navarro de Paiva (1895: 233 e 234) entendia que o Ministério Público devia interpor recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça com fundamento na qualificação jurídica errada dos factos. O autor viria a modificar a sua opinião (Navarro de Paiva, 1915 a: 133 e 134), considerando mais tarde que o Ministério Público devia interpor recurso de apelação com fundamento em falta de competência do júri, uma vez que a solução anterior dependia de protesto prévio do Ministério Público à decisão dos jurados. Ao invés, José Dias (1919: 484) era de parecer que o juiz devia advertir os jurados no sentido de corrigir as suas respostas e, se estes não acatassem a advertência, devia corrigir a decisão dos jurados, aplicando no processo comum a doutrina do artigo 259 do novo Código de Processo Criminal Militar.

⁷²⁹ Muito crítico em relação à reforma Luiz Jardim (1866: 140 e 141), com o argumento de que, “attendendo a que a instrução publica tem sido um pouco descuidada, não podemos affirmar affoitamente que a certo censo corresponda a illustração sufficiente para ser julgador”, propondo, na sequência de um projecto de Barjona de Freitas do ano anterior, a adopção explícita de um critério literário principal e de um critério censitário subsidiário, sendo o recenseamento dos jurados feito por uma comissão especial em que tomassem parte as “auctoridades mais directamente empenhadas no cumprimento das leis, e na boa instituição do jury” (Luiz Jardim, 1866: 141). Por outro lado, concordando com o projecto de lei de Moraes Carvalho, apresentado em 9.1.1861, Luiz Jardim sugeria também a restrição da faculdade de recusa de jurados sem motivação. Por fim, o autor acompanhava a proposta de Barjona de Freitas e de Moraes Carvalho da formação da pauta do júri com jurados da comarca e das duas mais próximas, autorizada pelo Supremo Tribunal de Justiça, quando em face de circunstâncias extraordinárias fosse de temer a parcialidade do júri (Luiz Jardim, 1866: 148). Contudo, o autor preferia a fórmula de Barjona de Freitas à de Moraes Carvalho, pois nesta o juiz devia realizar o julgamento e syndicar a decisão do primeiro júri antes de requerer a formação de um júri especial ao Supremo Tribunal de Justiça e naquela o juiz dirigia logo o requerimento ao Supremo Tribunal de Justiça com base na conveniência da formação uma pauta alargada de jurados. No ano seguinte ao da publicação da tese de Luiz Jardim, foi aprovado a reforma do júri, que consagrou as propostas de Barjona de Freitas, então ministro da justiça.

⁷³⁰ Anteriormente, estas recusas podiam elevar-se a nove quando a pauta fosse formada de trinta e seis jurados e a doze quando contasse quarenta e oito jurados, o que permitiu o abuso. “A abusiva pratica das recusações officiosas ou de mera complacencia provocou o nimio rigor da lei na limitação do numero d’ ellas” (Navarro de Paiva, 1886: 61).

A lei nova admitia também a formação de um júri especial composto por jurados de três comarcas, que seria convocado por determinação do Supremo Tribunal para o julgamento de crimes puníveis com penas maiores quando ocorressem circunstâncias graves de perturbação da ordem.

Contudo, a nova legislação do júri não remediou a situação de crise da instituição. Os clamores contra as absolvições generalizadas e os julgados contraditórios sucediam-se.⁷³¹

Tendo no passado falhado a tentativa de criação de uma forma de processo com um âmbito de aplicação definido em função da moldura abstracta da pena, o legislador adoptou já no final da década de cinquenta uma outra estratégia, a da criação de processos especiais para julgamento de crimes de determinada natureza.

O primeiro destes processos especiais foi o previsto na Lei de 4.6.1859, que fixou a competência exclusiva dos juizes de direito para a preparação e o julgamento dos crimes de moeda falsa, com intervenção de um júri especial.

A especialidade do júri constituído para julgamento destes crimes resultava do alargamento do círculo dos jurados às duas comarcas mais próximas daquela onde tivesse sido cometido o crime e da fixação do número dos jurados em doze no primeiro julgamento e em dezasseis no caso de anulação do julgamento e formação de um segundo júri nos termos do artigo 1162 da Novíssima Reforma.

A forma de processo ordinário era aplicável a todos os crimes previstos nesta lei, independentemente da pena abstracta, e caracterizava-se pela particularidade de os depoimentos das testemunhas na audiência de julgamento serem registados, por extenso ou por extracto, consoante o registo fosse requerido pelas partes ou ordenado pelo juiz, sendo no caso de anulação das respostas aos quesitos dadas pelo júri aqueles depoimentos lidos na audiência de julgamento perante o segundo júri, após o

⁷³¹ As penas muito graves previstas na lei substantiva constituíam o motivo das frequentes absolvições pelo júri (Alexandre de Seabra, 1884: 305, Henriques da Silva, 1906: 104, Dias da Silva, 1906: 412, e Caeiro da Matta, 1911 b: 10). A partir da concretização em Agosto de 1885 do sistema penitenciário da reforma penal de 1867, a ameaça do rigoroso regime filadelfiano de isolamento celular de noite e de dia que impedia sobre o réu também passou a constituir um motivo muito ponderoso para o júri forçar o seu juízo sobre a matéria de facto a letra da lei (“No fôro criminal é quotidiana a observação de que o jury hesita perante a comminação d’ uma pena que obrigue o condemnado a um demorado tempo de isolamento celular. É um mal entendido sentimento, incompativel com a rigorosa obrigação do jury, é mesmo um abuso, concordamos, mas é infelizmente um facto”, Eduardo Carvalho, 1889: 176 e 177, e, para um balanço negativo do movimento de reforma penitenciária na monarquia liberal, Eduardo Correia, 1955: 414 e 415, Maria João Vaz, 1998: 44 a 54, e Maria Moutinho Santos, 1999: 43 a 71, 352 a 357).

depoimento das testemunhas.⁷³²

Cinco anos depois, em 1864, surgiria a segunda forma de processo especial, com uma particularidade de especial importância, que se repetiria em outras formas especiais. No regulamento dos emolumentos e salários judiciais de 30.6.1864, previa-se o julgamento do crime de concussão cometido por empregados judiciais e tabeliães em processo ordinário, mas apenas pelo juiz de direito, sem a intervenção do júri. O juiz conhecia de facto e de direito, cabendo recurso obrigatório da sua decisão para a Relação.⁷³³

Esta forma de processo especial foi de novo estabelecida por três vezes, uma em 1886 e duas em 1896. Na Lei de 21.4.1886, relativa à convenção internacional para a protecção dos cabos submarinos, criou-se um processo especial para julgamento dos autores do crime de corte ou deterioração dolosos de cabo submarino, punível com multa de 50.000 a 180.000 réis e prisão correcional ou prisão maior até cinco anos, que observava a forma do processo ordinário, com três especialidades: o auto verbal era suficiente para constituir o corpo de delito, o sumário era reduzido a três testemunhas e não intervinham jurados.

Por sua vez, inspirando-se nas leis francesas de 12.12.1893 e de 28.7.1894, a Lei de 13.2.1896 determinou o julgamento dos agentes do crimes de emprego de explosivos, com o fim de destruir pessoas ou edificios ou cometer fogo posto, e de atentado contra as pessoas, “como meio de propaganda das doutrinas do anarchismo ou como consequencia de taes doutrinas” (artigo 3), em processo ordinário, mas sem a intervenção do júri.⁷³⁴ A prova era registada e tinha lugar recurso para o Tribunal da Relação da decisão sobre a matéria de facto.⁷³⁵

Quer a reforma da lei penal, quer a introdução do regime penitenciário progressivo eram apontadas como medidas urgentes para desagrar a situação.

⁷³² Navarro de Paiva (1895: 207) criticava o registo da prova como “uma pura superfluidade”, pois nenhuma influência poderia ter nos tribunais superiores em face do carácter irrevogável da decisão do júri sobre a matéria de facto. O objectivo visado pelo legislador não era esse, contudo, mas um outro, o de constituir uma garantia adicional da fidelidade da prova produzida na segunda audiência de julgamento no caso de as respostas aos quesitos serem anuladas.

⁷³³ Discutia-se se o artigo 92 do regulamento de 1864, que previa as disposições processuais referidas no texto, permaneceu em vigor depois da publicação do novo regulamento, aprovado pela Lei de 13.5.1896, sendo afirmativo o parecer da doutrina (Francisco Veiga, 1908: 240, Trindade Coelho, 1910: 40, e Caeiro da Matta, 1912: 27).

⁷³⁴ O ministro da justiça de então, Azevedo Castello Branco, justificava o afastamento do júri com a dificuldade de encontrar jurados nestes processos por causa do medo das populações de fazer parte do júri no julgamento destes crimes (Diário da Câmara dos Pares, 1896, p. 118).

⁷³⁵ Não obstante o ministro da justiça ter confirmado que a intenção do legislador não era a da “incriminar nem punir os direitos imprescriptíveis de pensamento humano” (Diário da Câmara dos Pares, 1896, p.

Do mesmíssimo modo, a Lei de 23.4.1896, que criou um tipo legal incriminador de promoção ou favorecimento à emigração clandestina, punível com pena de prisão celular de dois a oito anos ou degredo em alternativa, determinou o julgamento dos agentes deste crime em processo ordinário de querela, com registo da prova e sem intervenção do júri.⁷³⁶

Estas soluções, limitadas a uma criminalidade restrita, embora com grande repercussão social, não deixaram, contudo, esmorecer o propósito político do legislador de consagrar uma forma de processo intermédia, cujo objecto não fosse determinado pela natureza do crime, mas pela moldura da pena abstracta aplicável.

O ministro da justiça José Luciano de Castro apresentou, em 14.5.1870, uma nova proposta, que previa a introdução de uma forma de processo semelhante à da Lei de 1853.⁷³⁷ A solução ideal vislumbrada pelo ministro não era esta, mas a da criação de tribunais colectivos que julgassem os crimes correcionais, competindo as contravenções e os delitos de pequena importância aos juizes singulares. A escassez dos recursos do tesouro impunha uma reforma mais comedida, razão pela qual o ministro Luciano de Castro propôs que os crimes puníveis com prisão correcional, desterro ou multa por mais de seis meses ou suspensão de emprego por mais de dois anos fossem julgados nos termos de uma forma de processo nova.

As três inovações desta proposta em relação à Lei de 1852 eram a de a prolação da pronúncia ser posterior à acusação, ao invés de a anteceder, como era o caso anteriormente, a da inadmissibilidade da renúncia ao recurso, devendo toda a prova produzida na audiência de julgamento ser registada, e a da consagração da faculdade de

125), a verdade é que a incriminação dos actos de defesa, aplauso, conselho ou provocação, mesmo sem publicidade, ou da simples profissão sem publicidade de doutrinas anarquistas, bem como a pena de deportação ilimitada previstas neste diploma, foram usadas com toda a dureza, tendo sido objecto até ao final do regime monárquico do repúdio da doutrina e de, pelo menos, duas tentativas frustradas de abolição em 1906 e em 1909 (Francisco de Medeiros, 1909: 177 a 186). A Lei de 21.7.1899 restringiu as incriminações da de 1896 aos que professassem o anarquismo, sendo os restantes punidos nos termos do artigo 483 do CP, “mas a verdade é que não encontramos na lei de 1899 e muito menos na de 1896 aquella precisão taxativa de que todos os legisladores honestos e escrupulosos em materia de equidade teem por dever socorrer-se, sempre que a natureza e o alcance de uma determinada disposição porporcione o arbitrio na maneira de interpretal-a e executal-a. É isso que não se encontra n’essas leis, precisamente porque o seu fim não é bem orientado” (António Macieira, 1911: 201).

⁷³⁶ Mais tarde, diante da dureza da pena, o artigo 1 do Decreto de 27.9.1901 diminuiu a moldura penal e mandou julgar estes factos em processo correcional.

⁷³⁷ Diário do Governo, 1870, pp. 697 a 703. Esta ideia já tinha sido apresentada no “Projecto do Código do Processo Civil Portuguez”, de Alexandre Seabra, oferecido no ano anterior ao Ministério da Justiça. No ano seguinte ao da apresentação da proposta do governo, também Navarro de Paiva sugeriu o

interposição do recurso de revista nos termos da lei geral. Deste modo, verificava-se uma melhoria substancial dos direitos das partes no tocante à sindicância da decisão final e uma alteração significativa das posições recíprocas do juiz e do Ministério Público na fase inicial do processo, reforçando-se a posição processual do Ministério Público, que procedia ao primeiro juízo de verificação dos indícios probatórios e de qualificação jurídica do facto criminoso.

Esta proposta não foi sequer discutida, mas foi quase integralmente copiada por uma outra, apresentada pelo ministro da justiça Lopo Vaz, em 10.3.1884, que também não teve melhor destino.⁷³⁸

Em face do insucesso das tentativas de alteração do direito vigente, os tribunais recorriam crescentemente à prática da correcionalização, isto é, ao processamento em polícia correcional de crimes em que a pena máxima aplicável era superior à admissível nesta forma de processo, mas a pena concreta previsivelmente aplicada pelo juiz era inferior. O recurso a esta prática não resultava apenas da maior probabilidade de impunidade que o processo com intervenção do júri proporcionava aos delinquentes, que era um facto constatado pela doutrina, mas sobretudo de um outro facto, o da absoluta impossibilidade, por escassez de meios e de tempo, de julgar todos os crimes a que competia a forma de processo ordinário.⁷³⁹

A tal ponto esta prática se generalizou que o governo se viu na obrigação de intervir, publicando a portaria de 10.9.1883, que declarou ilegal a prática de correcionalização, ainda quando os réus nela consentissem.⁷⁴⁰

restabelecimento da forma de processo correcional prevista no decreto de 1852 para os crimes puníveis com prisão até dois anos (Navarro de Paiva, 1871: 11, e, posteriormente, 1874: XL).

⁷³⁸ Diário da Câmara dos Deputados, 1884, pp. 607 a 611. Henriques da Silva (1906: 106) e Dias da Silva, (1906: 420) pronunciaram-se no sentido de que esta proposta restabelecia a forma de processo criada em 1852, não fazendo menção das diferenças fundamentais existentes entre uma e outra.

⁷³⁹ António Castello Branco, 1888: 131 a 134, Dias da Silva, 1903: 769, Marnoco e Souza, 1907: 111, e Caeiro da Matta, 1919: 34. A doutrina reproduzia, afinal, os dois argumentos que já tinham sido invocados pelo ministro da justiça Luciano de Castro em 1870 para fundamentar a sua proposta de lei (Diário do Governo, 1870, p. 698).

⁷⁴⁰ Esta prática era corrente em Lisboa e no Porto e em muitas comarcas do país, sobretudo a respeito dos crimes de furto de pouco valor e dos de ferimentos leves (Dias da Silva, 1903: 768, e Marnoco e Souza, 1907: 111. Innocencio Duarte (1871: 210 e 211) citava jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça condenando a correcionalização desde os anos cinquenta. Este movimento estava directamente relacionado com o crescente descrédito do júri: “O descrédito do nosso jury está na convicção de todos. São diariamente apregoadas as suas repetidas decisões injustas, iníquas muitas vezes, irrisórias até, sobretudo nas provincias” (M. A., 1877: 29). Como reconheceu mais tarde o próprio Navarro de Paiva, “confiando aos juizes de direito o julgamento dos crimes a que correspondem penas correcionaes, converte-se em lei o arbitrio há longo tempo estabelecido em quasi todos os tribunais do paiz” (Navarro de Paiva, 1882 a: 47). Em França, a correcionalização estava há muito generalizada entre as *cours d’*

Só em 1890 o propósito do legislador obteve concretização. O Decreto n. 2, de 29.3.1890, procedeu à reformulação do processo de polícia correcional, à reintrodução do processo correcional e à criação de uma forma de processo sumaríssimo.⁷⁴¹

A velha forma de polícia correcional era aplicável aos crimes e contravenções a que correspondessem separada ou cumulativamente as penas de prisão correcional ou desterro até seis meses, multa até seis meses ou até 500.000 réis, suspensão do emprego ou do exercício dos direitos políticos até dois anos, repreensão ou censura, surgindo a par dela uma forma de processo sumaríssimo aplicável às infracções previstas nos artigos 177, 180, 185, 188, 256, 484 e seguintes do Código Penal, quando ocorresse prisão em flagrante delito e o arguido fosse vadio ou reincidente,⁷⁴² e uma forma de processo correcional aplicável aos crimes puníveis separada ou cumulativamente as penas de prisão correcional ou desterro superiores a seis meses, multa superior a seis meses ou até 1.000.000 réis, suspensão do emprego ou do exercício dos direitos

assises, que condenavam por delitos os réus acusados de crimes, tendo para o efeito contribuído a faculdade da ponderação pelo júri das circunstâncias atenuantes em 1832 (Bonnevillle de Marsangy, 1855: 375 a 380, Ferdinand Gineste, 1896: 118 e 119, e Henri Verdun, 1922: 13 a 25). Em face desta prática generalizada a doutrina defendeu mesmo a sua extensão à câmara de acusação de modo a simplificar o processo, aliviar a sobrecarga dos tribunais de júri e reduzir o tempo de detenção preventiva (Bonnevillle de Marsangy, 1855: 381 a 384). Com o decurso dos anos, também entre os magistrados de instrução de primeira e de segunda instância se adoptou aquela prática, remetendo eles para julgamento em tribunal correcional factos constitutivos de crimes em função da previsível reacção dos jurados, umas vezes demasiado favorável aos acusados, como nos crimes passionais, e outras demasiado severa, como nos crimes contra a propriedade (Henri Verdun, 1922: 26 a 41, e René Garraud e Pierre Garraud, 1926: 461 e 462). Apesar da *Cour de Cassation* ter dado o seu assentimento tácito a esta prática, a doutrina censurava-a firmemente, apontando, entre outras críticas, a da privação do benefício do duplo grau de jurisdição do réu condenado pela *cour d' assises* pela prática de um delito, a da desigualdade na repressão criminal e a da violação das regras de competência (Ortolan, 1875: 454, e Henri Verdun, 1922: 70 a 84). A história veio deste modo a dar razão a Anselm von Feuerbach, que já em 1825 contava a *cour d' assises* entre os tribunais de excepção, com uma competência residual, distinguindo-a desta forma dos tribunais correcionais (Anselm von Feuerbach, 1825: 333).

⁷⁴¹ O governo no relatório dos decretos ditatoriais apontou como modelo desta reforma a proposta de lei do ministro da justiça Lopo Vaz apresentada às Cortes na sessão de 1884. Na impossibilidade, afirmada pelo poder político em 1870 e reiterada em 1884, de as finanças públicas suportarem os gastos inerentes à introdução do tribunal colectivo no julgamento dos crimes puníveis com penas correcionais, o governo visava sobretudo pôr cobro às percentagens superiores a 60 % de absolvições dos réus julgados com o tribunal de júri e à “anarchia” resultante da correcionalização judicial dos processos, a que os tribunais recorriam para evitar a sujeição dos réus ao julgamento do júri, sob a máxima de que “mais vale uma pena baixa do que pena nenhuma”.

⁷⁴² O governo apontava já então para a necessidade de criação de uma forma de processo sumário para todos os crimes puníveis com pena não superior a seis meses de prisão, relativos a “factos, que contendam com o socego publico ou com os regulamentos de policia” em que ocorresse prisão em flagrante delito. Só mais tarde surgiria esta outra forma de processo.

políticos superiores a dois anos ou sem prazo.⁷⁴³

A regulamentação da nova forma de processo correcional era objecto de uma remissão genérica para os termos do processo de polícia correcional,⁷⁴⁴ prevendo-se, no entanto, que o Ministério Público ou o ofendido deduzissem uma acusação, a “queixa”, dentro de quarenta e oito horas após a constituição do corpo de delito, que deveria ser confirmada pelo despacho de pronúncia. Deste despacho cabia agravo de petição nos termos gerais.

Na fase de julgamento, excluía-se expressamente a competência do juiz municipal, julgando apenas o juiz de direito estas causas. O registo “com a maior concisão possível” dos depoimentos das testemunhas era obrigatório e não era admissível a renúncia ao recurso. A decisão, além de impugnável para a Relação, admitia também a revista nos termos gerais.

O diploma regulava apenas os termos em que o processo correcional devia ser processado na primeira instância, mas não os termos dos recursos,⁷⁴⁵ tendo a jurisprudência e a doutrina debatido intensamente até 1892 se eram aplicáveis os termos ordinários das apelações em matéria crime ou os termos do agravo de petição em matéria cível, como estava consagrado para o processo de polícia desde 1884.⁷⁴⁶

A nova forma de processo sumaríssimo, que consistia no julgamento imediato

⁷⁴³ Por força da aplicação das circunstâncias agravantes, podia, contudo, ser aplicada em concreto pena maior em processo correcional (Eduardo Carvalho, 1912: 198).

⁷⁴⁴ O § 12 do artigo 3 remetia também para as disposições gerais da Novíssima, conciliando a doutrina os distintos mandamentos no sentido de que só na falta de disposições do processo de polícia se devia recorrer às disposições do processo ordinário (Dias Ferreira, 1892: 330, Dias da Silva, 1903: 817, Marnoco e Souza, 1907: 161, e Teixeira de Magalhães, 1905: 198).

⁷⁴⁵ A Lei de 7.8.1890, que aprovou o bill de indemnidade relativo à promulgação pelo governo de providências de natureza legislativa desde 10.2.1890, introduziu algumas alterações à legislação aprovada em ditadura sobre as novas formas de processo penal, mas não resolveu este problema. A lei determinou que o despacho de pronúncia em processo correcional admitia agravo nos termos gerais e, portanto, não só agravo de petição, como previa o decreto de Fevereiro, mas também agravo de instrumento e consagrou a obrigatoriedade do registo dos depoimentos somente quando o depoimento das testemunhas produzido em julgamento constituísse uma alteração do depoimento anterior. A lei de Agosto omitiu também a resolução da questão da aplicabilidade do processo de ausentes de 1847 aos crimes de processo correcional, sendo maioritária a jurisprudência que admitia essa aplicação. Contra a jurisprudência maioritária encontravam-se Dias Ferreira (1892: 345), Teixeira de Magalhães (1905: 316), e Eduardo Carvalho (1912: 113), e, com ela, Navarro de Paiva (1900: 195), António Ferreira Augusto (1905: 3), Francisco Veiga (1908: 311), José Dias, (1919: 502 e 506) e Beleza dos Santos (1920: 45).

⁷⁴⁶ A questão subsistiu mesmo depois de 1892, ano da uniformização do regime do processamento e julgamento dos recursos criminais, mas com menor intensidade, pondo-se a propósito do prazo de interposição do recurso em processo correcional, dividindo-se a doutrina entre a aplicação do prazo de 24 horas do processo de polícia e o prazo de dez dias do processo ordinário. Neste sentido, Francisco Veiga, 1908: 37, e Trindade Coelho, 1897 a: 37 e 38, e 1910: 31 e 32, e naquele sentido, Dias Ferreira, 1892: 332, Eduardo Carvalho, 1912: 201, e Pedro de Sousa, 1915: 173. A jurisprudência adoptava maioritariamente a posição mais favorável ao recorrente.

de arguidos vadios e reincidentes que fossem detidos em flagrante pela prática das infracções enunciadas na lei, servindo como processo preparatório o auto policial, foi, como era intenção do governo, ampliada pelo Decreto n.1, de 15.9.1892.⁷⁴⁷ Este diploma criou um novo processo especial de julgamento no acto da apresentação dos detidos em flagrante pela prática de crimes e contravenções julgadas em polícia correcional, quando não fosse preciso algum exame e o réu não desse testemunhas ou se as que desse estivessem presentes. A possibilidade de o réu evitar o julgamento de acordo com a nova forma de processo inutilizou em termos práticos a iniciativa do legislador, concluindo a doutrina que “os não vadios e os não reincidentes só respondem summariamente quando quizerem”.⁷⁴⁸ Por outro lado, a doutrina sustentava que o decreto de 1892 não tinha revogado o de 1890, contendo este uma previsão especial em face da regra geral fixada no diploma posterior, pelo que os vadios e os reincidentes eram julgados de imediato ainda que fosse preciso algum exame ou que fossem indicadas testemunhas que não estivessem presentes, ao invés dos restantes réus, que podiam evitar o julgamento sumaríssimo e determinar a passagem da forma de processo para a de polícia dando testemunhas que não estivessem presentes ou requerendo algum exame.⁷⁴⁹

Além da reintrodução da forma intermédia de processo correcional, embora concebida em termos distintos dos de 1852, o legislador utilizou ainda uma terceira estratégia para prosseguir o propósito político da supressão gradual da preponderância do júri.

Assim, a Lei de 17.5.1866 determinou a observância da forma de processo ordinário com intervenção do júri no julgamento dos crimes previstos nos artigos 408,

⁷⁴⁷ A designação desta nova forma de processo como sumaríssima foi dada por Dias da Silva (1903: 771), Marnoco e Souza (1907: 113), Caeiro da Matta (1912: 6) e Beleza dos Santos (1920: 27). Estes autores defendiam a existência de cinco formas de processo penal, a ordinária, a correcional, a de polícia, a sumaríssima e a de coimas ou transgressões. Delgado de Carvalho (1897: 7 e 135) dividia as formas de processo comum em ordinário, correcional e de polícia e esta última subdividia em polícia correcional ordinário e polícia correcional sumário. Teixeira de Magalhães (1905: 2 a 6) defendia a existência de quatro formas gerais de processo penal, unindo as formas rápidas criadas em 1890 e 1892 sob a designação de processo sumário. A questão tinha importância prática relacionada com o regime de aplicação analógica de normas que regulavam as diferentes formas de processo.

⁷⁴⁸ Caeiro da Matta, 1913: 29. Daí que a nova forma de processo sumaríssimo fosse pouco usada no foro, sendo mais frequente o julgamento em processo de polícia com base em autos policiais com força de corpo de delito (Dias da Silva, 1903: 825, e Marnoco e Souza, 1907: 170).

⁷⁴⁹ Este modo de conciliação dos dois diplomas foi proposto por Afonso Costa (1895 a: 35 e 36) e seguido posteriormente pela generalidade da doutrina e, designadamente, por Teixeira de Magalhães (1905: 2), Caeiro da Matta (1912: 8, e, com uma argumentação exaustiva, 1913: 27 a 29) e Pedro de Sousa (1915: 22).

409 e 410, § único, do Código Penal, sempre que o réu quisesse fazer a prova da verdade dos factos imputados, e a observância da forma de processo de polícia nos restantes casos. O diploma procedia a uma remissão integral do regime substantivo e processual dos crimes de imprensa para o direito comum, mas diminuía significativamente o âmbito de aplicação do processo ordinário de querela e aumentava o de polícia.

Esta opção política relativa ao regime processual da perseguição e do julgamento dos crimes de imprensa foi mantida e reforçada pelo Decreto n.1, de 29.3.1890, de que resultou até a sujeição completa deste tipo de crimes ao processo de polícia correcional,⁷⁵⁰ mas foi abandonada pela Lei de 7.7.1898. Ao invés da anterior, nesta lei regressou-se à remissão para o sistema penal comum, mas reintroduziu-se uma forma de processo especial.⁷⁵¹

Este diploma de 1898 conjugava duas inovações fundamentais, que iriam vingar mais tarde no âmbito do processo ordinário.

Com efeito, a competência para julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa foi atribuída ao tribunal de júri, com a excepção dos crimes de ofensa, injúria e difamação em relação aos quais não fosse admissível prova sobre a verdade dos factos. Neste caso, o processo era julgado por um tribunal colectivo, se o procedimento criminal não dependesse de requerimento de parte, ou por um juiz singular, se o procedimento criminal dependesse de requerimento de parte.

O tribunal colectivo era composto por três magistrados, constituindo esta a sua primeira consagração legislativa como tribunal criminal de primeira instância em

⁷⁵⁰ A crítica cerrada do diploma de 1890 foi feita por Bento Carqueija (1893: 9, 23 a 29, e 39) e Augusto Silva Pereira (1901: 22 e 23), que o consideravam uma legislação *ad odium* em virtude da conformação muito ampla dos tipos de crime, conjugada com a sujeição dos mesmos ao processo de polícia correcional e as restrições ao direito ao recurso consagradas no Decreto n. 2 publicado na mesma data da nova lei de imprensa. A discussão política em torno do alargamento da competência correcional nestes processos foi muito intensa. O maior paladino da defesa do júri nestes processos foi Dias Ferreira (1884: 26 e 27), que propunha a manutenção do júri comum, salvo nos casos de injúria ou difamação pessoal em que não fosse admissível prova alguma sobre a verdade dos factos imputados. Estes seriam conhecidos pelo juiz correcional e os restantes deveriam ser conhecidos por um tribunal de júri na primeira instância, com recurso para um júri especial, existente em Lisboa e no Porto.

⁷⁵¹ A justificação político-criminal da existência de um regime substantivo e processual especial dos crimes de imprensa não era pacífica na doutrina, que se encontrava muito dividida entre os que entendiam que estes crimes deviam beneficiar de um regime mais restritivo do que o do direito geral, como o fizera a legislação de 1890, os que advogavam que estes crimes deviam beneficiar de um regime mais liberal, como resultava da legislação de 1898 e da proposta do ministro Francisco de Medeiros (1909: 119 a 127), e os que se pronunciavam no sentido de que o regime aplicável devia ser o geral, como propunha Trindade Coelho (1897 b).

alternativa à estratégia que vinha sendo ensaiada de atribuição da competência de julgamento apenas ao juiz de direito.⁷⁵²

O processo começava com a apresentação da petição, a constituição do corpo de delito e a dedução da acusação, a que se seguia a prolação do despacho judicial recebendo ou rejeitando a acusação. Este despacho admitia recurso com efeito suspensivo e a subir nos próprios autos. Os termos ulteriores eram os do processo ordinário, mas com as especialidades da abolição do libelo acusatório (“a accusação deduzida nos termos do artigo 29 ° substituirá, para todos os efeitos, o libello accusatorio”, artigo 32, § 1), do registo da prova produzida diante do tribunal colectivo, salvo se as partes prescindissem do recurso,⁷⁵³ e da remessa dos autos para novo

⁷⁵² Não é correcta por isso a afirmação, por vezes feita na doutrina (Luís Osório, 1932 a: 395, parecer da Câmara Corporativa n. 33/X, p. 56, e Cavaleiro de Ferreira, 1986 b: 286), de que o tribunal colectivo teria surgido já no século XX, com a publicação de uma lei de 1901. O surgimento do tribunal colectivo no processo penal em 1898, foi, aliás, antecedido por duas tentativas frustradas da sua consagração, uma vez como tribunal de primeira instância e outra como tribunal misto de primeira instância e de recurso. Na proposta de lei do ministro da justiça Ferrão Carvalho Mártens, de 28.2.1860, de criação de tribunais criminais de assentada, compostos por três magistrados e por um júri e com competência para julgar crimes puníveis com pena superior a três anos de prisão ou correspondente, estava já insito o gérmen deste novo órgão judiciário, mas a reacção inicial dos magistrados, que teriam de se deslocar de concelho para concelho “por caminhos pessimos n’ aquella epocha, e com meios de transporte quasi primitivos”, não foi favorável, tendo a proposta sucumbido por falta de sanção parlamentar (Comissão de Legislação Civil das Cortes, 1888: 17, e, insistindo na necessidade da reforma do tribunal de júri conjugada com a introdução do tribunal colectivo e da separação entre o juiz instrutor e o juiz de julgamento, Carvalho Mártens, 1871: 301). A doutrina também teve uma reacção inicial negativa. O primeiro estudo sobre estes novos tribunais surgiu em 1868. O autor, Lopo Sampaio e Mello, pronunciou-se sobre as vantagens comparativas da manutenção do juiz singular e da introdução do tribunal colectivo nas causas cíveis, concluindo que deveria ser mantido o juiz singular, mas tornando-se este um magistrado especializado (Sampaio e Mello, 1868 b: 54). Entre outros argumentos ponderados, o autor considerava que a introdução do tribunal colectivo era incompatível com a sobrevivência de uma “glória nacional”, a fundamentação das decisões judiciais (Sampaio e Mello, 1868 b: 75 e 80). A magistratura veio mais tarde a mudar de parecer. Em um “brado a favor da magistratura” que ficou célebre, clamava-se pela introdução do tribunal colectivo na primeira instância, “que lá fora já é velho” (Autor Anónimo, 1887 a: 10). O Decreto de 2.12.1891 viria a dar satisfação, ainda que transitoriamente, a esta pretensão. Entre a comarca e o distrito da Relação surgiria uma nova divisão, o círculo judicial, funcionando em cada círculo um tribunal colectivo. Além de mencionar expressamente a experiência legislativa italiana e alemã, o legislador justificava, no preâmbulo do diploma, a introdução do tribunal colectivo com a grande vantagem de este tribunal permitir alcançar uma maior celeridade no julgamento dos recursos em causas de polícia correccional, uma vez que os recursos “divididos por dezeseite tribunaes, poderão ser decididos com maior rapidez do que o são actualmente nas duas relações de Lisboa e do Porto”. Por outro lado, a proximidade dos magistrados em relação às populações facilitaria a administração da justiça e o controlo dos empregados judiciais do círculo. O tribunal colectivo era composto por três juizes de direito de primeira classe, com competência para julgar em primeira instância as causas administrativas e em segunda instância os recursos das sentenças e despachos proferidos pelos juizes de direito em causas crimes a que correspondesse o processo de polícia correccional. Este decreto, que foi publicado com base na autorização concedida ao governo pelo Decreto n. 3, de 29.3.1890, e pela Lei de 30.6.1890, não chegou por sua vez a ser sancionado pelo respectivo *bill* de indemnidade das cortes.

⁷⁵³ Ao invés do que aconteceria com a introdução do tribunal colectivo no processo civil, que estava intimamente associada à perda da garantia do registo da prova e do recurso da decisão da matéria de facto

juízo na comarca com sede mais próxima no caso de não se alcançarem dois votos uniformes na deliberação do tribunal colectivo.

Era admissível a interposição de recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão de absolvição do júri e recurso de apelação para a Relação da decisão condenatória do júri, bem como da decisão condenatória ou absolutória do tribunal colectivo. Por sua vez, as decisões da Relação proferidas em recurso de apelação admitiam revista.

Previa-se ainda uma forma especial de julgamento à revelia pelo juiz presidente, sem intervenção do júri, nem dos juizes adjuntos, quando o acusado faltasse e não justificasse a falta.

Este regime manteve-se até à queda da monarquia, tendo sido alterado pontualmente já em 1907. A Lei de 11.4.1907 manteve a remissão para o regime substantivo geral, com uma excepção relativa à substituição da pena de multa aos condenados sem cadastro neste tipo de crimes, e a forma do processo especial com a atribuição de competência para o julgamento dos crimes de imprensa ao tribunal de júri, mesmo quando a pena fosse correcional, com a excepção dos crimes de ofensa, injúria e difamação em que não fosse admissível a prova da verdade dos factos imputados e das contravenções. O primeiro grupo de excepções era julgado pelo tribunal colectivo e o segundo apenas pelo juiz de direito.

Na tramitação do processo, mantinha-se a dependência do despacho judicial de indicição da acusação prévia do Ministério Público ou da parte, com a inovação de que o réu citado como autor do escrito incriminado que nada declarasse na contestação era tido como confesso. As regras do julgamento e dos recursos eram as mesmas da lei anterior, mas o réu ausente seria julgado pelo mesmo tribunal que o julgaria se presente.

O legislador monárquico iria ainda consagrar uma outra forma de processo especial com julgamento por um tribunal colectivo. Depois da passagem do regime da circulação metálica para o regime da circulação fiduciária, tornou-se frequente a falsificação de notas do Banco de Portugal, com a impunidade dos falsificadores “na quasi totalidade dos casos” em face da “nimia benevolencia do jury”. Em face da repressão insuficiente dos ilícitos de moeda falsa pela legislação especial aprovada em 1859, a Lei de 12.6.1901 atribuiu a competência para julgar os crimes de moeda falsa

(Pessoa Vaz, 1998: 170), no processo penal o registo da prova manteve-se apesar da introdução do

previstos nos artigos 206 a 212 do Código Penal a um tribunal colectivo, seguindo-se os termos do processo ordinário. O colectivo era composto por três juízes de direito.

A forma de processo consagrada registava algumas especialidades em relação à vigente no âmbito do direito da liberdade de imprensa. Os depoimentos das testemunhas em audiência de julgamento eram registados, mas “com a maior concisão possível” (artigo 3) e, quando não houvesse dois votos conformes no tribunal colectivo, aplicava-se a pena menos grave, diferentemente da solução consagrada no julgamento dos crimes de imprensa. A terceira especialidade era a do recurso obrigatório de apelação do Ministério Público, quer da decisão absolutória, quer da condenatória.⁷⁵⁴

Esta “pronunciada tendencia para restringir a esphera dos jurados” do legislador da segunda metade do século dezanove e do início do século vinte era não só notada pela doutrina, mas também por ela apoiada. A doutrina reconhecia abertamente que o “jury tem provado mal entre nós”⁷⁵⁵ e dividia-se entre os que advogavam a imediata abolição do júri nas causas criminais e cíveis e os que só o mantinham nas causas criminais. Afonso Costa advogava a abolição do tribunal de júri, excepto nos crimes de opinião, argumentando como Mortara no sentido de que o aperfeiçoamento das instituições políticas tornaria cada vez menos necessária a garantia da liberdade individual constituída pelo tribunal de júri.⁷⁵⁶ A organização de juízos criminais especiais, que substituiriam o júri popular, constituía uma das principais propostas do ideário da nova ciência penal positiva, de que o autor era um dos mais destacados defensores.⁷⁵⁷

tribunal colectivo.

⁷⁵⁴ Discutia-se na doutrina como deviam ser julgados os réus ausentes nesta forma de processo e, designadamente, se o juiz de direito podia julgar sem o colectivo (Eduardo Carvalho, 1912: 113).

⁷⁵⁵ António d' Almeida Azevedo, 1908: 46. O autor propunha, contudo, a conservação do júri, mas apenas para o julgamento de determinadas causas em que os governos possam ter interesse”, tais como os crimes contra a segurança do Estado. A natureza dos crimes e não a gravidade da pena determinaria a competência do júri. Já largos anos antes, Lopes Praça tinha reconhecido que, não obstante as sucessivas restrições à intervenção do tribunal de júri, quer no processo civil, quer no criminal, contrariarem o espírito liberal do artigo 118 da Carta, estas restrições tinham sido “recebidas como mais consentaneas com a justiça e com a experiencia da nossa civilização” (Lopes Praça, 1879: 321).

⁷⁵⁶ Afonso Costa, 1899: 289 e 290.

⁷⁵⁷ Afonso Costa, 1895 b: 154. O autor revia deste modo uma opinião anterior, mais cautelosa, segundo a qual não se devia substituir o júri por um colégio de peritos, como propunha a nova teoria da “classificação dos criminosos”, porquanto esta teoria ainda não tinha sido provada e “o nosso paiz não pode aceitar as reformas que não forem praticaveis e que não tiverem uma base estavel” (Afonso Costa, 1895 a: 174 e 176). Quer a “escola criminal antropológica” quer a “terceira escola” ou “escola criminal sociológica” incluíam no seu credo fundamental, a que adiante se fará menção mais aprofundada, a substituição do tribunal de júri por tribunais compostos por juizes togados com formação antropológica e psiquiátrica (Raymond Garofalo, 1908: 436 a 463, e Enrico Ferri, 1905: 25, mas contra nas sociedades

Em uma “cruzada contra o jury” sustentada nos ensinamentos da ciência penal moderna, também Alvaro Villela atacou o veredicto “grosseiramente empirico” do júri, reclamando a abolição do júri e a reforma do julgamento no sentido de uma arbitragem científica sobre a pena do arguido em face do conhecimento pericial da sua personalidade, sendo o contraditório desnecessário e a sentença indeterminada e sujeita a revisões posteriores. A revisão tornar-se-ia o meio ordinário de reforma do julgado penal, procedendo-se desta forma a uma completa judicialização do direito de graça.⁷⁵⁸

No mesmo sentido se pronunciou Alberto dos Reis, propondo abertamente a supressão do júri nas causas cíveis, quer por força da conexão íntima entre a questão de direito e a de facto nestas causas, quer ainda pela imprescindibilidade da fundamentação das decisões proferidas nas causas cíveis, “onde a boa motivação importa o bom julgamento, de sorte que uma decisão não fundamentada abalaria a confiança pública e não lograria impor-se á parte vencida”. Relativamente ao júri criminal, o autor reiterou as considerações prospectivas de Afonso Costa sobre a futura desnecessidade do júri em face do aperfeiçoamento das instituições políticas.⁷⁵⁹

liberais e, em especial, nas monarquias constitucionais, Ferdinando Puglia, 1882: 263 e 264). Ficaram célebres as palavras proferidas em defesa desta nova proposta por um dos mais fervorosos arautos da “escola criminal antropológica”, o Professor Júlio de Mattos: “compreende-se que o juízo a fazer sobre a temibilidade dos delinquentes, repousando todo no conhecimento das categorias em que a anthropologia criminal os divide, pressupõe longos e especializados estudos, que no jury não podem admittir-se. Não são, decerto, quatro merceeiros, cinco industriaes, dois professores de dança e um folhetinista, que a sorte pode aggregar n’ um julgamento, quem saberá dizer se um réu pertence á classe dos delinquentes natos ou á dos fortuitos. Como tantas outras instituições sociaes, a do jury não passa de um mal-entendido democratico a corrigir: aceitavel e conveniente quando se trate de delictos chamados de opinião, ela constitue um perigo em todos os outros casos, porque a caracteriza, em regra, uma completa ignorancia dos problemas que é chamada a resolver” (Julio de Mattos, 1908: XVIII). Este mesmo juízo era formulado por Fernando Emygdio da Silva nestes termos: “Nas decisões do jury, a incompetencia das pessoas é um pouco, na verdade, a do sapateiro chamado a decidir de uma operação cirurgica” (Fernando Emygdio da Silva, 1905: 142).

⁷⁵⁸ Alvaro Villela, 1897: 25, 49 a 53, 195 a 215. Esta proposta constituía uma radicalização de um pensamento já exposto na doutrina portuguesa por Ayres de Gouvêa (1860: 55 a 57), que propugnava a criação, ao lado do júri comum, de um “jury physiologico”, composto por médicos e professores de medicina e com competência para se pronunciar depois daquele sobre a questão do estado psicológico e do motivo da conduta do arguido. Uma apreciação muito crítica da possibilidade prática de instalação deste júri técnico em Portugal foi feita por Bernardo Lucas e Paulo Osório, em virtude da falta de técnicos qualificados para o efeito na província. Por isso, Bernardo Lucas defendeu a atribuição ao médico da comarca do encargo da realização de exame médico a todos os presos no dia em que entrassem na cadeia (Bernardo Lucas, 1887: 172 e 173). Por seu lado, Paulo Osório sugeria a presença de um perito psiquiatra em cada tribunal com competência officiosa para interrogar testemunhas, promover inquéritos e até suspender a audiência com vista a proceder a uma observação do delinquente (Paulo Osório, 1906: 82, 83 e 112).

⁷⁵⁹ Alberto dos Reis, 1909: 219, 220, 225 e 226. Esta posição dualista já tinha sido defendida por Luiz Jardim. Este autor tinha-se pronunciado contra o júri nas causas cíveis e a favor dele nas criminaes, com base no preconceito clássico do carácter diferente da questão de facto no processo cível e no criminal, “porque o conhecimento do facto cível, ou a apreciação da affirmativa ou negativa não é facilitada pela

Por fim, também Marnoco e Souza se pronunciou claramente contra a manutenção do júri, com a excepção dos crimes políticos, em face do “vício fundamental” da incapacidade técnica dos jurados e da impossibilidade de separação da questão de facto e da direito nas causas criminais como nas cíveis.⁷⁶⁰

Diante do descrédito da instituição e do sentimento generalizado das populações, que consideravam as funções de jurado “como um ónus e não como um direito”,⁷⁶¹ a contestação ao júri que grassava na doutrina não só desenvolvia uma força de retracção dos esforços de reforma da instituição como legitimava as tentativas, que o legislador ia ensaiando, de uma supressão gradual da preponderância do júri.⁷⁶²

Por outro lado, a preferência do legislador pela magistratura letrada nos

revelação da consciencia” (Luiz Jardim, 1866: 121, 138 e 139). Contudo, a questão de direito deveria ser reservada a um só juiz letrado no crime (Luiz Jardim, 1866: 150 a 156), impondo-se-lhe a obrigação de fundamentar a sua decisão, o que constituiria uma garantia melhor do que o segredo da deliberação de um tribunal colectivo. Também Chaves e Castro se manifestou abertamente contra a existência de tribunais colectivos (Chaves e Castro, 1910: 152 e 153), defendendo a abolição do júri nas causas cíveis e a sua manutenção para o julgamento dos crimes que “pela sua gravidade interessem directa e principalmente a sociedade em geral e a vida e propriedade do homem em especial”. Os fundamentos invocados para esta posição eram os da falta de imparcialidade e independência dos juizes letrados, que estavam “habituaados a ver criminosos em todos os accusados” e se encontravam “dependendo do poder executivo quanto ao melhoramento de sua posição e collocação”, ao que acrescia a maior sensibilidade dos jurados para “as exigencias da justiça social”, pelo menos no âmbito das causas criminais (Chaves e Castro, 1910: 182 a 184). Esta opinião do autor já tinha sido defendida na sua dissertação de 1866. Nela o autor concluiu que “a instituição do jury, quanto mais necessaria e proveitosa é em materia criminal, tanto mais desnecessaria e prejudicial a suppomos geralmente em materia cível”, justificando a distinção com a afirmação de que “homens illiterados e analphabetos, como os nossos jurados são na maior parte, por certo que não saberão apreciar as questões de facto, melindrosas e espinhosissimas, que se podem ventilar nas causas cíveis” (Chaves e Castro, 1866: 200).

⁷⁶⁰ Marnoco e Souza, 1910 a: 780 e 781.

⁷⁶¹ A expressão é da Comissão de Legislação Civil das Cortes (1888: 33), censurando os críticos do júri. A situação iria ainda agravar-se até ao final da monarquia. Em 1905, em um artigo anónimo no sexto volume da Historia da Criminologia Contemporânea, descreve-se com palavras muito duras esta “indiferença geral por tudo quanto se chama a causa publica”, que se repercutia na prática habitual dos mais variados estratagemas para a fuga ao exercício das funções de jurado e no abaixamento da qualidade dos jurados (Anónimo, 1905: 50 a 52).

⁷⁶² A discussão prosseguiu depois da instauração do regime republicano. Mendes Corrêa (1914: 330) exigia a substituição de “um jury quasi sempre ignorante e parcial por medicos anthropologistas e psychiatras aos quaes pertença a incumbencia de examinar todos os criminosos sem excepção”, constituindo este exame a base para a escolha das penas. Orlando Marçal apelidava os tribunais de júri de “o mais espantoso absurdo, ainda que instituido com fins altruistas, mas que representam sempre uma nodoa de ignorancia e insentatez que é preciso limpar”, propondo que o tribunal fosse singular e o juiz tivesse uma formação psiquiátrica e antropológica (Orlando Marçal, 1919: 147 a 149). O mesmo apelo era feito por José de Castro, com base em que “na epoca actual em que a ciencia representa o 1º papel na apreciação do criminoso e do crime, só a duas entidades deve competir julgar o criminoso: ao medico e ao juiz” (José de Castro, 1924: 251). Por seu turno, José Menezes e Castro considerava o júri cível de facto abolido e que não subsistiam razões para a sua manutenção no foro cível nem no comercial, podendo, contudo, a sua manutenção no foro criminal ainda ser vantajosa. Para a abolição no foro cível e no comercial valeriam as razões da indissociabilidade da matéria de facto e do direito nas causas cíveis e a necessidade da fundamentação das decisões, razões que não valeriam no foro criminal, onde ainda se apresentaria a vantagem de limitar o abuso pelos juizes letrados (Menezes e Castro, 1920: 42 a 46).

tempos conturbados do final do século XIX e no início do século XX estava associada à multiplicação dos instrumentos de interferência do governo no poder judicial. Não obstante o amplo regime de garantias constitucionais e legais dos juizes letrados, que fazia depender do Supremo Tribunal de Justiça ou do Conselho Disciplinar da Magistratura Judicial, eleito por aquele, o exercício do poder disciplinar, a transferência, a promoção, a confirmação da suspensão régia, a colocação no quadro e a aposentação por inabilidade de juizes letrados ⁷⁶³ e que era coroada pela garantia última da nomeação por antiguidade dos juizes do Supremo (artigo 130 da Carta),⁷⁶⁴ a trama dos

⁷⁶³ A primeira tentativa de criação de um órgão de jurisdição disciplinar da magistratura foi a realizada pela Lei de 10.4.1849, que não resultou na prática apesar dos esforços de Navarro de Paiva e Alexandre Seabra. Este diploma previa a existência de conselhos disciplinares nos tribunais superiores que eram compostos pelos presidentes dos respectivos tribunais e por quatro dos seus juizes, tirados à sorte, e tinham competência para “advertir e corrigir as faltas dos juizes, cometidas dentro ou fóra do exercício de suas funções, que não tendo a qualificação de crimes ou erros de officio, mostram, contudo, esquecimento e desprezo da dignidade da Magistratura e do zeloso cumprimento de seus deveres”. As penas aplicáveis eram a de censura simples ou a de censura severa, que tinha uma maior publicidade, e ainda a de suspensão de um a dois meses, sem vencimento, no caso de reincidência, tendo anteriormente sido aplicada uma censura severa. Os projectos de Navarro de Paiva (1874: 176 a 184, 1882 a: 232 a 239, e 1886: 189 a 191) e de Alexandre Seabra (1886 a: 68 e 69) continham uma regulamentação pormenorizada da jurisdição disciplinar baseada na lei de 1849, mas nenhum deles vingou. Também não vingou o já referido projecto de reorganização judiciária do ministro da Veiga Beirão, que previa a criação de um Supremo Conselho da Magistratura Judicial, como uma delegação do Supremo Tribunal de Justiça, presidido pelo ministro da justiça e com competência para apresentar as propostas de promoção, consultar sobre a aposentação e decidir as sanções disciplinares de censura, repreensão ou mesmo suspensão temporária (para uma crítica vigorosa deste projecto, como atentatório da independência da magistratura judicial, António Francisco Tavares, 1887: 65 a 68: “Pois o ministro da justiça há de ir, acompanhado do seu director geral, votar uma pena disciplinar contra um juiz, que é membro d’ um poder independente, e que somente pôde ser julgado, quando commetta crimes, ou erros d’ officio, pela Relação, ou pelo Supremo Tribunal de Justiça conforme a sua cathegoria ? Não pôde ser”). A terceira tentativa do legislador, fruto de um governo ditatorial, teve melhor sorte, levando por diante as ideias do ministro Veiga Beirão. Assim, o Decreto n. 3, de 15.9.1892, regulamentado pelo Decreto de 13.12.1892, criou o Conselho Disciplinar da Magistratura Judicial, que era composto por três juizes do Supremo Tribunal de Justiça, eleitos por um ano e pela totalidade dos membros desse tribunal, e tinha competência para advertir e punir as mesmíssimas faltas do diploma de 1849, com as penas de censura simples, eventualmente em cumulação com a pena de multa e, em caso de reincidência, a de censura severa quando tivesse sido aplicada anteriormente a de censura simples e a de suspensão de um a três meses, com perda de vencimento, quando tivesse sido aplicada a de censura severa. Mais tarde, no ano de 1901, procedeu-se a uma reorganização da secretaria de estado dos negócios eclesiásticos e da justiça, tendo sido constituído um Conselho Superior Judiciário junto do gabinete do ministro. Este conselho era composto por um juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, dois juizes do Tribunal da Relação de Lisboa, um juiz de direito de primeira instância e um ajudante do procurador geral da coroa, todos nomeados pelo rei por três anos. Contudo, este Conselho tinha competência apenas para dar parecer sobre os assuntos da administração da justiça e da interpretação ou execução de leis relativas às magistraturas e aos funcionários judiciais (artigo 9 do decreto de 21.9.1901). No final da monarquia constitucional, a doutrina insistia ainda na necessidade da criação de conselhos disciplinares diversos e graduados até a um Supremo Conselho da Magistratura, que tivessem a exclusividade do poder disciplinar e de inspecção (Faro de Noronha, 1908: 131).

⁷⁶⁴ A promoção ao Supremo Tribunal de Justiça apenas por antiguidade constituía a garantia última da independência da magistratura e, portanto, de que a consulta afirmativa para a transferência por conveniência de serviço de um juiz de primeira instância no continente e nas ilhas, a organização das listas de promoção dos juizes, a ratificação judicial da suspensão decretada pelo rei e a consulta

interesses políticos não deixou de se repercutir na gestão da magistratura judicial. A faculdade do governo de preterição entre os juizes constantes da lista tríplice apresentada pelo Supremo Tribunal de Justiça para a promoção, a manipulação das colocações dos magistrados nas comarcas conforme a conveniência do governo, a conivência do governo com a ausência dos juizes letrados das comarcas ou a nomeação destes juizes para comissões de serviço e a sua substituição por pessoas sem qualificações e dependentes do partido do ministro e até a modificação da classificação das comarcas com vista a desalojar os magistrados titulares que não fossem do agrado do governo permitiram aos sucessivos governos exercer um controlo, umas vezes disfarçado e outras vezes ostensivo, sobre os juizes letrados.⁷⁶⁵ A situação periclitante

afirmativa para a colocação no quadro de um juiz de primeira ou de segunda instância no continente e nas ilhas não eram objecto de interferência do poder político. Por outro lado, os três membros do Conselho Disciplinar da Magistratura Judicial, a quem competia o exercício do poder disciplinar, eram juizes conselheiros, que se encontravam na mesma situação de independência face ao governo dos restantes conselheiros por quem tinham sido eleitos. Não é, por isso, correcta a tese de Carlos Fraga, segundo a qual a regulamentação do poder disciplinar de 1892 “trazia, em si, o germen da destruição da independência dos juizes” (Carlos Fraga, 2000: 105). Os verdadeiros perigos para esta independência eram outros. Ao governo ainda restavam dois meios de influir indirectamente no comportamento dos juizes conselheiros, que eram a faculdade de, com consulta afirmativa do Conselho de Estado, impor a colocação no quadro de qualquer juiz do Supremo Tribunal de Justiça e a determinação pelo governo de uma sindicância extraordinária a qualquer magistrado do Supremo, o que implicava a imediata suspensão do mesmo. Igualmente radical e, por isso mesmo, incorrecta é a tese de Luís Azevedo, segundo a qual “não existiu independência judicial em Portugal, no período de 1820 a 1974” (Luís Azevedo, 2001: 82). O autor parte de um duplo conceito de independência “externa” e “interna”, que não testa diante dos sucessivos regimes legais, bastando-se com referências esparsas a atitudes pessoais de alguns magistrados e com base nelas extrapolando para a referida conclusão.

⁷⁶⁵ António Francisco Tavares, 1887: 81 e 82, Afonso Costa, 1899: 337 e 372, Alberto dos Reis, 1905: 340, e 1909: 386, Abel do Valle, 1907: 49 e 51, Trindade Coelho, 1908: 560 a 564, e Abraão de Carvalho, 1915: 24, e, já anteriormente, um juiz de segunda instância não identificado, em um escrito anónimo, resumia as queixas da magistratura nestas palavras: “de tal ordem é esta independencia, tão bem acautelada está ella nas leis, que o magistrado pôde sempre ser preterido pelo governo no seu accesso de classe em classe, e ainda para a Relação, e desattendido e desconsiderado em todas as suas pretensões na escolha de logares. A independencia do poder judicial entre nós, se não é um epigramma legal, é pelo menos uma promessa fallaz da nossa constituição politica, que não encontrou execução nas leis organicas posteriores” (Autor anónimo, 1886: 299), e que a Revista dos Tribunaes anos mais tarde secundava (“a independencia do poder judicial está longe de ser um facto real da vida prática e collectiva d’ essa instituição, para ser apenas uma aspiração da classe que o representa”, Revista dos Tribunaes, 1895: 369). A situação em Portugal era, ainda assim, consideravelmente melhor do que a vivida pelos magistrados judiciais franceses. Os princípios da nomeação através de concurso e da progressão na carreira de acordo com um “quadro de progressão” elaborado por uma comissão de magistrados só foram consagrados em França através do Decreto de 18.8.1906, posteriormente modificado pelo Decreto de 8.2.1908. Até então as carreiras dos juizes letrados e, designadamente, a nomeação e a progressão na carreira, encontravam-se na inteira dependência do governo. O diploma de 1906 constituiu uma nova etapa, “fundando a legitimidade do magistrado não mais na notabilidade, mas no mérito e reforçando a ligação entre o recrutamento e a progressão” (Jean-Pierre Royer, 1996: 632, e Robert Charvin, 1968: 187, 188). No entanto, mesmo esta solução permitia uma grande discricionariedade devido ao número elevado de juizes que constavam do quadro, agravada ainda pela circunstância de o ministro da justiça poder excluir candidatos admitidos pelo concurso e nomear juizes suplentes se os admitidos não fossem suficientes (Marcel Rousset, 1948: 87 a 89, e Robert Charvin, 1968: 198 e 199). Por outro lado, o ministro

dos magistrados judiciais, que era especialmente grave no caso dos juizes candidatos a deputados, pois “semelhante elegibilidade contamina-os, naturalmente, do virus das paixões e torna-os dependentes dos ministros”,⁷⁶⁶ não tinha paralelo no que toca aos jurados, que constituíam o verdadeiro garante prático da subsistência do paradigma judicial liberal.⁷⁶⁷

A reforma do júri ainda foi tentada pelos seus mais árdios defensores, o ministro Arthur Montenegro, na sua proposta de reforma judiciária, apresentada nas sessões da Câmara dos deputados de 22 e 23.8.1905, e o ministro Francisco de Medeiros, nos seus estudos de 1905 e na sua proposta legislativa de 1909.

Arthur Montenegro advertiu claramente para o perigo de que os magistrados judiciais, “costumados a julgar criminosos, se inclinem a considerar antecipadamente como culpados todos os accusados”, sendo este perigo “sobretudo para reccar num país cuja magistratura, pelas necessidades da sua vida profissional, tem uma educação accentuadamente civilista, antes habituada a estudar processos que a prescrutar consciencias”.⁷⁶⁸

mantinha as prerrogativas da promoção para os postos mais altos da hierarquia judiciária e da colocação onde bem entendesse dos magistrados inscritos no quadro de progressão. O regime da transferência e da aposentação dos juizes letrados era menos arbitrário, sendo exigido o parecer positivo prévio da *Cour de Cassation* constituída para o efeito em Conselho Superior da Magistratura. A atribuição à *Cour de Cassation* do poder disciplinar e de expulsão de magistrados indignos, pelo *senatus-consulto* de 16 *thermidor* do ano X e pela Lei de 30.8.1883, não evitou as perseguições disciplinares motivadas pelo posicionamento político dos juizes, tendo esta mesma lei previsto a suspensão por três meses da garantia da inamovibilidade, o que permitiu o afastamento de 614 magistrados (Alain Noyer, 1966: 96, e Robert Charvin, 1968: 196). O ministro da justiça manteve um poder considerável com a lei de 1883, tendo o direito de desencadear investigações, o de reprimenda e o de “controlo da ortodoxia política” dos magistrados (Marcel Rousselet, 1948: 90 e 91, e Jean-Pierre Royer, 1996: 620). Acresce que a manipulação da colocação dos juizes e da progressão na carreira, a cumulação de funções judiciais e políticas e até a atribuição de condecorações eram utilizadas como “procedimentos oblíquos” de interferência do governo no poder judicial (Jean-Pierre Royer, 1996: 593). A “regra de ouro” para um carreira na magistratura judicial era “não somente a de aderir aos ideais que propagam as pessoas da situação mas também, senão mesmo sobretudo, de poder dizer que se odeia ou que se sofreu vergonhosamente vilanias do regime precedente (*non seulement d’adhérer aux idéaux que propagent les gens en place mais aussi et sinon même surtout de pouvoir dire que l’on hait ou que l’on a honteusement souffert des vilénies du régime précédent*, Jean-Pierre Royer, 1996: 542).

⁷⁶⁶ Trindade Coelho, 1908: 560 e 561.

⁷⁶⁷ Chaves e Castro, 1910: 182 e 183.

⁷⁶⁸ Arthur Montenegro, 1905: 48. Em sentido semelhante, Caeiro da Matta, considerando que o júri criminal era um meio de “pôr termo ao divorcio que pôde existir, e frequentemente existe, entre a justiça legal, secca, abstracta e formalista, administrada pelos juizes togados, e a justiça real, flexivel, progressista, continuamente variavel consoante a transformação das condições da sociedade”. O autor entendia, no entanto, que o júri criminal não constituía uma garantia constitucional em face do disposto no artigo 145 da Carta (Caeiro da Matta, 1909: 175, 176 e 228, e 1911 b: 22 e 59). Já anteriormente, Henriques da Silva (1906: 157) tinha chegado a idêntica conclusão, argumentando que o artigo 145 da Carta omitia qualquer referência ao júri e “tal instituição tanto pode ser favoravel como prejudicial aos réus ... além de que a sua decisão é irrevogável, privando o réu de recurso contra a decisão de facto”.

A proposta do ministro reformava consideravelmente os critérios e o modo de recrutamento dos jurados, por um lado, estabelecendo três classes censitárias consoante a natureza da receita dos indivíduos e diminuindo o número mínimo dos recenseados e, conseqüentemente também, reduzindo a sete o número de jurados em cada julgamento,⁷⁶⁹ e por outro, atribuindo exclusivamente ao juiz as tarefas de recenseamento dos jurados, com fiscalização pelo Ministério Público e recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das suas decisões. A competência dos jurados era restringida, excluindo-se a quesitação dos factos provados por documentos autênticos ou autenticados e dos factos confessados, excepto se o réu se retratasse durante a audiência ou o Ministério Público requeresse a intervenção do júri para apreciação destes factos. Por sua vez, a redacção dos quesitos era simplificada, “procurando desdobrar os factos em elementos simples, onde se contenham todos os dados do crime, tal como a lei o define”, mantendo-se, contudo, o relatório do juiz no final da audiência de julgamento e o controlo das respostas do júri pelo juiz.⁷⁷⁰ A proposta não foi sequer discutida.

Com o objectivo de “dignificar o jury criminal, tão desconceituado no apreço publico”, Francisco de Medeiros propôs uma reforma ainda mais ampla da instituição do júri⁷⁷¹ e, designadamente, a fixação para as operações de recrutamento de um critério censitário supletivo, mas muito amplo, que devia ter em conta “todas as manifestações exteriores de riqueza”,⁷⁷² a intervenção de nove jurados e um suplente nos distritos criminais e nas comarcas capital de distrito e de sete jurados e um suplente nas restantes comarcas⁷⁷³ e a possibilidade da escolha pelo juiz de jurados com conhecimentos especiais em caso de “objecto cuja apreciação exija conhecimentos

⁷⁶⁹ A proposta da comissão nomeada pelo governo em 1890 para proceder a um projecto de lei de organização judiciária já previa a composição do júri com apenas sete jurados e um suplente, sendo de cinco votos conformes a maioria para a condenação em processo crime (Abel Pereira do Valle, 1907: 70). A proposta não vingou, mas a sugestão de modificação da composição do júri seria mais tarde recuperada.

⁷⁷⁰ Arthur Montenegro, 1905: 55 e 62.

⁷⁷¹ O autor já há muito se tinha pronunciado criticamente sobre o funcionamento do júri (Francisco de Medeiros, 1877: 54), afirmando que, se nem todas as decisões de absolvição do júri contrariavam os princípios da justiça, a verdade é que “é tão triste e irrecusavelmente eloquente o levantado numero d’ ellas perante o jury, que, se os abusos d’ este não procederam de vicios na sua organização e da fallibilidade e malevolencia dos juizos humanos, acarretariam sobre tal instituição a reprovação da consciencia publica e a justa maldição da historia”. Francisco de Medeiros começou por apresentar as suas propostas doutrinárias em 1905, tendo depois, já no exercicio das funções de ministro de justiça, elaborado um conjunto de projectos em 1909, que consagravam as suas teses.

⁷⁷² Francisco de Medeiros, 1909: 110 e 111.

⁷⁷³ Francisco de Medeiros, 1905: 64, e 1909: 111.

especiais de alguma sciencia ou arte”.⁷⁷⁴

O autor propunha também uma reformulação profunda do modo de funcionamento do júri, tendo as alterações uma repercussão directa na estrutura do processo ordinário. Assim, o relatório do juiz no final da audiência era suprimido, pois ele era o “lado fraco, por onde é costume ferir estes magistrados na sua imparcialidade a respeito dos julgamentos do jury”,⁷⁷⁵ a faculdade de anulação das respostas pelo juiz era restringida ao caso de decisão do júri por maioria⁷⁷⁶ e a intervenção do júri misto reservada ao caso de segundo julgamento por anulação das respostas de um anterior júri.⁷⁷⁷

A reforma da composição e do modo de funcionamento do júri justificariam, segundo o ministro, a revisão da respectiva competência no sentido do seu alargamento aos crimes de moeda falsa, de anarquismo e de abuso de liberdade de imprensa, salvo quando não fosse admissível prova sobre a verdade dos factos imputados, e a todas as causas julgadas em processo correccional quando as partes estivessem de acordo,⁷⁷⁸ tendo conseqüentemente o ministro proposto a extinção dos tribunais colectivos de primeira instância.⁷⁷⁹ Por outro lado, o júri devia pronunciar-se ainda que os factos tivessem sido confessados ou estivessem provados por documentos autênticos ou autenticados e podia declarar qualquer circunstância modificativa do facto principal que tivesse por efeito a diminuição da pena ainda que ela fosse contrária às conclusões dos peritos e às declarações ajuramentadas dos ofendidos, afastando-se assim explicitamente alguma jurisprudência contrária. Coroando esta competência muito ampla, ao júri era mesmo atribuído o direito de representação oral não vinculativa sobre a pena.⁷⁸⁰

⁷⁷⁴ Francisco de Medeiros, 1909: 103 e 112.

⁷⁷⁵ Francisco de Medeiros, 1905: 45, e 1909: 50 e 61.

⁷⁷⁶ Francisco de Medeiros, 1905: 46 e 62, e 1909: 104 e 113. O autor revia a sua posição anterior favorável à interposição de recurso pelas partes para um segundo júri em face da possível multiplicação dos recursos nos processos mais graves.

⁷⁷⁷ Francisco de Medeiros, 1905: 65, e 1909: 105 e 113.

⁷⁷⁸ Francisco de Medeiros, 1905: 62, e 1909: 98, invocando o autor o precedente legal do artigo 401 do CPC e a inexistência de “motivo plausível para se exagerar o amor da correccionalização a ponto de não se consentir” a intervenção do júri quando as partes nisso estivessem de acordo.

⁷⁷⁹ Francisco de Medeiros, 1909: 34, 60 e 76.

⁷⁸⁰ Francisco de Medeiros, 1905: 60, e 1909: 106 e 113. Em França, a participação do júri na determinação da pena tornou-se uma questão magna da reforma do processo a partir da publicação da tese de André Bougon. Este autor advogava, por um lado, a introdução do escabinato para julgamento dos delitos e, por outro, o julgamento exclusivo pelos jurados da materialidade dos crimes, da culpa do agente e do carácter ilícito do facto e a determinação da pena pelos jurados em conjunto com os juizes letrados, o que tornava dispensável a manutenção do questionário (André Bougon, 1900: 128 a 135, 147 e 148). Mais tarde, surgiram outras propostas, destacando-se as propostas conservadoras de René Garraud e

Se Francisco de Medeiros também não conseguiu fazer vingar a sua proposta de 1909, que sucumbiu com a queda da monarquia, o destino dela não foi, contudo, o esquecimento, pois o legislador republicano, imbuído do mesmo espírito de reforma da instituição do júri criminal, recuperou algumas das mais significativas inovações sugeridas pelo ministro monárquico.

2. A criação da jurisdição penal da marinha mercante e da jurisdição penal aduaneira

A outra vertente da crise do paradigma judiciário liberal foi a do surgimento de jurisdições criminais especiais. O princípio da unidade da organização judiciária criminal, pedra de toque do ideário liberal, começou a esboroar-se na década de sessenta com a criação de uma jurisdição criminal especial da marinha mercante e com a criação vinte anos depois de uma jurisdição criminal fiscal autónoma.

A Lei de 4.7.1864 aprovou o Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, que as Cortes tinham decretado na sessão de 17.6.1864, seguindo de muito perto o modelo do *Décret Disciplinaire et Pénal pour la Marine Marchande*, de 24.3.1852.

Tal como dispunham os artigos 1 e 3 daquele diploma do final da Segunda República francesa, a lei portuguesa determinava a sua aplicabilidade aos nacionais e estrangeiros empregados ou recebidos a bordo de uma embarcação portuguesa, particular ou pública, destinada à navegação ou à pesca.⁷⁸¹ A lei previa a existência de

Pierre Garraud (1926: 469 a 472, 653 a 663), que sugeriam a participação, a título consultivo, dos juizes letrados na deliberação sobre a culpa e a deliberação conjunta dos juizes letrados e dos jurados sobre a pena no julgamento de crimes, mas se opunham à participação popular na jurisdição correccional, fosse ela por intermédio de escabinos ou de jurados ou apenas de um júri correccional da pena. Mais radicais foram as propostas de Donnedieu de Vabres (1929: 133 e 134) e de André Toulemon (1930: 270 a 272), que sustentavam que os jurados e os juizes letrados deviam deliberar conjuntamente sobre a culpa e a pena, devendo o júri actual manter-se, no parecer deste segundo autor, para o julgamento dos crimes políticos.

⁷⁸¹ O surgimento desta nova jurisdição especial suscitava o problema da sua compatibilização com as já existentes e, designadamente, com a militar. O militar que cometesse um delito marítimo a bordo de um

contravenções, que constituíam um catálogo misto de algumas condutas ilícitas concretas e de uma cláusula geral (“quaesquer factos de negligencia que constituirem apenas uma falta leve”, artigo 17) e eram puníveis, entre outras penas, com prisão até oito dias, ferros até quatro dias e prisão em lugar fechado até cinco dias, de delitos, que constituíam um catálogo fechado de condutas ilícitas puníveis com prisão de oito dias até três anos, com ferros até vinte dias ou com multa até 30.000 ou 10.000 réis, consoante a patente do delinquente, e de crimes, que também constituíam um catálogo fechado de condutas ilícitas puníveis com as penas da lei ordinária, salvo disposição em contrário do novo código.⁷⁸²

Os crimes eram punidos nos tribunais comuns, as contravenções pelas autoridades marítimas civis e consulares enunciadas neste diploma, não se prevendo recurso da decisão destas, e os delitos nos Tribunais Marítimos estabelecidos por este código, que consagrava deste modo a doutrina dos artigos 2 e 22 do diploma napoleónico.

O processo para conhecimento dos delitos marítimos iniciava-se, após a notícia do delito, com uma instrução sumária por um conselho de averiguação composto pelo capitão, pelo piloto e pelo contramestre, em que se procedia ao registo das diligências, sendo os autos posteriormente remetidos officiosamente ao capitão de porto ou ao comandante do navio de estado ou ao cônsul, consoante os casos, para decidir sem recurso da convocação e composição do tribunal marítimo e da designação do relator.⁷⁸³

A composição do tribunal dependia do porto onde fosse formado, mas tinha sempre cinco membros,⁷⁸⁴ tendo nele assento o capitão do porto, o comandante do navio

navio mercante deveria ser julgado pelo conselho de guerra e não pelo tribunal marítimo, salvo se o militar fosse co-participante em delito cometido por civis (Delgado de Carvalho, 1898: 321).

⁷⁸² Todas as infracções previstas neste código, incluindo as que se reportavam a meras faltas de disciplina, eram, como conclui o Professor Figueiredo Dias, “na essência ilícitos de natureza penal”, integrando as contravenções o ilícito criminal administrativo (parecer da Comissão Constitucional n. 1/81, p. 109, e, depois, também o parecer n. 7/82, p. 215).

⁷⁸³ A doutrina aproximava este processo do de polícia correccional no foro comum e do processo militar atenta a sua celeridade (Delgado de Carvalho, 1898: 320). Contudo, a regulamentação da fase instrutória do processo transcrevia as disposições do direito francês (artigos 26 e 28 do decreto francês de 1852). No que respeita às contravenções, a lei não estabelecia qualquer forma de processo o respectivo julgamento, fixando apenas um princípio de instrução livre da causa e de auto-limitação da autoridade disciplinar no artigo 55 (Caeiro da Matta, 1911 a: 277).

⁷⁸⁴ Precisamente como previam os artigos 12 a 15 do decreto francês. Sobre a composição e a competência do tribunal e do cônsul, Delgado de Carvalho, 1898: 314 a 317, Alberto dos Reis, 1909: 125 a 128, e Chaves e Castro, 1910: 125. Este autor considerava estes tribunais como uma jurisdição penal de excepção.

do estado ou o cônsul, consoante o feito fosse julgado em porto do continente, das ilhas adjacentes ou das colónias, em porto estrangeiro ou em porto estrangeiro em que não houvesse navio de guerra português.⁷⁸⁵

No início da audiência de julgamento procedia-se à leitura das peças do processo “tanto contra como a favor do acusado” (artigo 77). O presidente estava investido de um poder discricionário com vista à descoberta da verdade, procedia à inquirição das testemunhas⁷⁸⁶ e, no final, elaborava um “relatório claro e resumido dos factos, sem todavia expor a sua opinião pessoal sobre a culpabilidade ou inocência do réu” (artigo 82).

O tribunal decidia, por maioria e em sentença motivada, sobre a culpa e a pena, sendo o presidente o último a votar.⁷⁸⁷

A participação da autoridade que decidia da indicição do réu e da sua sujeição a julgamento na composição do órgão que julgava o feito punha em causa o princípio da acusação. A possibilidade de aquela autoridade influenciar os restantes membros do colectivo era, no entanto, restringida pelo legislador quer por via da fixação da ordem da votação dos membros do colectivo quer através da própria limitação do teor do relatório final do presidente do tribunal sobre a prova.

Mais grave era o desrespeito pelo princípio da imediação. Se, por um lado, a presença do réu na audiência de julgamento era obrigatória, por outro, o tribunal podia decidir apenas com base na prova produzida diante do conselho de averiguação.⁷⁸⁸

Ao invés da regulamentação do processo na primeira instância, o regime de recursos afastava-se do da lei francesa. O diploma português previa a irrecorribilidade das sentenças condenatórias em pena concreta que não excedesse um mês de prisão ou

⁷⁸⁵ A composição destes tribunais foi alterada pelo Decreto n. 12.249, de 2.9.1926, mantendo-se o número de membros e actualizando-se apenas as designações dos funcionários que faziam parte do tribunal.

⁷⁸⁶ Embora a lei o não previsse expressamente, o registo da prova produzida na audiência de julgamento era considerado obrigatório pela doutrina, pois de outro modo “podia ficar prejudicado o recurso de apelação” (Delgado de Carvalho, 1898: 321).

⁷⁸⁷ As disposições respeitantes à leitura das peças do processo, ao poder discricionário do presidente, à inquirição das testemunhas, à elaboração do relatório pelo presidente, sem menção da sua opinião pessoal, e às regras de votação constituem a reprodução literal dos artigos 31, 33, 34, 35 e 36 do já referido diploma napoleónico.

⁷⁸⁸ O código previa que a regulamentação da forma de processo fosse completada pelos formulários oficiais anexos, mas a doutrina (Dias da Silva, 1906: 396) apontava a existência de contradições importantes entre o disposto na lei e nos formulários. Com efeito, no que toca ao regime da leitura do processo preparatório na audiência de julgamento, a formulário n. 20 estipulava que fosse feita na ausência do réu, depreendendo-se do disposto nos artigos 70 a 82 do diploma o inverso. O recurso pelos práticos ao formulário oficial tinha, pois, um efeito ainda mais nocivo para o princípio da imediação.

10.000 réis de multa e a admissibilidade da interposição de recurso de sentenças condenatórias em penas superiores para o Supremo Tribunal de Justiça Militar, que decidia em “segunda e última instância” (artigo 90, § único).⁷⁸⁹

O objecto do recurso e os poderes do tribunal de recurso eram os fixados nas Leis de 1.7.1834 e 9.12.1836, que regulavam a composição, a competência e o processo aplicável no Supremo Tribunal de Justiça Militar.⁷⁹⁰

O amplo objecto do recurso, que incluía o controlo das nulidades insanáveis e da falta de “informações necessárias para o descobrimento da verdade”, e os poderes do tribunal de recurso de determinação, no primeiro caso, do reenvio dos autos para novo julgamento por um tribunal formado por membros diversos dos que tinham composto o tribunal recorrido e, no segundo caso, da baixa ao tribunal recorrido para junção dos esclarecimentos ordenados permitiam uma sindicância da justeza da decisão sobre a matéria de facto e dos gravames cometidos ao réu pela instância. Deste modo, os efeitos das graves deficiências do decreto napoleónico na regulamentação do processo na primeira instância, repetidas quase textualmente pelo legislador português, podiam ainda ser evitados por força da única especialidade da lei portuguesa: um regime de nulidades e recursos muito generoso.

A jurisdição criminal aduaneira, com uma organização judiciária autónoma e um processo penal próprio, nasceu já na década de oitenta.

Ao abrigo da Lei de 31.3.1885, o governo publicou o Decreto n. 5, de 17.9.1885, que regulamentava o processo administrativo de repressão do contrabando, descaminho e transgressões fiscais.

Embora a responsabilidade civil e criminal proveniente destes ilícitos fosse objecto da legislação comum, o decreto do governo atribuiu competência às autoridades fiscais para proceder à investigação e ao julgamento dos crimes de contrabando, descaminho e transgressões fiscais com vista à aplicação da pena de multa, ficando reservada aos tribunais comuns a determinação, com base nos mesmos autos

⁷⁸⁹ Em face de dúvidas relativas ao prazo e ao efeito de interposição do recurso, a Portaria de 30.6.1864 esclareceu que o recurso era de apelação, “porque manda julgar o processo pelo supremo tribunal de justiça militar em segunda e ultima instancia”. Em face deste esclarecimento eram aplicáveis as disposições gerais da Novíssima relativas ao prazo e ao efeito da interposição do recurso, isto é, ele devia ser interposto dentro de dez dias ininterruptos contados da publicação da sentença e tinha efeito suspensivo.

administrativos, das penas de prisão.⁷⁹¹

O processo administrativo começava com a apreensão ou a participação, não podendo a entidade apreensora instruir nem julgar o processo. A autoridade administrativa competente proferia despacho fundamentado sobre a subsistência da apreensão, sendo admissível a contestação pela entidade apreensora do despacho que julgasse insubsistente a apreensão e a contestação pelo réu do despacho que a julgasse subsistente.⁷⁹² Não contestando o réu, deveria ele proceder ao depósito do máximo da multa e, contestando, deveria produzir prova, cabendo no final da instrução despacho do director da alfândega ou do chefe do distrito fiscal. Deste modo, a mesma autoridade fiscal que julgava subsistente a apreensão instruíam o processo e aplicava a pena de multa, salvo nos casos em que a instrução tivesse decorrido diante de um chefe de delegação ou de um chefe de secção, que instruíam o processo, mas deviam remetê-lo, finda a instrução, ao director da alfândega ou ao chefe do distrito fiscal para decisão. Este despacho final admitia recurso para o ministro da fazenda quando o valor do processo excedesse a alçada da autoridade fiscal, sem prejuízo da remessa do processo à administração geral das alfândegas, mesmo quando não fosse interposto recurso, “como

⁷⁹⁰ Neste tocante residia a única especialidade do processo aprovado pela lei portuguesa. O artigo 45 do decreto francês previa a irrecorribilidade das decisões do tribunal marítimo, com a excepção do recurso no exclusivo interesse da lei nos casos previstos no artigo 441 do *Code d'Instruction Criminelle*.

⁷⁹¹ A lei nova separava radicalmente a competência para aplicação das multas da competência para aplicação das penas de prisão, atribuindo uma e outra a diferentes órgãos, de modo que o tribunal comum já não podia, como à luz da Novíssima fazia, impor multas embora não condenasse em penas corporais (Dias da Silva, 1887: 32). A questão dogmática mais importante que se colocou foi a de saber se o tribunal comum podia não aplicar a pena de prisão em vista da defesa produzida pelo réu já anteriormente condenado na jurisdição aduaneira em pena de multa, reconhecendo-lhe essa liberdade a doutrina (O Direito, 1912: 124 e 125). O Tribunal Superior do Contencioso Fiscal, em acórdão de 14.5.1911 (O Direito, tomo 44, 1912, pp. 125 e 126) julgou mesmo que o tribunal comum podia absolver o réu já anteriormente condenado à revelia na jurisdição aduaneira, constituindo a sentença do tribunal comum fundamento para a revisão da decisão do tribunal aduaneiro.

⁷⁹² A contestação do réu podia visar um de três fins: ou provar a sua inocência ou provar que o crime era menos grave ou que não se tratava de crime, mas apenas de transgressão. A contestação do apreensor, participante ou denunciante tinha como objectivo a prova da existência de delito ou de transgressão ou a prova de delito ou transgressão diversos dos indiciados. A opção do apreensor, participante e denunciante entre a contestação e o recurso devia guiar-se pelo seguinte critério: “se no processo existe já prova suficiente do delicto ou transgressão, use-se do recurso; se convém reforçar essa prova, da contestação”. Esta recomendação do legislador, que constava do n. 55 do “Manual do Processo do Contencioso Fiscal para Uso das Auctoridades Instructoras e dos Apprehensores e Participantes” aprovado pelo Decreto de 8.6.1894, era raramente observada, embora a doutrina lhe reconhecesse “muito valor”, pois o processo sem provas em que fosse interposto recurso findaria na segunda instância e com a contestação sempre poderiam ser juntas novas provas. A doutrina propunha também que, na dúvida, devia optar-se pela contestação e, concorrendo o recurso de uns apreensores e a contestação de outros, também devia o processo seguir os termos ulteriores à contestação (Francisco Teixeira, 1897: 133 a 135, e Seraphim Assumpção, 1904: 47 e 48). A jurisprudência do Tribunal Superior ia em sentido inverso (Seraphim Assumpção, 1899: 134).

meio de superiormente se apreciar a administração da justiça fiscal” (artigo 37, § único).

O processo judicial começava com a remessa oficiosa de uma participação pela administração geral das alfândegas aos tribunais para aplicação das penas de prisão quando o delito fosse punível com essa pena, nos termos da legislação em vigor, isto é, dos artigos 353 e 354 da Novíssima.

Depois do ensaio do legislador da Novíssima de criação de uma forma de processo especial para julgamento dos crimes que não fossem puníveis com pena corporal, o legislador experimentava agora proceder a uma administrativização total da aplicação das penas de multa.⁷⁹³ Deste modo, o legislador não só aumentava substancialmente o âmbito da competência da autoridade fiscal em relação ao regime da Novíssima, conferindo-lhe uma competência jurisdicional para aplicação de penas de multa, como simultaneamente consagrava o princípio da competência criminal bipartida para conhecimento e julgamento dos crimes de contrabando e descaminho.

Este princípio seria reforçado pela publicação do Decreto de 29.7.1886, que organizou o contencioso fiscal.⁷⁹⁴

Este diploma criou dois Tribunais Especiais de Contencioso Fiscal, em Lisboa

⁷⁹³ A competência litigiosa da autoridade fiscal para julgar os crimes de contrabando e descaminho foi introduzida logo em 1849, mas em termos muito restritos. A autoridade fiscal julgava subsistente a tomada e podia ordenar a divisão imediata do seu produto, de acordo com o disposto no Decreto de 29.12.1849, quando não houvesse réu conhecido ou este não contestasse, independentemente do valor da apreensão, ou quando houvesse contestação, mas o valor da apreensão não excedesse 60.000 réis. As instruções “para regular o serviço da fiscalização externa das alfândegas marítimas e da raia”, constantes da Portaria de 5.4.1865, mantiveram e até alargaram esta competência, prevendo que no caso de pagamento voluntário da multa ou no da falta de contestação pelo dono da mercadoria apreendida a autoridade fiscal julgava válida a tomada, “ficando assim terminado o processo” (artigo 39 da Portaria de 5.4.1865). Se o réu tivesse abandonado a mercadoria apreendida e não tivesse feito declaração alguma após a apreensão, entendia-se que tinha renunciado à contestação e ao recurso (Francisco Gomes de Sousa, 1875: 55). O processo só era remetido à autoridade judicial, em conformidade com o disposto no artigo 352 da Novíssima, quando houvesse contestação e o valor da apreensão excedesse o da competência da autoridade fiscal. Não excedendo esta quantia, mas tendo a apreensão sido contestada, esta autoridade julgava o processo, cabendo recurso da sua decisão apenas para o ministro da fazenda.

⁷⁹⁴ Este diploma e os que lhe seguiram, tendo por objecto as causas de tomada ou apreensão por contrabando ou descaminho, revogaram os artigos 349 a 354 da Novíssima (Dias Ferreira, 1892: 118). Caetano Gonçalves (1906: 23) censurava a existência de “uma dupla jurisdição criminal”, competindo à justiça aduaneira a aplicação da pena de multa e à justiça comum a aplicação da pena de prisão pelo mesmo delito e no mesmo processo. Já anteriormente, a legalidade e a conveniência da reforma de 1885 tinha sido objecto de uma crítica profunda pela Revista de Legislação e Jurisprudência (1885: 484 a 486), acompanhada por António Teixeira de Magalhães (1890: 248). A Revista censurava a transferência para o poder administrativo da competência jurisdicional relativa às sanções pecuniárias aplicáveis aos descaminhos e transgressões, bem como a atribuição de metade do produto da multa e do produto total das mercadorias apreendidas aos apreensores. O argumento crítico da Revista, na sua fórmula mais sintética, podia valer para a reforma legislativa ulterior: “Deste modo entregou-se aos agentes fiscaes a parte útil e proveitosa para elles, que é a condenação do cidadão em perda dos objectos apprehendidos e

e no Porto, com competência para julgar em primeira instância e apenas “na parte fiscal” os crimes de contrabando e descaminho cometidos no reino (artigo 28).⁷⁹⁵ A competência criminal fiscal restringia-se à aplicação das penas de multa, demissão e suspensão previstas na lei para o cometimento destes crimes, sendo a aplicação das penas de prisão da competência dos tribunais comuns.⁷⁹⁶

O tribunal especial era composto por um director da alfândega, um auditor, com funções de relator, e um membro da associação comercial de Lisboa ou do Porto, mas funcionava desde que estivessem presentes dois dos seus membros, contanto que um deles fosse o auditor. O tribunal tinha alçada de 60.000 réis, regulando-se o valor do processo pelo valor dos objectos apreendidos e pela importância da multa aplicável e ressalvando-se que não havia alçada em questões de competência ou excesso de jurisdição.

O auditor era nomeado pelo governo pelo período de seis anos, precedendo concurso documental, sendo requisito para o exercício destas funções o serviço durante dois anos na magistratura judicial ou do Ministério Público ou na carreira administrativa. O auditor instruía os processos crimes cometidos nas zonas fiscais das alfândegas de Lisboa e do Porto, instruía e julgava os processos de transgressões cometidas nessa zona e apenas julgava os processos de transgressões cometidas fora dessa zona mas dentro da área de jurisdição do tribunal, tendo a alçada de 50.000 réis.

Além destes tribunais de primeira instância, a lei criou um Tribunal Especial de Contencioso Fiscal de Segunda Instância, junto da administração geral das alfândegas, composto pelo administrador geral das alfândegas, por um auditor e por um membro da direcção da associação comercial de Lisboa e com competência para conhecer dos recursos nos processos crimes e de transgressões. O auditor deste tribunal era, também ele, nomeado pelo governo, mas para o exercício destas funções exigia-se o serviço durante cinco anos na magistratura judicial ou do Ministério Público ou na

em pena pecuniária, e ao poder judicial cometeu-se a parte odiosa e nada lucrativa, que é a imposição da pena de prisão !” (Revista de Legislação e Jurisprudência, 1885: 484).

⁷⁹⁵ O diploma criou também quatro Tribunais Especiais de Contencioso Fiscal, nos quatro distritos administrativos das ilhas adjacentes, com a mesma competência dos do continente e com composição idêntica, sendo o auditor substituído pelo conservador do registo predial e exercendo o director da alfândega as funções de relator.

⁷⁹⁶ A remessa dos autos para os tribunais comuns era muito frequente, pois o Decreto de 29.7.1886 previa a pena de prisão na maior parte dos delitos de descaminho, o que veio a ser alterado pelo Decreto de 30.12.1892, que só previa essa pena para alguns crimes de contrabando. No entanto, o Decreto n. 2, de

carreira administrativa e a sua suspensão ou demissão dependiam de parecer favorável do Supremo Tribunal Administrativo.

A jurisdicionalização integral do processo para punição “na parte fiscal” dos crimes de contrabando e de descaminho, que tinha constituído o objectivo do novo regime do contencioso fiscal, levou o legislador a separar as fases instrutória e de julgamento, confiando a direcção daquela fase a autoridades administrativas ou a um auditor, consoante os casos, e instituindo tribunais e magistrados especiais com competência para julgar aqueles ilícitos.

Contudo, esta jurisdicionalização era meramente nominal e não constituía uma garantia efectiva para o réu atenta a composição dos tribunais de primeira e de segunda instância, que podiam até incluir funcionários públicos da carreira administrativa como auditores relatores. A sujeição ao poder político da decisão final proferida em qualquer processo era outra limitação óbvia à jurisdicionalidade desta forma de processo.

O decreto previa três formas de processo, a comum e duas sumárias, sendo nestas julgadas no prazo de três dias pelo auditor instrutor as transgressões cometidas na zona fiscal da alfândega quando a apreensão fosse declarada subsistente e não houvesse contestação e as transgressões cometidas na área de jurisdição do tribunal, mas fora da zona fiscal da alfândega, quando a apreensão fosse declarada subsistente e não houvesse contestação. Neste segundo caso, como a autoridade instrutora não era o auditor, procedia-se a remessa imediata dos autos de investigação ao auditor para julgamento. Além destas formas sumárias de julgamento, admitia-se ainda a liquidação a pedido da pena de multa, de que cabia recurso independentemente do valor fixado.

O processo comum tinha duas fases, uma instrutória e outra de julgamento, mantendo-se na fase instrutória o disposto no diploma do ano anterior, mas prevendo-se agora a fé até prova em contrário do auto de apreensão e da participação, o registo dos depoimentos das testemunhas, excepto se houvesse renúncia ao recurso ou a entidade instrutora fosse também a competente para o julgamento, e o direito das partes de alegar por escrito depois de produzida a prova.⁷⁹⁷

27.9.1894, revogou o de 1892 e repôs em vigor as penas previstas no de 1886. Só em 1911 a situação voltou a ser alterada, desta feita consagrando-se uma mudança radical do sistema sancionatório.

⁷⁹⁷ A doutrina atribuía ao despacho da autoridade fiscal sobre a apreensão a natureza de uma pronúncia (Dias Ferreira, 1892: 263, Francisco Teixeira, 1897: 181, e Seraphim Assumpção, 1904: 20), tal como o fez o próprio legislador no n. 29 do manual oficial aprovado pelo Decreto de 8.6.1894. A consequência fundamental desta doutrina era, nas palavras do n. 61 do referido manual oficial, a de que “desde o despacho de indicição o processo torna-se propriamente contencioso; de onde resulta que nenhum acto

A fase de julgamento do processo limitava-se, nos processos julgados pelo colectivo, à vista prévia dos autos do processo instrutório pelos membros do tribunal e à conferência dos membros do tribunal e, nos julgados apenas pelo auditor, à prolação da decisão com base apenas na prova produzida na instrução.⁷⁹⁸

Os défices graves na realização do princípio da acusação na primeira instância resultavam da cumulação das funções investigatória e de julgamento nas mãos do auditor no caso dos processos por transgressões cometidas nas zonas fiscais das alfândegas de Lisboa e do Porto e da intervenção do auditor que procedia à investigação, como relator, na composição do tribunal que julgava os crimes cometidos naquelas zonas fiscais. Só nos processos por crimes e transgressões cometidos fora daquelas zonas fiscais, que eram investigados por autoridades fiscais que não o auditor do tribunal especial de primeira instância, era observado aquele princípio.

A violação do princípio da imediação era ainda mais grave, decidindo o tribunal ou o magistrado competente com base apenas nos autos do processo investigatório, nunca vendo o réu e conhecendo apenas as alegações escritas por este juntas no final da fase investigatória.⁷⁹⁹

Além de prever que o despacho que julgasse insubsistente a apreensão ou infundada a participação era sempre recorrível para o tribunal especial de segunda instância e já não para o ministro da fazenda, o diploma admitia também a interposição do recurso de apelação das sentenças da primeira instância para o tribunal de segunda instância quando o valor da causa excedesse a alçada do tribunal ou do juiz recorridos e de quaisquer despachos interlocutórios, em separado e com efeito meramente devolutivo.

deve mais praticar-se sem conhecimento dos que n' elle são partes". Assim, as partes deviam ser notificadas e podiam assistir a toda a produção de prova e a omissão destas formalidades constituía fundamento de anulação do acórdão final (Francisco Teixeira, 1897: 517, e Seraphim Assumpção, 1904: 30 e 61). Por outro lado, até ao despacho de indicição o processo era conservado em segredo e não eram passadas quaisquer certidões do mesmo, como esclareciam as Portarias de 29.3.1895 e de 16.11.1897.

⁷⁹⁸ O Tribunal Especial de Segunda Instância fazia uma interpretação restritiva dos poderes do juiz ou do tribunal de julgamento sobre o objecto do processo. O arguido indiciado por uma transgressão não podia ser condenado por um crime de descaminho, segundo a jurisprudência do tribunal superior (Seraphim Assumpção, 1903: 175). Por outro lado, a sentença não podia condenar outros indivíduos além dos que tinham sido indiciados (Seraphim Assumpção, 1904: 72).

⁷⁹⁹ Para obstar a esta deficiência grave do processo firmou-se uma prática na primeira instância de apresentação de testemunhas pelo arguido logo na fase instrutória inicial do processo, o que merecia, no entanto, o repúdio do tribunal de segunda instância e da doutrina (Seraphim Assumpção, 1904: 15 e 63). Com efeito, nos termos da lei, ao arguido só era admitida a produção da prova documental antes da prolação do despacho de subsistência e a produção de prova testemunhal só tinha lugar depois deste despacho.

O objecto do recurso era muito amplo, incluindo a sindicância oficiosa, em qualquer forma de processo, da falta de formalidades substanciais do processo ou de “algum acto indispensável para a justa applicação das leis fiscaes” (artigo 131).⁸⁰⁰ Reconhecendo a verificação de um destes vícios, o tribunal de recurso podia determinar a anulação do processo no todo ou em parte ou mandar baixar os autos à autoridade recorrida a fim de o processo ser reformado ou completado.

Acrescia a estes meios de impugnação ordinários o recurso extraordinário directo para o tribunal de segunda instância nos processos em que não coubesse recurso ordinário ou, cabendo, em que não tivesse sido recebido recurso ordinário, fundado em alguma violência, preterição de formalidade essencial, denegação de recurso contra a expressa determinação da lei ou qualquer injustiça grave ou notória cometida pela autoridade fiscal ou judiciária.⁸⁰¹ Neste caso, subiam os próprios autos e ouvia-se a autoridade recorrida, podendo o tribunal de segunda instância ordenar a realização de quaisquer diligências que entendesse por bem.⁸⁰²

A consagração de uma muito ampla faculdade de impugnação dos despachos interlocutórios e da decisão final e, sobretudo, de um meio extraordinário de recurso directo por violências e abusos, admissível a todo o tempo e sem a interposição da autoridade recorrida, constituíam os meios com que o legislador procurava prevenir e solucionar os agravos que podiam resultar para o réu dos défices graves na realização dos princípios da acusação e da imediação.

Contudo, estes meios não conferiam ao réu a garantia de uma administração da justiça independente, uma vez que a exequibilidade das decisões do tribunal de segunda

⁸⁰⁰ Da colectânea de acórdãos do Tribunal Superior do Contencioso Fiscal reunida por Seraphim Assumpção e, designadamente, dos acórdãos ns. 21, 33, 45, 85, 113, e, em especial, do n. 87, resulta claramente que este tribunal procedia à valoração dos meios de prova, considerando mesmo insufficiente determinados meios de prova para a condenação (Seraphim Assumpção, 1899: 108 a 141). Esta prática foi reiterada nos anos seguintes, como resulta, entre outros, dos acórdãos ns. 234 e 256 da recolha de 1903 (Seraphim Assumpção, 1903: 169 a 179).

⁸⁰¹ O legislador admitiu também, no número 144 do manual oficial de 1894, que o recurso extraordinário era admissível quando o arguido no processo de apreensão tivesse renunciado aos recursos ordinários, pois “não se tendo renunciado ao recurso ordinario e interpondo-se este, basta, para se lhe dar provimento, que na sentença recorrida tenha havido qualquer injustiça embora leve, qualquer apreciação menos curial dos factos; havendo renuncia e usando-se do recurso extraordinario, não se deve dar-lhe provimento senão verificando-se a segunda condição supra, isto é, violência, preterição de formalidades essenciaes, ou qualquer injustiça grave ou notória”. Esta era também a doutrina defendida pelos comentadores (Francisco Teixeira, 1897: 458 e 462, e Seraphim Assumpção, 1899: 125 e 126, e 1904: 104).

instância dependia da confirmação do ministro da fazenda, para cujo efeito o auditor no tribunal de segunda instância remetia officiosamente os autos ao ministro após ter sido proferida decisão. Acresce que os réus detidos pela prática dos crimes de contrabando e de descaminho de direitos puníveis com multa superior a 20.000 réis ou, mesmo abaixo deste valor quando os factos tivessem sido praticados com astúcia, que não suportassem a caução no valor daquela multa e dos respectivos direitos ou não dessem fiador idóneo, tinham de aguardar detidos em custódia até ao trânsito da decisão final, impondo-se, contudo, o respeito do prazo do artigo 988 da Novíssima. A detenção no processo fiscal não era imputada nem na pena de prisão até seis meses em que a multa podia ser convertida se o réu condenado não tivesse bens para satisfazer a multa nem na pena de prisão que lhe seria aplicada no processo judicial comum e esta situação de particular fragilidade do réu detido era ainda agravada pela circunstância de a caução da multa e dos direitos devidos constituir uma condição necessária para a dedução da contestação pelo arguido e para a interposição do recurso de apelação.⁸⁰³

A perseguição e a punição da criminalidade fiscal passou, destarte, a ter uma natureza bipartida, aplicando-se duas formas de processo diferentes, em tribunais comuns ou em tribunais especiais, consoante a natureza da pena em causa. Esta bipartição, que tinha as suas raízes já na Novíssima Reforma, conduzia à colocação do réu em uma situação processual de especial fragilidade quando se tratasse de o punir com as penas “fiscais” de multa, suspensão e demissão.

Esta situação legislativa viria ainda a deteriorar-se com a publicação do Decreto de 27.9.1894, que aprovou o regulamento dos serviços de contencioso aduaneiro.

A composição e a competência dos Tribunais Especiais de Contencioso Fiscal

⁸⁰² Na falta de disposição legal sobre o prazo, os comentadores consideravam que o recurso extraordinário podia ser interposto a todo o tempo (Francisco Teixeira, 1897: 462, mas 459, e Seraphim Assumpção, 1904: 104), seguindo a doutrina estabelecida pelo número 145 do manual oficial de 1894.

⁸⁰³ A lei era expressa no que respeitava ao condicionamento da interposição do recurso à prestação de caução (artigo 122, 3 ° do Decreto de 29.7.1886), mas omissa no tocante à condição relativa à dedução da contestação, que resultava não só da nota ao número 37 do manual oficial de 1894, mas também do entendimento uniforme da doutrina e dos tribunais (Seraphim Assumpção, 1904: 46 e 47). O contrabando e o descaminho de tabacos e tecidos tinha uma especialidade, introduzida pelo Decreto de 20.9.1888. Os delinquentes encontrados em flagrante delito destes crimes eram detidos em custódia até final julgamento, qualquer que fosse o valor da multa e dos direitos devidos, mantendo-se a custódia enquanto o máximo da multa e dos direitos fixados pelo despacho de indicição não fosse depositado ou caucionado. No caso de ser aplicável pena corporal, o arguido detido só podia ser solto pelo juiz de direito quando tivesse prestado caução nos termos da lei geral de 15.4.1886, além do depósito ou caução da multa e dos direitos devidos (O Direito, 1889 b: 170).

de primeira e de segunda instância e as dos auditores mantiveram-se as mesmas, com duas alterações significativas, a da escolha para o exercício das funções de auditor apenas de juízes de direito e a da equiparação da alçada dos tribunais de primeira instância nos processos de descaminho de contrabando com a do auditor nos processos de transgressão, fixada em 100.000 réis, regulando-se esta alçada ou só pelo montante da multa aplicável ou pelo da multa adicionada ao valor dos objectos apreendidos quando houvesse lugar ao perdimento e não tendo lugar nos processos julgados nos quatro distritos administrativos das ilhas adjacentes.

Também a forma de processo comum manteve a sua estrutura anterior, quer na fase investigatória, quer na de julgamento, consistindo antes a inovação deste diploma na reforma profunda das formas de processo especiais e dos recursos.

Assim, era atribuída à autoridade instrutora competência para proceder ao julgamento sumário da causa em três circunstâncias: quando as partes renunciassem aos recursos ordinários,⁸⁰⁴ quando não houvesse delinquente conhecido e o processo tivesse começado por uma apreensão,⁸⁰⁵ quando, havendo delinquente conhecido e tendo o processo começado por uma apreensão, não tivesse havido contestação ao despacho de subsistência da apreensão e indiciação que tivesse sido notificado pessoalmente ao arguido residente a menos de 10 quilómetros do lugar da instrução do processo ou por meio de cópia afixada à porta da sua residência.⁸⁰⁶

Era também atribuída a qualquer autoridade que tivesse procedido à apreensão competência para proceder ao julgamento sumaríssimo nos processos por crimes de

⁸⁰⁴ A doutrina considerava a decisão como “uma verdadeira sentença absolvendo ou condenando os arguidos conforme a prova que resultar das declarações d’ estes e dos agentes fiscaes” (Delgado de Carvalho, 1897: 299). Por essa razão, recomendava-se que estes processos não se resumissem ao auto de apreensão e ao despacho do instrutor, sendo indispensável que deles constassem os factos essenciais e que, por documentos autênticos, se mostrasse o destino dado às mercadorias apreendidas e às quantias realizadas (Seraphim Assumpção, 1899: 64). Em um outro lugar, o mesmo autor advertia que “muitos processos perdem-se pelo uso excessivo da renuncia aos recursos ordinarios, não podendo após a sentença recorrer a outro meio, salvo rarísimos casos do processo revellar motivos bem visiveis para o recurso extraordinário”. A doutrina firmada pelo tribunal superior era também a de que as partes não deviam renunciar aos recursos ordinários quando quisessem produzir prova que não fosse exclusivamente documental (Seraphim Assumpção, 1903: 173).

⁸⁰⁵ Esta segunda forma de processo especial não era aplicável aos casos em que o processo se iniciava com uma participação ou uma denúncia, mas apenas ao caso em que o processo se iniciava com uma apreensão, pois “havendo objectos apreendidos, e sendo a apreensão julgada subsistente, se ninguém vem contestar é porque ninguém se accusa como dono d’ elles; e então é de direito julgal-os abandonados e applicar o seu producto ao pagamento dos direitos e multa, sem mais fôrma de processo” (Francisco Teixeira, 1897: 449).

⁸⁰⁶ O despacho de indiciação tinha nestes dois casos “os effeitos de julgamento definitivo” (Francisco Teixeira, 1897: 449, e Delgado de Carvalho, 1897: 306).

descaminho puníveis com multa igual ou inferior a 2.000 réis, tendo ocorrido a apreensão numa área de 10 km a contar da raia terrestre ou marítima, com excepção de Lisboa e Porto. Neste processo ficava reservado ao arguido o direito de requerer à autoridade competente para a instrução que procedesse a julgamento na forma comum, suportando, no entanto, as custas do processo se fosse aí condenado em montante superior ou igual ao do julgamento sumaríssimo.⁸⁰⁷

Acrescia ainda a estes casos a liquidação a pedido da multa e dos respectivos direitos em qualquer fase do processo, esclarecendo a lei nova que pela pena de multa e pelo pagamento de direitos respondiam solidariamente todos os interventores na infracção, independentemente do seu grau de responsabilidade pessoal.⁸⁰⁸

Deste modo, o legislador deixou de distinguir as formas de processo sumário como fazia anteriormente, com base nos dois critérios da natureza transgressional do ilícito e da manifestação da vontade do réu, para as distinguir agora apenas com base neste segundo critério, admitindo-se, portanto, o julgamento sumário e até sumaríssimo de crimes.⁸⁰⁹ Privilegiando o julgamento da causa através da aceitação voluntária da sanção pelo réu e condicionando agora expressamente a contestação à caução da multa e dos direitos devidos, o legislador revelava assim que o seu propósito fundamental era o de assegurar a satisfação imediata da pretensão pecuniária do Estado, tendo na prática tido sucesso, pois a quase totalidade dos processos findavam com base no acordo das partes em se sujeitarem ao juízo da autoridade instrutora.⁸¹⁰ Este sucesso justificava

⁸⁰⁷ O Decreto de 6.6.1895 modificou a redacção do artigo 52 do Decreto n. 2, de 27.9.1894, no sentido de alargar a competência judicativa do apreensor a toda as apreensões realizadas dentro da zona fiscal da fronteira em localidade em que não houvesse autoridade fiscal competente para instruir o respectivo processo nem a uma distância excedente a três quilómetros. A administração geral das alfândegas emitiu a circular n. 1.361, de 15.6.1895, em que se davam instruções rigorosas para o cumprimento do novo diploma. A circular foi publicada por Seraphim Assumpção, 1899: 51 e 52. Nestes processos sumaríssimos, sempre que não se requeresse a instrução em processo ordinário, não havia despacho de indicição (Seraphim Assumpção, 1899: 59).

⁸⁰⁸ O tribunal superior admitia mesmo liquidação oficiosa pela autoridade instrutora da multa e dos direitos, por analogia com o artigo 109, no caso de o despacho de indicição não ter sido contestado. Este despacho admitia recurso ordinário independentemente do valor dos direitos e da multa (Seraphim Assumpção, 1903: 201).

⁸⁰⁹ Esta doutrina foi confirmada pelo tribunal superior nas instruções de 19.7.1897 (Delgado de Carvalho, 1897: 300). Esta alteração legislativa já tinha sido antecedida pelo Decreto de 5.4.1888, que tinha fixado a competência de certas autoridades fiscais para instrução e julgamento dos crimes de contrabando e descaminho e transgressões de regulamentos fiscais, descobertos ou participados pelos agentes do corpo de polícia fiscal, quando as partes tivessem prescindido do recurso ou requeressem a liquidação.

⁸¹⁰ Com efeito, a forma de processo prevista no artigo 74 do Decreto n. 2, de 27.9.1894 era a forma da “quasi totalidade dos processos, pois que raro se dá uma contestação e o caso do art. 109 também é raríssimo” (Seraphim Assumpção, 1899: 64). A situação não se alterou quatro anos depois (Seraphim Assumpção, 1903: 93, “são raras as contestações assim como os casos dos artigos 78 e 109”).

também a melhoria substancial do regime da prisão preventiva, tendo a lei nova, por um lado, limitado a oito dias a prisão de qualquer delinquente detido em flagrante pela prática dos crimes de contrabando e descaminho de tabacos, tecidos, álcool ou aguardente, quando a multa e os direitos fossem inferiores a 20.000 réis, e de descaminho de outros produtos sem limite de valor e, por outro lado, submetido os detidos em flagrante pelos crimes de contrabando e de descaminho de tabacos, tecidos, álcool ou aguardente, quando a multa e os direitos fossem superiores a 20.000 réis, a uma custódia até decisão definitiva, que estava submetida à dupla fiscalização oficiosa do juiz da comarca e do tribunal superior do contencioso fiscal, salvo quando o processo corresse perante os auditores, e que podia cessar se fosse garantido o pagamento da quantia em dívida.⁸¹¹

No que respeita aos meios de impugnação, além da consagração de uma “revisão” obrigatória dos acórdãos ou sentenças em que fossem impostas as penas de suspensão ou demissão, ainda que nenhum recurso coubesse (artigo 111, § 1), o legislador restringiu consideravelmente a eficácia do recurso extraordinário, ao fixar um prazo de oito dias a contar da notificação da decisão para interposição do mesmo e consagrar a faculdade da *reformatio in pejus* até ao dobro da multa em que o recorrente tivesse sido condenado quando os factos alegados fossem inteiramente inexactos e falsos.⁸¹²

Por outro lado, a lei nova definiu os poderes do ministro relativos à exequibilidade das decisões definitivas do tribunal superior. As decisões do tribunal de segunda instância proferidas quer nos recursos interpostos dos despachos que julgassem insubsistente a apreensão ou infundada a participação e dos acórdãos e sentenças

⁸¹¹ Além da faculdade de prestar caução, o arguido podia requerer a sua libertação e o juiz devia libertá-lo se o despacho de indicição não fosse notificado ao arguido dentro de oito dias após a prisão, como mandava o § 3 do artigo 27 do diploma de 30.12.1892 e era expressamente lembrado pela nota ao n. 37 do manual oficial de 1894 e pela doutrina (Francisco Fernandes, 1896: 41). Sendo proferido o despacho de indicição no prazo legal, mas não sendo prestada a caução, o suspeito detido por crimes de contrabando e descaminho de tabacos, tecidos, álcool ou aguardente, quando a multa e os direitos fossem superiores a 20.000 réis, beneficiava ainda do já referido duplo controlo judicial. A revisão pelo tribunal de segunda instância da prisão ordenada pela autoridade fiscal era justificada pelo legislador, no manual oficial, como uma fiscalização oficiosa da legalidade de uma medida detentiva do arguido que podia durar até ao final do processo. Em caso algum era permitida a detenção fora de flagrante delito às autoridades fiscais, sendo apenas admitida a detenção fora de flagrante delito pela autoridade judicial como deixava claro o n. 37 do manual oficial.

⁸¹² Acresce que a jurisprudência do tribunal superior era muito restritiva na admissão deste recurso extraordinário quando devesse ter sido interposto recurso de outro tipo (Seraphim Assumpção, 1903: 170).

proferidas na primeira instância quer nos recursos extraordinários contra violências, preterição de formalidades essenciais,⁸¹³ denegação de recurso ou injustiça notória ou grave, dependiam da confirmação do ministro da fazenda e, discordando o ministro do acórdão apresentado, podia, após deliberação do conselho de ministros, mandar submeter a novo julgamento, não cabendo nova confirmação do segundo acórdão.

O legislador procurou evitar a crítica óbvia da composição não independente dos tribunais e da sujeição do tribunal de segunda instância ao poder político, com a escolha obrigatória de magistrados judiciais como auditores e a liberdade de decisão do tribunal de segunda instância no segundo julgamento após a censura política do primeiro julgado. No entanto, quer a circunstância de os auditores da primeira e da segunda instância serem nomeados pelo governo, tal como os restantes membros destes tribunais, quer a disposição legal expressa de que o governo determinava a lei aplicável e “os termos que devem ser seguidos” no segundo julgamento (artigo 138, § 1) pouca liberdade deixariam aos julgadores.

O défice de jurisdicionalidade na instância de recurso não era sanado e era até agravado na primeira instância. O sucesso da estratégia de condicionamento do réu para uma resolução rápida da causa conduziu mesmo a um aumento da competência decisória das autoridades instrutoras, que fora das zonas fiscais das alfândegas de Lisboa e do Porto eram constituídas por funcionários da administração fiscal.

Apesar do propósito anunciado pelo legislador de consagrar na legislação contenciosa aduaneira a mais ampla garantia da defesa, sobrava ao réu apenas a opção entre a sujeição voluntária a sanções determinadas, em regra, por funcionários da administração fiscal e a contestação da pretensão punitiva do Estado diante de juízes pertencentes àquela administração ou directamente comprometidos com o seu responsável máximo, razão pela qual a doutrina concluía, com razão, que “a realidade não correspondeu ao pensamento do legislador”, pois estes tribunais “estão completamente dependentes do ministro da fazenda, e o seu pessoal é tirado dos empregados fiscaes sem a necessaria independencia e imparcialidade de julgadores”,

⁸¹³ A jurisprudência do tribunal superior e a doutrina consideravam as seguintes formalidades essenciais: auto de apreensão, com as declarações das partes, despacho de indicição ou não indicição e sentença e respectivas notificações a todas as partes, auto de nomeação de peritos e auto de exame, juramento das testemunhas e dos peritos e assentada das respectivas declarações, termos para contestação e para recurso, intimação dos apreensores para a produção da prova testemunhal, prévio depósito ou caução da multa e do imposto para contestação (Francisco Teixeira, 1897: 185 e 517, Delgado de Carvalho, 1897: 307, e Seraphim Assumpção, 1899: 119, e 1904: 178).

não fazendo estes tribunais verdadeiramente parte do poder judicial.⁸¹⁴

3. A restrição da competência das magistraturas populares

A Novíssima Reforma restringiu significativamente a competência criminal e transgressional das magistraturas populares. No entanto, a polémica em torno da constitucionalidade da atribuição de competência criminal aos juízes ordinários e o clamor público contra as magistraturas populares registado ao longo da segunda metade do século XIX mantiveram a questão da fixação daquelas competências na ordem do dia nos meios políticos e na doutrina.

Se o ano de 1852 marca o início do processo legislativo de gradual supressão da preponderância do júri, ele marca também o início das várias tentativas do legislador para aniquilar as magistraturas populares, primeiro reduzindo a competência destes magistrados, depois extinguindo alguns deles e, por fim, convertendo os magistrados que subsistiam em funcionários de nomeação governamental.

A primeira tentativa de diminuição da competência das magistraturas populares visou a competência transgressional dos juízes eleitos.

O Decreto de 3.11.1852, que procedeu à reforma do processo das causas sobre coimas e transgressões de posturas das câmaras municipais de Lisboa e Porto, atribuiu a competência para conhecer estes ilícitos aos juízos de polícia correcional, observando-se a forma do processo fixada no título X da Reforma, com recurso para o Tribunal da Relação, quando as penas impostas excedessem a alçada destes juízes ou nos casos de

⁸¹⁴ Chaves e Castro, 1910: 79 e 80, e, já anteriormente, Barbosa de Magalhães (1899: 146). Este autor considerava o tribunal do contencioso fiscal de segunda instância uma “instituição essencialmente política”, que não pertencia ao poder judicial, e advertia para os “perigos do declive em que vamos já tão perto do fundo”. Embora crítico da jurisdição aduaneira, Chaves e Castro era favorável aos tribunais especiais, que caracterizava quer em função da matéria sobre que incidia a sua competência, quer em função da qualidade das pessoas a que as causas respeitavam, identificando em 1910 dezanove espécies de tribunais ou magistrados com competência criminal especial (Chaves e Castro, 1910: 122 a 124, 595 e 596). Também Alberto dos Reis, embora reconhecesse a existência de uma “superabundância de jurisdições privativas”, propunha a especialização da justiça criminal em face das novas teorias sociológicas e psicológicas sobre o crime e o criminoso (Alberto dos Reis, 1909: 152 a 154).

incompetência ou excesso de jurisdição. Os magistrados de polícia correcional, que conheciam das apelações interpostas dos juizes eleitos nas causas crimes e de transgressões, passaram a conhecer destas em primeira instância, esvaziando deste modo a competência dos juizes eleitos em Lisboa e no Porto.⁸¹⁵

O legislador previa também o alargamento, por determinação do governo, desta iniciativa a outros concelhos do país, que veio a ser concretizado três anos depois. Não tendo a iniciativa legislativa deparado com a reacção popular, a Lei de 23.7.1855 autorizou o governo a aplicar as disposições do Decreto de 3.11.1852 a todas ou a algumas paróquias de um concelho, mantendo-se nas restantes paróquias a competência dos juizes eleitos fixada na Novíssima.

Posta seriamente em causa a competência transgressional dos juizes eleitos, o legislador adoptou ainda em Julho de 1855 uma outra iniciativa legislativa com vista a restringir a competência instrutória e judicativa dos juizes ordinários nos feitos crimes.⁸¹⁶

Assim, a Lei de 18.7.1855 suprimiu os juizes ordinários nos julgados cabeça de comarca, atribuiu as suas competências ao juiz de direito substituto e fixou a competência exclusiva do juiz de direito para o processo preparatório e acusatório de certos crimes graves previstos no artigo 7 cometidos em toda a comarca,⁸¹⁷ ficando ressalvada a competência dos juizes eleitos e ordinários apenas para a formação do corpo de delicto nestes crimes.⁸¹⁸

Deste modo, o legislador aboliu toda a competência criminal dos juizes

⁸¹⁵ Duarte Nazareth, 1853: 11.

⁸¹⁶ Um mês antes, as Cortes tinham aprovado novas medidas restritivas da competência do juiz de paz e do júri nas causas cíveis. A Lei de 16.6.1855 fixou novas excepções à intervenção dos juizes de paz, deixou de considerar a omissão da conciliação como nulidade e restringiu a relevância da falta de declaração de renúncia do júri nas causas cíveis.

⁸¹⁷ A letra da lei permitia concluir que os processos do elenco legal deviam ser julgados sem intervenção do júri e, com efeito, houve uma corrente jurisprudencial que defendeu esta doutrina. Contudo, ela era minoritária, dividindo-se a maioria das opiniões entre duas outras teses que se degladiaram nos anos seguintes ao da publicação da lei, a tese da manutenção da competência do júri, julgando sempre o júri do círculo da cabeça da comarca (Duarte Nazareth, 1886: 54), e a tese, defendida pelo Supremo Tribunal de Justiça, da competência do júri do círculo correspondente ao julgado onde o crime fosse cometido ou o réu preso. A consagração legal desta tese foi mesmo proposta na Câmara dos Deputados, pelo projecto de lei n. 22/D, do deputado Carvalho de Abreu, de 10.4.1860, que não foi aprovado (Diário da Câmara dos Deputados, 1860, n. 108). Não é, pois, correcta a informação de António Macieira (1914: 42), segundo a qual por este diploma de 1855 “ficaram na competência privativa dos juizes de direito a instrução e julgamento dos processos” pelos crimes do artigo 7 do diploma.

⁸¹⁸ Esta competência dos juizes ordinários e eleitos para a feitura dos corpos de delicto não bulia com a competência exclusiva do juiz de direito, fixada na Novíssima, para formar os corpos de delicto nos crimes em que não coubesse fiança cometidos na cabeça de comarca (Duarte Nazareth, 1886: 12).

ordinários por factos cometidos no julgado cabeça da comarca e a mais importante competência investigatória, a da direcção do sumário da culpa, nos processos relativos a certos crimes graves cometidos nos restantes julgados da comarca.

Nos restantes processos, ao juiz de direito era atribuído um amplo poder de controlo da actividade instrutória dos juizes ordinários, competindo-lhe determinar a confirmação ou a reforma de todos os despachos proferidos pelos juizes ordinários no final do sumário da culpa, procedendo o juiz de direito, se necessário, a diligências de prova e cabendo recurso para a Relação apenas do despacho do juiz de direito e não do do juiz ordinário.

A concentração da função instrutória no juiz de direito nos processos por crimes do catálogo constante do artigo 7, bem como a concessão dos novos poderes de controlo da actividade instrutória do juiz ordinário tinham uma directa repercussão na realização do princípio da acusação na forma de processo ordinário. Nos crimes graves do catálogo legal o juiz de direito cumulava a direcção do sumário da culpa, a competência para a prolação da pronúncia e a participação na audiência de julgamento, ao lado do júri. Nos processos por crimes não contidos no catálogo, cometidos nos julgados que não fossem cabeça de comarca, o juiz de direito não procedia ao sumário da culpa nem à prolação da pronúncia, mas devia confirmá-la e só do seu despacho era admissível recurso.

Este regime da subida obrigatória dos autos ao juiz de direito, mesmo no caso da prolação de despacho de não pronúncia pelo juiz ordinário, não só constituía “uma nova espécie de ratificação da pronúncia”,⁸¹⁹ como atribuía substancialmente a competência da prolação da pronúncia ao juiz de direito, prejudicando em definitivo a realização do princípio da acusação agora também nos processos por crimes cometidos fora do julgado cabeça da comarca.

A cumulação das funções de instrutor e julgador que se verificava já na Novíssima Reforma nos processos por crimes cometidos no julgado cabeça de comarca era deste modo duplamente ampliada, quer aos processos por crimes graves constantes do catálogo da lei cometidos em qualquer lugar da comarca, quer aos restantes processos por crimes cometidos fora do julgado cabeça de comarca.

A supressão das magistraturas populares ficava deste modo intimamente

⁸¹⁹ Duarte Nazareth, 1886: 210.

associada a um prejuízo irreversível para a realização do princípio da acusação na forma de processo ordinário.

Tendo as magistraturas populares as respectivas competências muito diminuídas no final da década de cinquenta, a legislador procurou na década seguinte dar o passo final e abolir estas magistraturas.⁸²⁰ Para o efeito, o legislador aprovou a Lei de 27.6.1867, que extinguiu os juízes eleitos e os ordinários, transferindo as competências daqueles para os juízes de paz e as destes para os juízes de direito. O estatuto da magistratura dos juízes de paz foi, por sua vez, profundamente alterado, tornando-se uma magistratura trienal, de nomeação pelo governo e que beneficiava do regime da suspensão, demissão e transferência vigente para os juízes de direito.

A nomeação dos juízes de paz pelo governo contrariava frontalmente o disposto no artigo 129 da Carta, tendo esta nomeação sido objecto da censura da inconstitucionalidade aquando da discussão da proposta desta lei nas Cortes. A censura foi ultrapassada com o argumento de que o artigo 129 não constituía matéria constitucional e não se encontrava, por isso, a coberto do artigo 144 da Carta, acrescendo que o artigo 129 supunha a concessão de uma função conciliatória aos juízes de paz, pelo que a atribuição de uma função judicativa alterava a natureza desta magistratura, justificando-se em face desta alteração a nomeação dos magistrados pelo poder executivo.⁸²¹

A entrada em vigor da lei foi, contudo, suspensa pela Decreto de 27.1.1868, que, ponderando a impossibilidade da aplicação imediata daquela lei, determinou a realização de eleições dos juízes ordinários e dos eleitos.⁸²² A resistência dos interesses locais e as dificuldades financeiras que resultariam da extinção dos juízes ordinários e dos juízes eleitos e da implantação por todo o país da nova organização judiciária aprovada pela lei de 1867 tinham imposto uma inflexão da estratégia do governo.

Posta temporariamente de parte a ideia de suprimir os juízes ordinários, o

⁸²⁰ Na já mencionada proposta de lei de organização judiciária, apresentado pelo ministro da justiça Ferrão Carvalho Mártens em 28.2.1860, também se previa a extinção dos juízes ordinários e dos eleitos, mas a proposta não chegou a obter sanção parlamentar pelas razões já conhecidas. Só sete anos depois foi de novo ensaiada nova tentativa, com um sucesso provisório.

⁸²¹ Diário de Lisboa, 1867, pp. 95 e 1301, e Chaves e Castro, 1910: 211.

⁸²² O decreto de Janeiro de 1868 não incluía qualquer disposição concreta sobre a suspensão da lei do ano anterior, mas a doutrina e mesmo o legislador consideraram a referida lei suspensa “de facto”, como resultava do preâmbulo do Decreto de 28.12.1869. Innocencio Duarte (1875: 18) descreveu as resistências populares à extinção dos juízes populares, que estiveram na origem da queda do governo e da tomada de posição do novo poder em consonância com as pretensões das populações.

governo considerou expressamente duas alternativas, a de reduzir a competência destes magistrados, “deixando-lhes enfim apenas o nome de juizes sem as correlativas faculdades”, e a de manter aquela competência, mas transformar estes magistrados em uma magistratura letrada. Foi esta segunda alternativa a escolhida.

Assim, o Decreto de 28.12.1869 estabeleceu a nomeação régia e trienal dos juizes ordinários e fixou condições patrimoniais muito exigentes para a manutenção destes magistrados e, designadamente, a obrigação das câmaras municipais de pagamento dos ordenados destes magistrados, sob pena de extinção dos julgados de juizes ordinários que dentro de dois anos não reunissem as ditas condições.

Ao novo regime de nomeação dos juizes ordinários, que procurava extinguir os juizes ordinários de uma forma indirecta, as populações reagiram com grandes sacrifícios financeiros com vista a manterem os juizes ordinários, conseguindo mantê-los.⁸²³ Apesar disso, os clamores contra a magistratura ordinária subiam de tom, ouvindo-se no início da década de setenta por toda a parte e mesmo entre a magistratura letrada.⁸²⁴

Em face do insucesso prático da segunda tentativa de extinção dos juizes ordinários, o legislador mudou de novo de estratégia e aprovou a Lei de 16.4.1874, que determinou a extinção dos juizes eleitos, atribuindo a competência transgressional destes magistrados aos juizes ordinários.⁸²⁵

Do mesmo passo, o legislador retirou a competência criminal aos juizes ordinários e modificou o respectivo estatuto, transformando-os em magistrados de nomeação régia trienal.⁸²⁶

⁸²³ Luiz Jardim (1877: 9 e 21), Lino Netto (1898: 70) e Afonso Costa (1899: 248).

⁸²⁴ Navarro de Paiva (1871: 23) e Lopes Branco (1873: 56 e 57). Este autor retratava a situação de muito difícil convivência entre os magistrados letrados e os populares.

⁸²⁵ O Projecto de Código de Processo Civil Portuguez da Alexandre Seabra, apresentado ao ministro da justiça em 1869, já previa a extinção dos juizes ordinários e dos juizes eleitos e a atribuição de competência contenciosa sobre móveis aos juizes de paz. Em alternativa e “para a hypothese de ficarem juizes ordinarios”, o autor propunha a atribuição aos juizes ordinários da competência dos juizes eleitos, prevista no artigo 145 da Novíssima, bem como de outras orfanológicas e sobre coisas móveis. A diferente regulamentação do “Projecto Definitivo de Código de Processo Civil Portuguez”, de 1872, em que se reintroduziram os juizes ordinários e os eleitos, atribuindo-se competência contenciosa a ambos e reservando para os juizes de paz apenas o exercício da função conciliatória, não se ficou a dever a uma mudança de opinião do autor, que era ainda muito céptica em relação a estes magistrados, mas antes a uma adaptação do projecto inicial ao sentido do voto da comissão revisora que o governo tinha nomeado para proceder à revisão do dito projecto (Alexandre Seabra, 1872: 2 e 3, da exposição impressa a final).

⁸²⁶ A crítica desta reforma foi feita por Luiz Jardim e Lopes Praça. O primeiro autor imputava à reforma o desvirtuamento completo da instituição dos juizes ordinários, concluindo pela necessidade imperiosa da manutenção dos juizes ordinários, com as suas antigas competências, sob pena de a sua extinção trazer

Nas causas sobre transgressões municipais puníveis com coimas, seguia-se a forma de processo estabelecida na Novíssima Reforma para julgamento destes ilícitos diante dos juizes eleitos, mas com a novidade de que, se as partes não renunciassem ao recurso, ele cabia agora para o juiz de direito nos casos em que o valor da causa fosse igual ou inferior à alçada do juiz de direito e para a Relação, quando excedesse aquele valor, devendo os depoimentos das testemunhas ser escritos quer num caso, quer no outro.⁸²⁷

Deste modo artificioso, os juizes ordinários eram desqualificados para o nível dos juizes eleitos, sendo estes, por sua vez, abolidos. Com a desqualificação dissimulada dos juizes ordinários, era também tacitamente abolido o Tribunal de Polícia Correccional, que conhecia das apelações interpostas dos juizes ordinários nos processos de polícia correccional que excedessem a alçada do juiz de direito e das apelações nos processos por coimas.⁸²⁸

O último passo dado pelo legislador foi o da publicação do Decreto de 29.7.1886.⁸²⁹ Neste diploma, determinou-se a extinção dos julgados ordinários no continente e nas ilhas adjacentes, passando as suas competências para os juizes de

“maiores distancias, maiores incommodos, e mais que dobrados emolumentos” (Luiz Jardim, 1877: 11). Lopes Praça criticava a “tendencia seguida pelas nossas leis adjectivas em clara hostilidade com os juizes ordinarios e eleitos”, considerando que “a supressão e transformação dos juizes ordinarios e eleitos na nossa organização judiciaria não pode reputar-se definitiva, porque não satisfaz as necessidades publicas” e que a Lei de 16.4.1874 não subsistiria por muito tempo (Lopes Praça, 1879: 331). O autor admitia, contudo, que “a nossa legislação secundaria é um protesto vivo contra a imperfeita redacção do art. 128 da Carta” (Lopes Praça, 1879: 337). Este artigo, não constituindo “artigo rigorosamente constitucional em toda a sua amplitude”, deveria vir a ser revisto. Por outro lado, a supressão dos juizes eleitos também deparou com resistências, tendo mesmo sido proposta na Câmara dos Deputados a sua reintrodução, com a competência que tinham antes de 1874, como resultava dos artigos 20 e 21 da proposta de lei de Cardoso Machado, de 26.4.1880.

⁸²⁷ A doutrina estabeleceu algumas outras especialidades do novo processo e, designadamente, as relativas à ausência do autor e do réu e à falta das testemunhas, por aplicação analógica do disposto, respectivamente, nos artigos 266 e 272 da Novíssima (Innocencio Duarte, 1875: 90 e 91). A relevância do registo minucioso da prova, com vista a possibilitar a fundamentação da decisão, já posta em evidência pela doutrina em face da Novíssima, foi-o de novo depois da lei nova de 1874 (Preto Pacheco, 1877: 139 e 175).

⁸²⁸ Dias Ferreira, 1892: 38, e Luís Osório, 1920: 1.

⁸²⁹ As anteriores tentativas encetadas pelas propostas de lei dos ministros da justiça Gaspar Pereira da Silva, e Adriano Machado, apresentadas, respectivamente, em 3.1.1863 e em 26.4.1880, não tinham tido sucesso. O primeiro, considerando a instituição dos juizes ordinários “um facto aberrante”, “uma instituição moralmente morta”, propunha a substituição destes magistrados por juizes municipais, nomeados pelo governo, que teriam apenas funções instrutórias dos processos, devendo remetê-los ao juiz de direito quando se encontrassem prontos para ser sentenciados (Diário de Lisboa, 1863, p. 185). Adriano Machado, por sua vez, propunha a extinção dos juizes ordinários e a criação de juizes municipais somente nos concelhos cuja sede distasse mais de dez quilómetros da cabeça de comarca. Para um estudo comparado do regime de criação e da competência dos juizes municipais na proposta de 1880 e no

direito nos julgados ordinários que fossem cabeça de comarca, com a excepção de Lisboa e do Porto, e para os juizes de paz em todos os outros julgados.

Assim, a competência para julgamento das causas de coimas e transgressões de posturas municipais passou a ser dos juizes de paz em Lisboa e no Porto e em todos os julgados que não fossem cabeça de comarca e dos juizes de direito nos julgados cabeça de comarca.

Com vista a antecipar a reacção das populações prejudicadas com a iniciativa, por força dos incómodos e das despesas que tinham de suportar com a deslocação à sede da comarca, o governo ponderou a solução da criação de novas comarcas com juizes de direito, mas afastou esta alternativa, decidindo-se pela criação de julgados municipais nos concelhos que não fossem cabeça de comarca, com excepção dos municípios das comarcas de Lisboa e Porto. A preferência por esta alternativa justificou-a o governo quer com as condições do tesouro, que não permitiam criar novos lugares de juizes de direito, quer com a desnecessidade destes novos lugares de juiz de direito para decidir das causas cujo conhecimento se encontrava anteriormente cometido ao juiz ordinário. Os velhos juizes ordinários transmudavam-se nos novos juizes municipais.

Os titulares dos novos julgados municipais eram bachareis formados em direito e nomeados pelo governo pelo período de três anos,⁸³⁰ beneficiando do regime de transferência dos juizes de direito, mas podendo ser suspensos em certos casos especiais pelo governo, e tinham a competência instrutória e judicativa que por lei fosse atribuída ao juiz de direito, com excepção dos crimes em que devesse intervir o tribunal de júri, cabendo sempre recurso das respectivas decisões para o juiz de direito da respectiva comarca.⁸³¹

O diploma previa também o processo de criação dos julgados municipais por meio de requerimento das câmaras municipais, que reunissem certos requisitos logísticos e financeiros, e decreto real, referendado pelo ministro da justiça, depois de

decreto de 1886 é fundamental o parecer da Comissão de Legislação Civil das Cortes dado sobre o assunto dois anos depois deste decreto (Comissão de Legislação Civil das Cortes, 1888: 31 a 33).

⁸³⁰ O governo não temia a falta de magistrados com estes requisitos, pois não se tinha verificado semelhante falta em 1869, aquando da criação dos juizes ordinários que correspondiam aos ora introduzidos juizes municipais. Por este motivo, o governo afastou-se da proposta de 1880, que previa a nomeação de candidatos à magistratura judicial, sendo os substitutos eleitos pelo povo, e a sustentação destes magistrados pelo governo central.

⁸³¹ O juiz municipal tinha, pois, competência para julgar processos de coimas e transgressões de posturas e de polícia correcional e para preparar os processos ordinários. Também neste ponto o governo se

ouvido o conselho de ministros, o que transformava os julgados municipais em uma circunscrição judiciária instável dependente da apreciação arbitrária da conveniência política feita por cada novo executivo e da não menos incerta capacidade dos municípios de suportar as suas despesas.⁸³²

Deste modo, o legislador invertia a estratégia de 1869, mantendo o mesmo objectivo. Em vez de determinar a extinção dos juízos ordinários que não reunissem as condições fixadas pela lei, a lei nova extinguiu todos os juízos ordinários e determinava que só se criariam os novos juízos municipais, herdeiros daqueles, nos municípios que já tivessem reunido as condições fixadas na lei.

A manutenção de uma magistratura local com competência criminal tornava-se mais difícil, exigindo a iniciativa positiva das populações e o acordo do governo, quer quanto à existência jurídica do julgado quer quanto à nomeação do concreto magistrado que nele iria exercer funções.

O processo de esvaziamento gradual da competência dos novos juízes municipais foi logo encetado no ano seguinte. A debatidíssima proposta de uma nova lei de organização judiciária do ministro Veiga Beirão, apresentada em 9.7.1887 à Câmara dos Deputados, consagrava, na parte substancial, o direito vigente, mantendo o regime de criação dos juízos municipais e o carácter electivo dos juízes de paz, mas restringia a competência daqueles aos processos de polícia e atribuía a estes a competência exclusiva para julgar coimas e transgressões de posturas. Das decisões de uns e de outros cabia sempre recurso para o juiz de direito.

Na comissão de legislação civil das Cortes, criticou-se violentamente a manutenção das judicaturas electivas, que deixaram de ser o “baluarte protector dos direitos populares e transformaram-se n’ uma verdadeira calamidade nacional”,

distanciou da proposta de 1880, que atribuía aos juízes municipais competência para julgar crimes com o júri.

⁸³² O governo justificava esta opção alegando a impossibilidade de suportar esta despesa: “se o estado não pode ir além de estabelecer a comarca, as camaras municipais como representantes dos povos podem, querendo, estabelecer os juizos abaixo do da comarca, correndo a colectividade com a respectiva despesa”, pelo que esta despesa era um verdadeiro “prémio de seguro” que os municípios suportariam para poderem dispor de mais um grau de jurisdição entre o juiz de paz e o juiz de direito. Foram criados, apesar destas restrições, mais de sessenta julgados municipais. Os povos suportaram os novos encargos “da melhor vontade, e com a maior exoptaneidade” (Autor Anónimo, 1887 a: VI). A denúncia do carácter arbitrário do regime de criação e de extinção da nova magistratura municipal fez-se logo ouvir em 1887 (Philippe Silveira, 1887: 5, António Ferreira Augusto, 1887: 10 a 13, e João Pinto Moreira, 1889: 24 e 35). A reacção negativa a esta magistratura foi generalizada no meio judiciário (José Léone, 1888: 25 e 60, e José Virgolino Carneiro, 1892: 13). O balanço era negativo ao fim de alguns anos (Afonso Costa, 1899: 254, Abel do Valle, 1907: 6 e 7, e Alberto dos Reis, 1909: 91).

reiterando-se a doutrina de que o princípio da eleição dos juizes de paz não tinha carácter constitucional e não se justificava em face do esvaziamento da competência conciliatória e da atribuição de novas competências contenciosas a estes magistrados, propondo-se, ao invés, que os juizes de paz fossem de nomeação régia.⁸³³

Por outro lado, a comissão pronunciou-se no sentido de que os recursos interpostos das decisões dos juizes municipais subissem ao Tribunal da Relação, em face da sua equiparação aos juizes de direito e da proibição constitucional da existência de mais de dois graus de jurisdição.⁸³⁴

A discussão parlamentar foi infrutífera, não tendo sequer sido votado o projecto alternativo da comissão. Dois anos depois, o governo, em ditadura, não só impôs as soluções aprovadas pela comissão de legislação civil, como foi mais longe.

Nos Decretos ns. 2 e 3 de 29.3.1890, que foram sancionados pela Lei de 7.8.1890, o legislador restringiu mais uma vez a regra da equiparação da competência do juiz de direito e da do juiz municipal, atribuindo a competência instrutória nos novos processos correcionais ao juiz municipal, mas reservando a competência para julgamento destes processos ao juiz de direito e admitindo a interposição de recurso para a Relação de todas as decisões criminais do juiz municipal.⁸³⁵

⁸³³ Comissão de Legislação Civil das Cortes, 1888: 16, 24 e 108. Estes mesmos argumentos foram também invocados por Philippe Silveira (1887: 6), em crítica feita à proposta de Veiga Beirão, concluindo o crítico pela conformidade da nomeação dos juizes de paz com a Carta. João Pinto Moreira (1889: 33, 56, 106) propunha, de igual modo, a nomeação dos juizes de paz, que teriam apenas competência não contenciosa. Vigorosamente contra a doutrina da proposta ministerial e em defesa do princípio constitucional da eleição popular dos juizes de paz, António Francisco Tavares, 1887: 769 a 772.

⁸³⁴ Comissão de Legislação Civil das Cortes, 1888: 112.

⁸³⁵ O decreto de Março também atribuía competência para julgamento de transgressões de posturas aos juizes municipais, mas a lei de Agosto aboliu esta competência. A proposta de Veiga Beirão de atribuição da competência exclusiva da competência para julgamento destas causas aos juizes de paz só em 1892 se concretizou. Com efeito, o Decreto n. 1 de 15.9.1892, uniformizou o regime de julgamento fixado em 1886 para estas causas, determinando que, em regra, o julgamento das transgressões de posturas competia aos juizes de paz, embora a requerimento das câmaras municipais o governo pudesse transferir para o juiz de direito essa competência. O novo diploma determinou também a interposição de recurso das decisões dos juizes de paz em processo de transgressões de posturas para o juiz de direito, sendo admitido este recurso independentemente do valor da causa e cabendo ainda recurso da decisão do juiz de direito para a Relação quando a transgressão excedesse a alçada do juiz e ainda do acórdão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça com fundamento em incompetência ou excesso de jurisdição (Delgado de Carvalho, 1897: 323 e 326). A doutrina interpretava a ressalva da competência transgressional dos juizes municipais prevista no artigo 4, § 2 do referido decreto de 1892 como tendo origem em um equívoco (Dias da Silva, 1903: 788, Marnoco e Souza, 1907: 121, e Chaves e Castro, 1910: 602). Sobre a competência transgressional dos juizes municipais, Delgado de Carvalho, 1897: 145 e 322, Francisco Veiga, 1908: 232, Eduardo Carvalho, 1912: 51 e 205, e Neves e Castro, 1901: 548. Uma doutrina minoritária defendia que os juizes municipais mantinham a competência para julgar transgressões de posturas municipais mesmo depois da lei de Agosto de 1890 (Caeiro da Matta, 1912: 48 e 49, e com argumentação detalhada,

Simultaneamente, o governo teve uma iniciativa inédita e proibiu a criação de mais julgados municipais. O desfavor do poder político para com os recém-introduzidos julgados municipais era evidente, imputando-lhe o agravamento das incongruências da classificação comarca e denunciando “o arrependimento incipiente de algumas camaras municipais”. A extinção de todos os julgados municipais e a sua substituição por comarcas foram mesmo ponderadas, mas esta alternativa foi logo afastada por o tesouro público a não permitir, suprimindo-se assim apenas a faculdade de criação de novos julgados municipais.⁸³⁶

Por outro lado, o governo determinou o regresso à solução de 1867 da nomeação governamental dos juizes de paz,⁸³⁷ calorosamente defendida nas discussões parlamentares em 1888, tendo mais tarde as Cortes sancionado este regresso e até estabelecido a competência dos juizes de paz, com excepção dos de Lisboa e do Porto, para levantar os corpos de delicto de quaisquer crimes, independentemente da natureza do crime.

Como o Decreto de 29.7.1886 já tinha atribuído aos juizes de paz a competência para levantar os corpos de delicto de certos crimes, com excepção dos que tivessem lugar nos julgados cabeça de comarca, o diploma de Agosto de 1890 não só revogou a limitação material da competência instrutória dos juizes de paz, como reconheceu a competência dos juizes de paz dos julgados de cabeça de comarca, com a única excepção dos de Lisboa e do Porto. O Decreto n.º 1, de 15.9.1892, concluiu o processo de evolução legislativa, atribuindo idêntica competência aos juizes de paz de

1913: 87 a 89, Pedro de Sousa, 1915: 38, José Mourisca, 1924: 173, José Dias, 1919: 45, Beleza dos Santos, 1920: 138, e Luís Osório, 1920: 10 e 183). Contudo, Caeiro da Matta (1914: 64 e 65, e, contrariando a argumentação de José Mourisca, Caeiro da Matta, 1919: 93 e 94) abandonou a sua posição e juntou-se à posição maioritária. Muito justamente concluía Menezes e Castro que a regra da equiparação da competência do juiz municipal à do juiz de direito “quasi fica inutilizada” em face das numerosas excepções da lei (Menezes e Castro, 1920: 217).

⁸³⁶ Mais tarde, uma comissão nomeada pelo governo para elaboração de um projecto de organização judiciária também propôs, no projecto definitivo apresentado a 31.5.1895, a extinção dos juizes municipais, concluindo que “se os antigos juizes ordinarios deixaram de si triste memoria, os juizes municipaes não teem em geral dado melhor resultado” (Abel Pereira do Valle, 1907: 4 e 49). Em 1895, havia apenas vinte e nove julgados municipais, segundo informavam Augusto Maria de Castro e António Ferreira Augusto (1895: 286). No ano seguinte, a Lei de 21.5.1896 extinguiu vinte e três julgados municipais.

⁸³⁷ A este propósito, Trindade Coelho (1908: 567) apontou a “flagrante violação do art. 129 da Carta” e lamentou que a indicação feita pelo juiz de direito ao presidente da Relação fosse “em muitas comarcas” determinada pelos interesses dos partidos políticos. Assim, “a magistratura popular dos juizes de paz é, de facto, uma milicia do poder executivo. Nem para outro fim se derogou a Carta por um decreto”.

Lisboa e do Porto.⁸³⁸

A doutrina reagiu, criticando violentamente a atribuição de uma tão ampla competência instrutória, que incluía a prolação do despacho de subsistência do corpo de delito, a magistrados não letrados, sobretudo tendo em consideração a supressão do sumário da querela.⁸³⁹ Esta alteração da divisão de poderes instrutórios poderia ter consequências importantes na realização do princípio da acusação no processo de querela, uma vez que o juiz de direito era despojado de um poder efectivo de intervenção e controlo do processo preparatório. Contudo, o legislador viria a recuar, aprovando o Decreto de 22.5.1895, em que se determinava que ao juiz de direito competia exclusivamente julgar subsistente os corpos de delito levantados pelo juiz de paz, podendo reperguntar todas as testemunhas do corpo de delito e ouvir novas testemunhas.

Ainda assim, o reforço dos poderes instrutórios dos juizes de paz e a consequente sobrecarga conduziu a que já no final do regime monárquico muitas câmaras municipais tivessem pedido e obtido a transferência da competência para julgamento das transgressões de posturas para o juiz de direito.⁸⁴⁰ Esta transferência de competências agravava desproporcionadamente a situação dos arguidos e das testemunhas provenientes de fora do julgado sede de comarca, razão pela qual o governo decidiu proceder finalmente à reforma da magistratura de paz, dando assim satisfação a algumas das propostas insistentes da doutrina.⁸⁴¹ Para o efeito, o governo

⁸³⁸ Esta competência era concorrente com a dos juizes dos distritos criminais.

⁸³⁹ Navarro de Paiva, 1895 a: 31 e 32, e, de novo, 1895 b: 65 e 66.

⁸⁴⁰ Esta faculdade foi reconhecida pelo já mencionado Decreto n. 1 de 15.9.1892 e o governo, no uso dela, foi procedendo, a pedido das câmaras municipais, à transferência da competência para julgamento das transgressões de posturas municipais dos juizes de paz para o juiz de direito, antes e depois da proclamação da República, como resulta dos Decretos ns. 514 a 517, de 27.5.1914.

⁸⁴¹ As magistraturas populares foram submetidas a uma crítica cerrada no estudo de Lino Netto, de 1898. O autor considerava que o município devia ser destituído de qualquer competência judicial, invocando os ensinamentos da história recente. As magistraturas populares, que tão frequentemente se tinham deixado instrumentalizar pelos poderosos da terra, deviam ser substituídas por tribunais de primeira instância, com a competência dos juizes de paz, sendo os seus titulares letrados designados pelo governo (Lino Netto, 1898: 86 a 93). Afonso Costa defendia a abolição das magistraturas populares, devendo ser nomeados para os tribunais inferiores de pequenas causas criminais apenas os bachareis formados em direito que fossem aprovados em concurso público. As comarcas do reino deviam ser reduzidas em um terço, criando-se em cada concelho o lugar de juiz letrado que seria ocupado por aqueles bachareis (Afonso Costa, 1899: 352 e 353). Também Alberto dos Reis advogava abertamente a eliminação completa dos julgados municipais, a redução do número excessivo das comarcas e a remodelação dos distritos do juiz de paz “por forma a constituírem a circumscrição judicial primária”. O número destes magistrados deveria ser reduzido e a sua competência material e territorial aumentada (Alberto dos Reis, 1905, 215 a 218, e 1909: 161, 246 a 249). Do mesmo modo, Chaves e Castro defendia a extinção dos juizes ordinários, passando as suas competências para os juizes de paz, e a nomeação governamental destes

aprovou dois decretos em 28.11.1907, um sobre a reforma do processo para julgamento de transgressões de posturas e coimas⁸⁴² e o outro sobre a competência criminal do juízes de paz.⁸⁴³

Atribuindo aos juízes de paz a competência para o julgamento dos crimes que coubessem na alçada do juiz de direito, excepto nas comarcas de Lisboa e do Porto, além da competência exclusiva para o julgamento das coimas e transgressões de posturas, o propósito do governo era o de fazer do juízo de paz “o primeiro grau de jurisdição”, “a primeira e mais generalizada magistratura, verdadeiramente contenciosa, com uma esfera que lhe garante serviço e utilidade”.

A esta ampliação da competência dos juízes de paz o governo ligava intimamente “a elevação da capacidade” destes magistrados. Criticando a legislação vigente, que era “notavelmente deficiente, não exigindo condições suficientes de idoneidade nem assegurando o provimento nos mais habilitados”, o governo determinou que estes magistrados deveriam ser, em princípio, bachareis em direito.⁸⁴⁴ Esta reforma, cuja entrada em vigor dependia da remodelação das circunscrições dos distritos de paz existentes, não chegou, contudo, a ser posta em execução no que toca à competência

juízes. A extinção daqueles magistrados justificava-se para evitar a “duplicação inútil de juízes” e o aumento das competências dos juízes de paz era necessária para aliviar os juízes de direito, impondo-se a nomeação governamental dos juízes de paz atentas as novas competências que lhe foram conferidas (Chaves e Castro, 1910: 214 e 215).

⁸⁴² As alterações ao regime da Novíssima Reforma consistiam na existência de um despacho judicial de classificação da transgressão indiciada na participação, no alargamento do prazo para pelo menos cinco dias entre a citação e o julgamento, na leitura da participação e da defesa na audiência de julgamento, no adiamento por oito dias se faltasse alguma testemunha considerada fundamental pelo juiz, no registo resumido obrigatório dos depoimentos das testemunhas, salvo renúncia do recurso por ambas as partes, e no julgamento à revelia do réu. António d’ Almeida Azevedo (1908: 54) criticava sobretudo esta última alteração.

⁸⁴³ Estes diplomas tinham sido antecédidos por dois outros, publicados em 29.5 e 30.8 desse mesmo ano que alargavam muito substancialmente a competência cível do juiz de paz.

⁸⁴⁴ Nas propostas de reforma judiciária do ministro Arthur Montenegro, apresentadas nas sessões da Câmara dos Deputados de 22 e 23.8.1905, já se consignava que os juízes de paz seriam, de preferência, bachareis formados em direito, confessando o ministro que mantinha estes magistrados “menos pelo que nelles encontro de bom, que pelas dificuldades derivadas da sua falta” (Arthur Montenegro, 1905: 10 e 23). A sua competência cível era, contudo, muito restringida nos julgados sede de comarca, mantendo-se a competência instrutória e de julgamento de coimas e transgressões prevista no direito vigente. A crítica dos requisitos para o exercício desta magistratura, conjugada com a da amplitude da sua competência, foi feita por António d’ Almeida Azevedo (1908: 52 e 53). Este autor sugeria, ao invés, o restabelecimento dos juízes ordinários em cada município, só podendo exercer os formados em direito com dois anos de prática e tendo apenas competência para julgar os processos de coimas e transgressões e para preparar até à sentença os processos de polícia e até à queixa ou querela os processos correctionais e os ordinários. Todo o processo e, designadamente, a recolha da prova, seria escrito até à remessa dos autos para o juiz de direito, podendo este intervir, a requerimento das partes, em fase processual anterior, o que teria importantes repercussões na realização dos princípios da acusação e da imediação.

criminal dos juizes de paz.⁸⁴⁵

4. A simplificação do processo comum: a reforma do processo preparatório e dos recursos

Depois de na década de cinquenta ter iniciado o processo de reforma do júri e das magistraturas populares, o legislador procedeu na segunda metade da década seguinte a uma reorganização das polícias civis de Lisboa e do Porto e dos juizes criminais destas cidades, com o propósito da simplificação e aceleração do processo comum e, em particular, da fase preparatória deste processo.

A introdução de uma magistratura de instrução criminal foi a primeira reclamação da doutrina.

A criação dos juizes preparadores foi repetidamente defendida por Navarro de Paiva nos seus projectos de código de processo penal de 1872, 1882 e 1886⁸⁴⁶ e por António Ferreira Augusto, em uma proposta de “Reformas Urgentes do Ministerio da Justiça sob o ponto de vista judiciario”, de 1885, invocando-se como fundamento a sobrecarga de trabalho dos magistrados dos distritos criminais. Perguntava este último autor: “Como poderão os juizes dos distritos criminaes de Lisboa e do Porto assistir diariamente á formação de seis e oito corpos de delicto, a egual numero de summarios e

⁸⁴⁵ A circular interpretativa do Ministério da Justiça de 14.9.1911 esclareceu que o decreto de 1907 regulador da forma de processo transgressional não estava em vigor e que estas causas deviam ser julgadas nos termos do Decreto de 15.9.1892. Os tribunais já vinham aplicando e continuaram a aplicar o novo processo transgressional fixado no segundo diploma de 1907. Eduardo Carvalho (1912: 221) e Caeiro da Matta (1914: 33) não só davam conta da praxe dos tribunais contrária à circular governamental, como criticavam a doutrina da circular. Eduardo Carvalho entendia que os decretos de 1907 só não estavam em vigor no tocante à competência criminal dos juizes de paz. Caeiro da Matta já se tinha anteriormente pronunciado no sentido de que considerava a forma de processo prevista no diploma de 1907 em vigor (1912: 21, e 1913: 48), mas só nas lições de 1913 apreciou expressamente a doutrina da circular ministerial. Os pareceres das revistas jurídicas também se dividiram sobre esta polémica, defendendo o Direito (1908: 65 e 66) a vigência do diploma e opondo-se-lhe a Gazeta da Relação de Lisboa (1912 b: 701). Em 1920, Menezes e Castro ainda clamava pela execução integral da reforma de 1907 e pela concretização das sugestões de Afonso Costa e Alberto dos Reis de reforma da magistratura e dos distritos de paz (Menezes e Castro, 1920: 52 e 53).

⁸⁴⁶ Navarro de Paiva, 1874: XVII, 1882 a: 28, e 1886: 57.

ao julgamento de seis, oito e dez policiaes correcionaes, ou á discussão d' um processo de querella ? Completamente impossivel !".⁸⁴⁷

Em 1887, o ministro da justiça Francisco Veiga Beirão, sendo sensível às reclamações da doutrina e dos tribunais, apresentou uma proposta de organização judicial à Câmara dos Deputados, em que se previa, como a segunda medida mais importante do projecto, a criação dos lugares de “juizes de instrução criminal e contravenções” nas cidades de Lisboa e do Porto.⁸⁴⁸ Estes magistrados cumulariam as funções de direcção do processo preparatório dos crimes e de julgadores das contravenções. Apesar de muito discutida, dentro e fora do parlamento, a proposta não chegou a ser aprovada.⁸⁴⁹

Nova tentativa foi encetada três anos depois, desta feita com sucesso, tendo o governo publicado o Decreto n.5, de 19.3.1890. Neste diploma, o governo determinou a criação de um lugar de juiz criminal auxiliar nas comarcas de Lisboa e Porto, com competência para formar o corpo de delicto como o faziam até então os juizes do distrito, enviando-os em seguida aos juizes dos distritos criminaes. A introdução destes juizes auxiliares visava apenas atacar o problema da acumulação de serviço naquelas comarcas sem que o governo tivesse qualquer pretensão inovadora no tocante à efectivação do

⁸⁴⁷ António Ferreira Augusto, 1885: 38 e 39, e de igual modo, António Francisco Tavares, 1887: ano 4, pp. 425 e 426. A queixa da doutrina era, aliás, já antiga. “É sabido o que acontece, quando os escrivães redigem os depoimentos no summario d' um crime; algumas vezes, com esperança dos emolumentos, os não redigem d' uma maneira exacta e rigorosa, para que possam auferir alguns lucros com a indiciação e condemnação do réo. Os juizes nem sempre presidem a estes actos, o que é lamentavel abuso” (Luiz Jardim, 1866: 82). A mesma reclamação e uma solução idêntica à referida no texto foram apresentadas pelo Conde de Paçô-Vieira (1914: 99 a 105, e, já antes, na Revista do Fôro Portuguez, 1886: 13 a 15, e 25). O juiz encontrava-se no dilema de cumprir a lei e fazer parar os processos ou “auctorisar a mentira autentica”, deixando que os escrivães conduzissem a inquirição de testemunhas, como vinham fazendo. Do dilema só se saíria com a introdução dos juizes de instrução.

⁸⁴⁸ Veiga Beirão, 1887: 9. Já antes, o ministro Adriano Machado, em uma proposta de lei apresentada em 26.4.1880, tinha, sem sucesso, propugnado pela criação de três lugares de juizes de instrução criminal na cidade de Lisboa. As competências para formar todo o processo preparatório e proferir a pronúncia eram-no “sem prejuizo de iguaes attribuições dos juizes dos districtos criminaes” (artigo 9, § 1 da proposta), pelo que aqueles novos magistrados não tinham o exclusivo da competência instrutória (Diário da Câmara dos Deputados, 1880, p. 7).

⁸⁴⁹ A comissão de legislação civil das Cortes pronunciou-se, por maioria, favoravelmente à proposta, considerando que ela constituía um dos meios para obstar a que o sumário da querela fosse feito pelos escrivães, como acontecia nas cidades de Lisboa e do Porto. O outro meio seria o da criação de novos distritos criminaes. A comissão perfilhava o entendimento de que o exercicio de funções instrutória e de julgamento por magistrados diferentes era indissociável da existência de tribunais colectivos e manifestava a sua preferência clara pelos juizes singulares, que concentravam o exercicio daquelas funções (Comissão de Legislação Civil das Cortes, 1888: 35 e 85). Fora do parlamento, manifestaram-se a favor da inovação, António Ferreira Augusto (1887: 20), criticando, contudo, o funcionamento destes magistrados na dependência dos commissários de policia, e João Pinto Moreira (1889: 124), que propunha o alargamento da competência destes magistrados ao julgamento dos crimes de policia.

princípio da acusação. Ao invés, o governo confessava mesmo, no relatório aos decretos ditatoriais, o desfavor com que via a instituição dos juízes instrutores e a própria ideia de separação das competências de instrução e julgamento, ponderando que o acompanhamento do processo preparatório pelo juiz de julgamento podia “esclarecer o seu juízo e fortificar a sua consciencia”.

A atribuição ao juiz instrutor de competência para preparar e julgar os processos pelos crimes previstos nos artigos 186, § único, 187, 483 do Código Penal, os processos de polícia correcional, sumário e de transgressões de posturas municipais puníveis com coimas reforçava a conclusão de que eram efectivamente razões de oportunidade as que impunham a adopção pontual de uma iniciativa legislativa que indirectamente favorecia a efectivação do princípio da acusação e que, não se verificando aquelas razões, a instituição do juiz instrutor seria abolida. Assim veio a acontecer logo dois anos depois, tendo o governo para o efeito publicado o Decreto n.1, de 15.9.1892. Este diploma extinguiu os tribunais auxiliares de Lisboa e Porto e criou mais um distrito criminal em cada uma destas cidades, ficando os distritos criminais com a competência criminal atribuída aos tribunais auxiliares e os juízes de paz com a competência para julgamento das transgressões de posturas municipais.⁸⁵⁰

Contudo, menos de um ano depois, o Decreto de 28.8.1893, que foi sancionado com pequenas modificações pela Lei de 3.4.1896, criou o juízo de instrução criminal no quadro da nova organização da polícia civil de Lisboa. Este juízo era composto por apenas um magistrado judicial, nomeado pelo governo de entre os juízes de qualquer classe por seis anos, e tinha competência para ordenar a detenção fora de flagrante delito e a incomunicabilidade dos suspeitos da prática de quaisquer crimes por prazo renovável sem limite (“A detenção não póde prolongar-se por mais de oito dias, salvo se for indispensavel absolutamente a prorrogação d’ este praso, o que o juiz determinará por despacho fundamentado”, artigo 27, § 1, e “O que fica determinado no paragrapho anterior é applicavel á incomunicabilidade dos detidos, sendo, porém, o praso d’ ella, de quarenta e oito horas”, artigo 27, § 2),⁸⁵¹ conduzir em segredo a

⁸⁵⁰ O governo justificou a abolição dos juízes de instrução criminal com a conveniência aos interesses publicos da coincidência dos magistrados que instrutores e julgadores. A crítica cerrada da extinção destes magistrados e do fundamento para ela invocado foi feita por Navarro de Paiva (1895: 17 e 18).

⁸⁵¹ A par destas disposições, o diploma consagrava também, em uma disposição logicamente complementar das primeiras, a praxe anterior da contagem do prazo de prisão de oito dias fixado no artigo 988 da Novíssima desde o dia da entrega do detido ao juiz criminal e não desde a sua detenção (Francisco Maria Veiga, 1888: 243, Dias Ferreira, 1892: 264, Francisco Fernandes, 1896: 17, e Dias da

investigação nos processos por factos de que lhe fosse dado conhecimento, quando “as conveniências de serviço” o permitissem (artigo 30, 2º), tendo os autos das diligências

Silva, 1899: n. 1472, p. 276), o que gerou um protesto generalizado contra a “legalização do mais formidável arbitrio que jámais opprimiu um povo” (Pinheiro de Mello e outros, 1908: 11). A detenção policial para averiguações era plenamente reconhecida como complemento da detenção judicial para averiguações. O direito novo alargava ao juiz instrutor uma faculdade já reconhecida às forças policiais desde 1867, embora o exercício dessa faculdade pelo magistrado judicial fosse rodeada de uma garantia, a da fundamentação da prorrogação do prazo da detenção ou da incomunicabilidade, que não era imposta às polícias. Com efeito, o Decreto de 14.12.1867 procedeu à organização da Polícia Civil de Lisboa e do Porto. Esta polícia era composta por comissários gerais, comissários de polícia, chefes de esquadra, cabos e guardas e não previa ainda no seu quadro qualquer juízo de instrução. Só o comissário de polícia tinha funções de investigação e de polícia judicial e, designadamente, podia determinar a soltura de um suspeito detido para “averiguações policiais” (artigo 23). Deste modo, foi consagrada no direito liberal português a detenção policial sem prazo e com vista a proceder a “averiguações”. Não é, pois, correcta a tese generalizada na doutrina e, designadamente, defendida por Fernando Fabião (1964: 55), Salgado Zenha (1968: 32) e António Barreiros (1978: 55), de que a detenção para averiguações teria sido introduzida pelo artigo 51, § único, do Decreto de 21.12.1876. Este Decreto, que fixou o regulamento da polícia civil para todo o país, de acordo com a Lei de 27.1.1876, foi antecedido pela publicação da primeira lei geral de polícia civil da monarquia liberal, a famosa Lei de 2.7.1867, que criou os corpos de polícia civil de Lisboa e do Porto e os corpos de guardas campestres, tendo esta lei sido regulamentada pelo já referido Decreto de 14.12.1867, no que respeita à organização da polícia civil de Lisboa e do Porto, e por um outro Decreto, também de 14.12.1867, no que respeita à organização das guardas campestres. Os corpos de polícia civil foram, pois, dotados em 1867 de uma competência para proceder a detenções substancialmente mais ampla do que a dos seus antecessores, os comissários e cabos de polícia, criados pelo Decreto de 12.12.1833, que, como oficiais de polícia correcional, podiam prender delinquentes em flagrante delito “conduzindo-os imediatamente à presença do magistrado do Districto” (artigo 7). Também não tinham tão ampla competência os corpos de polícia militarizada permanente da Guarda Municipal de Lisboa e da Guarda Municipal do Porto, criadas, respectivamente, pelos Decretos de 3.7.1834 e de 24.8.1835, incorporadas no exército pelo Decreto de 6.6.1851 e subordinadas a um comando único pelo Decreto de 24.12.1868, e as suas antecessoras, a Guarda Real da Polícia de Lisboa e a do Porto, criadas, respectivamente, pelo Decreto de 10.12.1801 e pelo Decreto de 10.9.1808, e dissolvidas a 26.5.1834 em virtude da sua lealdade à facção miguelista (sobre a natureza, a orgânica e as competências destes corpos de polícia, Joaquim Miguel de Andrade, 1824: 61 a 65, 73, 74, 78 a 119, que considerava um dos “excessos arbitrarios sempre puníveis” da Guarda Real de Polícia o “demorar alguma Pessoa sob pretexto de prisão meramente por querer” e, em termos retrospectivos, Luís Rodrigues, 1949: 21 a 26, 35 a 39, Eduardo Noronha, 1950: 35, 52, 65 e 66, António Borges, 1980: 124 a 132, 147 e 148, e António Baptista e Silva e Octávio de Aguiar, 1980: 13 a 18, José Subtil, 1990: 33 e 34, Patrícia Félix, 1998: 62 a 65, e António Ribeiro dos Santos, 1999: 60 a 65, 108 a 110, 131 a 134). As novas regras de detenção policial não influíram na prática reiterada das detenções arbitrárias por autoridades administrativas, que era tolerada pelos tribunais superiores (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.11.1888, in RT, 9º ano, p. 283, mas contra o acórdão da Relação do Porto, de 4.11.1892, in RFP, ano 7º, 1892, p. 254, que confirmou a decisão do juiz Casimiro Lopes, 1892: 168 a 170, e o acórdão fundamental da Relação do Porto de 24.3.1893, in RT, 11º ano, 1892-1893, pp. 316 e 317). O artigo 252, § 2, do Código Administrativo de 1842 preceituava que o administrador do concelho participasse logo a prisão de qualquer delinquente ao juiz. Os artigos 204, n. 24, e 242, n. 22, dos Códigos de 1878 e de 1886, respectivamente, determinavam que o administrador de concelho pusesse imediatamente os indivíduos que detivesse à disposição do juiz. O artigo 278, n. 28, do Código de 1896 previa igual disposição, substituindo o advérbio imediatamente pela expressão desde logo. Contudo, tais termos sempre foram interpretados pelas autoridades administrativas sem restrições (“O logo, o imediatamente, o desde logo eram para elas o tempo que lhes aprazia. Verdadeiros capitães-móres, alguns, bastantes talvez, interpretavam aquelas expressões farisaicamente, ao sabor das suas conveniências. Da responsabilidade disciplinar sorriam desdenhosamente, porque a baixa política de compadrio e de campanário, dela os absolvía”, José Mourisca, 1919: 98).

força de corpo de delito,⁸⁵² e julgar as transgressões de posturas municipais, seguindo-se neste julgamento o processo em vigor para as coimas. Dos despachos e sentenças proferidos nestes últimos processos e só deles cabia recurso para a Relação, sendo insindicaíveis os despachos relativos à detenção e incomunicabilidade do suspeito.⁸⁵³

A nova divisão de competências instrutória e de julgamento dos magistrados da cidade de Lisboa não visava a promoção do princípio da acusação no processo ordinário. A introdução do juízo de instrução obedeceu antes a um propósito de reforço da autoridade do Estado e de combate aos inimigos do regime no final da monarquia, constituindo-se em uma “formidável machina de guerra para defesa e fortalecimento do poder real”.⁸⁵⁴

Com efeito, alterada a conjuntura política, o governo veio a reconhecer que, não só as “amplíssimas e perigosas faculdades” consagradas no artigo 28 da Lei de 3.4.1896 e a detenção policial para averiguações tinham dado azo a “tantas e tão intensas reclamações”, como a falta de meios humanos do juízo de instrução levava a que “na maior parte dos casos se limitava a remetter para juizo criminal os presos com a respectiva parte da captura, sem poder averiguar por falta de pessoal e de tempo, se as prisões tinham sido regularmente feitas”. O poder político propunha-se, pois, eliminar as graves restrições dos direitos e garantias individuais e resolver o problema da falta de meios resultantes do regime anterior.

Contudo, a nova organização da Polícia Civil de Lisboa, aprovada pelo Decreto de 20.1.1898, no uso da faculdade conferida pela Lei de 3.9.1897, pouco alterou a situação anterior, se não mesmo a agravou.⁸⁵⁵ Ao lado do juiz de instrução,

⁸⁵² Ao atribuir competência investigatória a um juiz de instrução integrado na polícia e, portanto, submetido como ela ao governador civil, o legislador português introduziu, afinal, a figura do juiz-polícia do *Code d' Instruction* na sua “feição mais particularmente odiosa e deprimente” (Fernando Emydio da Silva, 1909: 88, e Damião da Cunha, 1993: 38).

⁸⁵³ “É esta uma enorme lacuna d' aquella monstruosa lei ! O arbitrio feroz que ella respira, sanava-se facilmente, marcando um praso mais largo para a detenção perante o juiz instructor, com a faculdade concedida a este de o prolongar, por tempo igual, dando-se, porem, ao detido, recurso para as instancias superiores !” (Francisco Fernandes, 1896: 18).

⁸⁵⁴ Eram palavras daquele que viria a ser um dos últimos ministros da justiça da monarquia (Francisco de Medeiros, 1905: 49). Também muito críticos do juiz de instrução, considerando mesmo que não pertencia ao poder judicial, Barbosa de Magalhães (1899: 145 e 146), e estava dotado de “faculdades discricionarias, offensivas de principios de processo criminal e de direitos e garantias individuaes até então reconhecidas” (Dias da Silva, 1906: 458).

⁸⁵⁵ A polícia do Porto foi reformada pelo Decreto de 22.6.1898, nos termos do qual a detenção para averiguações passou a ser limitada ao período máximo de oito dias. Contudo, uma norma remissiva final mantinha em vigor as disposições do regulamento de 21.12.1876, que deviam ser incluídas nos regulamentos necessários para a execução do Decreto de 22.6.1898. Na prática, entendeu-se que fora de

que era agora tirado de entre os juizes de primeira classe, foram criados os lugares de dois juizes auxiliares, que eram escolhidos de qualquer classe e tinham a mesma competência do juiz de instrução, com a excepção da competência de “policia preventiva”. Todos estes magistrados passaram a ser nomeados em comissão de serviço, sem limite de tempo, “porque sendo o governo responsável pela ordem e tranquillidade pública, não póde recusar-se-lhe a liberdade de escolher para o desempenho dos serviços destinados a assegurar-as funcionarios da sua plena confiança”. Além da sua competência investigatória ampla, o juiz de instrução mantinha a competência para proceder à prisão fora de flagrante delito de quaisquer suspeitos “pelo tempo indispensável, mas não excedente a oito dias, salvo quando seja absolutamente necessario prolongalo para concluir as investigações que se pretenderem fazer” (artigo 21, 3 °).⁸⁵⁶ A diferença substancial entre o regime actual e o anterior consistia na revogação expressa da faculdade de o juiz instrutor determinar a sujeição do suspeito ao regime de incomunicabilidade sem limite temporal máximo, que foi, no entanto, defraudada na prática.⁸⁵⁷

As expectativas em torno de uma reforma liberal do juízo de instrução em 1898, que pusesse cobro à prática inconstitucional da detenção policial para

Lisboa continuou a vigorar o regulamento geral de policia de 21.12.1876, com base no qual os comissários de policia e os administradores de concelho procediam à detenção ilimitada para a averiguações (“fóra de Lisboa, onde há lei especial, e em vista do Regul. de 21 de dezembro de 1876, art. 51 e § julgam-se as auctoridades policiaes e as administrativas com o direito de deter para averiguações as pessoas suspeitas do crime ... e do silencio do regulamento, vemos a cada passo que as auctoridades incumbidas do serviço de policia tiram argumento para conservarem detidas – detidas é um lindo euphemismo – n’ uns antros imundos que no nosso paiz se chamam cadeias, e por todo o tempo que lhes apraz – 15, 20, 30 dias – pessoas que julgam suspeitas de crimes, e até pessoas que de nada são suspeitas. Não pode ser.”, Henriques Goes, 1911: 226, e, já antes, Abílio de Sá, 1901: 58, e Francisco Maria Veiga, 1908: 171, e, na jurisprudência, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.1.1908, in *O Direito*, ano 40 °, 1908, p. 255, mas contra o acórdão da Relação de Lisboa, de 24.1.1906, confirmado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.3.1906, in *GRL*, ano 20 °, 1906-1907, p. 707, com anotação favorável da *Gazeta da Relação de Lisboa*).

⁸⁵⁶ No preâmbulo justificativo do diploma, o governo pretendeu ter regulado e limitado a detenção policial para averiguações, mas apenas omitiu no diploma de 1898 uma disposição idêntica à do § 2 do artigo 28 do Decreto de 28.8.1893 e conservada no § 2 do artigo 29 da Lei de 3.4.1896. O governo não só não revogou as disposições da lei do juízo de instrução e da lei geral de policia que autorizavam a detenção para “averiguações”, como ressalvou expressamente a vigência das disposições da Lei de 3.4.1896 que não tivessem sido alteradas pelo novo diploma. Assim, a omissão do diploma de 1898 não tinha outro significado se não o de esconder o embaraço político do governo com a prática policial, que, aliás, se manteve inalterada até final da monarquia (Francisco Maria Veiga, 1908: 170, 171 e 278, e Francisco de Medeiros, 1909: 37 e 38). Daí que se tenha designado este diploma de 1898 como “sophistico” (Pinheiro de Melo e outros, 1908: 10).

⁸⁵⁷ Não obstante a substituição expressa do artigo 28 da Lei de 3.4.1896 por uma disposição mais restritiva do diploma de 1898, a prática da sujeição dos suspeitos à incomunicabilidade sem prazo manteve-se até ao final da monarquia (Francisco de Medeiros, 1909: 38).

averiguações⁸⁵⁸ e à detenção judicial ilimitada frustraram-se por completo, passando a doutrina, a partir daí e até à queda do regime monárquico, a clamar pela abolição dessa “instituição descaradamente absolutista e espantosamente opressora”, que era o juízo de instrução criminal.⁸⁵⁹

Já no final do regime monárquico fizeram-se quatro tentativas de reforma do processo preparatório, duas mais amplas, a de Francisco de Medeiros, que também se debruçou sobre esta problemática nos seus estudos de 1905 e na sua proposta legislativa de 1909, e a de Emygdio da Silva, na sua tese coimbrã, apresentada em 1908, e duas menos amplas, a de João Franco em 1906 e a de Francisco Maria Veiga em 1910. O surgimento desta propostas ficou a dever-se, em larga medida, à aprovação em França da famosa lei Constans, a Lei de 8.12.1897, que modificou profundamente a natureza secreta e não contraditória da fase da instrução, reforçando os direitos de assistência jurídica e de intervenção do suspeito nesta fase. Assim, a lei nova impôs a assistência obrigatória de um defensor no interrogatório do arguido e nas acareações em que este participasse e a notificação ao defensor de certas decisões judiciais, as *ordonnances* respeitantes à instrução. Com vista a habilitar o defensor com os meios para assegurar uma intervenção útil no interrogatório, a lei consagrou o direito de livre comunicação

⁸⁵⁸ Dias Ferreira, 1892: 248.

⁸⁵⁹ A expressão citada ficou famosa e é de Alberto dos Reis (1909: 152). Francisco de Medeiros (1905: 49) não era menos cáustico sobre a instituição “com intuits tão liberticidas, com processos tão inquisitoriaes e com faculdades tão discricionarias”. A contestação subiu ainda mais de tom com a publicação do Decreto de 19.9.1902 e, sobretudo, dos Decretos de 21.11.1907 e de 31.1.1908. O primeiro previa a atribuição ao juiz de instrução de Lisboa de competência exclusiva para proceder à instrução de crimes contra a segurança do Estado, anarquismo e moeda falsa cometidos em qualquer parte do país e para formar os respectivos autos com observância do disposto no Decreto de 20.1.1898, o que mereceu da doutrina a consideração de que este Decreto era um “diploma autorizador e encobridor de toda a especie de perseguição” (Afonso Costa, 1908: 67), de uma “orientação mais retrogada e anti-constitucional do que todos os anteriores” (Dias da Silva, 1906: 459), em virtude do qual era, “mais do que inconveniente, perigoso, esbulhar os juizes de direito de 1ª instancia, de attribuições que a lei lhes confere, fazendo pesar sobre elles uma suspeita arbitraria e infundada de falta de energia para investigar á cerca dos alludidos crimes” (Navarro de Paiva, 1902: 445). O diploma de 21.11.1907 previa a competência do juiz de instrução criminal, assistido pelos seus adjuntos, para julgar os crimes de anarquismo e outros cometidos em todo o continente, ficando os arguidos condenados ao dispor do governo para serem deportados para as possessões ultramarinas. A forma de processo era a do artigo 3 do Decreto n. 2, de 29.3.1890, havendo recurso para o Supremo Tribunal de Justiça restrito à questão da nulidade da sentença e do processo. Por último, o Decreto de 31.1.1908 habilitava o governo a expulsar do país ou deportar para as possessões ultramarinas, os arguidos pronunciados pelos crimes do Decreto de 21.11.1907 “quando os interesses superiores do Estado assim o aconselharem”, sem respeito pela garantia da imunidade parlamentar, pondo a deliberação do conselho de ministros fim ao proceso penal e tendo mesmo os efeitos do artigo 76 do Código Penal. O conselho de ministros era deste modo alçado a um tribunal penal com competência criminal exclusiva para julgar, com base em prova meramente indiciária, todos os suspeitos de criminalidade política, incluindo os parlamentares. Logo depois do assassinato de D. Carlos e do seu filho D. Luiz Filipe, o Decreto de 5.2.1908 declarou nulos o Decreto de 21.11.1907 e o

entre o arguido e o seu defensor e a faculdade de o defensor conhecer os autos na véspera de cada interrogatório. A colocação do processo à disposição do defensor era obrigatória nos interrogatórios do suspeito, que não podiam começar sem que se tivesse confirmado que o defensor tinha sido notificado na antevéspera do interrogatório de que o processo se encontrava à sua disposição. O defensor tinha ainda a faculdade de solicitar ao juiz a colocação de questões durante o interrogatório do denunciado e a inquirição de testemunhas, que o juiz admitiria se assim o entendesse.⁸⁶⁰

Francisco de Medeiros propunha uma reforma radical do processo preparatório, com o propósito essencial de extinguir o juízo de instrução criminal e de separar nas comarcas de Lisboa e do Porto “completamente as funções da instrução das de julgamento”, com dois juízes em cada vara, “um de instrução, que preparasse todos os processos respectivos á vara e nada julgasse, e outro de julgamento, que julgaria

recentíssimo Decreto de 31.1.1908.

⁸⁶⁰ A reforma do processo preparatório foi objecto de uma intensa discussão nos meios parlamentares franceses no final do século XIX, tendo-se sucedido vários projectos depois do fracasso do projecto Defaure, apresentado em 1878, e do contra-projecto do Senado, de 1882 (para a crítica dos princípios destes projectos, Adolphe Guillot, 1884: 2 a 16). A proposta do Professor Constans, que constituiu a primeira grande reforma do processo penal da Terceira República, deixou, contudo, em aberto o problema da participação da parte civil na fase de instrução. Só duas décadas depois os novos direitos da defesa no processo penal francês foram também reconhecidos à parte civil pela Lei de 22.3.1921, que “decalcou os direitos oferecidos ao réu pela lei de 1897”. Sobre a amplitude destes novos direitos e a modificação da natureza da instrução criminal no processo francês desde 1897, René Garraud, 1912: 10 a 13, e 1915: 268 a 275, 240 a 242, Francisque Goyet, 1926: 328 a 337, Donnedieu de Vabres, 1929: 114 e 115, e 1947: 749, 750 e 761, e Bernard Bouloc, 1965: 467 a 472, 494 a 500, 510 a 528. O efeito prático da lei de 1897 foi o surgimento, sobretudo no âmbito das causas correcionais, dos “inqueritos officiosos”, que consistiam em investigações dirigidas pelos magistrados do Ministério Público ou mesmo pela polícia à revelia do juiz de instrução e nos quais não eram aplicadas as novas garantias (“ao arbítrio do juiz de instrução substituiu-se o arbítrio dos polícias ou pior ainda”, Romuald Szramkiewicz e Jacques Bouineau, 1998: 557, e René Garraud, 1915: 236 e 237, e Robert Charvin, 1968: 216, e, entre nós, Abrão de Carvalho, 1913: 142 a 146: “se o juiz de instrução criminal em França, tal como a lei o criou, é mau, a prática judiciária adoptada na instrução da maior parte dos processos ainda é pior ... A polícia a instruir e os tribunais a julgar sobre aquelas instruções são práticas que representam uma inversão ainda mais absurda que a dum juiz arvorado em oficial de polícia judiciária e tornado senhor da perseguição criminal”). No início do século, a doutrina censurava abertamente a “confusão ilegal entre a instrução, o Ministério Público e a polícia” nas grandes cidades e criticava as insuficiências da lei nova e, designadamente, o papel limitado do advogado no interrogatório, o livre arbítrio do juiz em relação ao confronto do réu com as testemunhas de acusação e a exclusão do direito de presença nas perícias e nos exames, considerando que a lei de 1897 não passava de uma “imitação inepta” da lei inglesa, de uma “paródia da lei estrangeira” (Raoul de la Grasserie, 1914: 488 e 489, 492 a 494, e Donnedieu de Vabres, 1929: 116). A *Cour de Cassation* também se mostrou hostil à reforma, mas no sentido inverso, restringindo o âmbito de aplicação da nova lei, decidindo que as novas regras só deviam ser observadas na fase de instrução prévia ordinária e em relação a actos praticados pelo juiz de instrução nessa qualidade, estando excluídos os actos de polícia do juiz de instrução ou de outros agentes de polícia judiciária, os actos instrutórios relativos a réus ausentes, as acareações em que o réu interviesse, os suplementos de informação realizados pela *chambre des mises en accusation* ou pelo presidente da *cour d' assises*. A doutrina concluiu, mais tarde, que a lei Constans foi parcialmente esvaziada do seu objecto

todas as causas criminaes da vara e nada preparasse”.⁸⁶¹

A nova regulamentação do processo preparatório incluía o estabelecimento de um limite máximo de 48 horas para apresentação de qualquer detido ao juiz e da obrigatoriedade da assistência por duas testemunhas ao interrogatório do detido que não fossem “funcionarios subalternos da autoridade interrogante”, preferindo-se as indicadas pelo arguido,⁸⁶² a fixação dos poderes de intervenção do réu no processo preparatório, juntando todos os elementos de prova documentais e requerendo a inquirição das testemunhas, que o juiz atenderia se não fossem desnecessárias,⁸⁶³ e a publicidade plena do processo preparatório, salvo se esta pudesse ofender a decência ou a moral pública e, no caso de crimes puníveis com pena maior de prisão, degredo ou expulsão, se o juiz entendesse que a publicidade era inconveniente.⁸⁶⁴

Se a proposta de Francisco Medeiros ainda se caracterizava por manter a estrutura do processo tal como o direito vigente a conhecia, a proposta de Emygdio da Silva inovava profundamente em relação a esta estrutura.

As bases fundamentais da proposta do autor consistiam na divisão do processo preparatório em duas fases, uma inquisitória, secreta e obrigatória e outra contraditória, pública e facultativa,⁸⁶⁵ e na abolição do juízo prévio da acusação.⁸⁶⁶ Embora o juiz permanecesse o centro da instrução, dirigindo a recolha da prova acusatória, o Ministério Público deveria acusar sem prévia prolação pelo juiz de um despacho valorando essa prova. Deduzida a acusação, poderia o arguido requerer a abertura da instrução contraditória, em que produziria a prova da defesa. Só no final da instrução contraditória, o juiz daria um despacho com a natureza do de pronúncia.⁸⁶⁷

João Franco, apresentou a 12.10.1906 no Câmara dos Deputados uma proposta que reforçava a posição do arguido na instrução, manifestamente inspirada na lei

por força desta jurisprudência restritiva (René Garraud, 1912: 81 a 88, 432 e 433, Bernard Bouloc, 1965: 178 a 182, 296 e 515, e Denis Salas, 1992: 155).

⁸⁶¹ Francisco de Medeiros, 1905: 67, e 1909: 33, 56, 66 e 86.

⁸⁶² O propósito claro do autor era o de abolir a “detenção por suspeitas, por desconfiças e para averiguações, isto é, a prisão por nada e por tudo, para tudo e para nada” (Francisco de Medeiros, 1905: 45, e 1909: 37 e 38, 46 e 58 a 60).

⁸⁶³ Francisco de Medeiros, 1905: 43, e 1909: 45 e 57. O autor considerava mesmo que, em face dos artigos 902 a 916 da Novíssima, a doutrina por si expandida “é até já da lei, se as citadas disposições da Novíssima Reforma Judiciária significam uma cousa seria e não uma burla grosseira”.

⁸⁶⁴ Francisco de Medeiros, 1905: 47, e 1909: 49 e 57.

⁸⁶⁵ Emygdio da Silva, 1909: 186 a 189. Esta instrução era, contudo, obrigatória sempre que se tratasse de crime punível com pena maior (Emygdio da Silva, 1909: 208).

⁸⁶⁶ Emygdio da Silva, 1909: 216 a 219 e 285.

⁸⁶⁷ Emygdio da Silva, 1909: 220.

Constans. Todo o detido devia ser presente a um juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas, sendo-lhe explicado o fundamento da detenção e reconhecido o direito de não responder às perguntas colocadas. O suspeito podia fazer-se assistir por um defensor em qualquer tribunal e apresentar quaisquer meios de prova em sua defesa, podendo, contudo, renunciar a estas garantias ou ser delas privado nos “casos de perigo immediato e manifesto de desaparecimento de provas” (artigo 13, § 3).⁸⁶⁸

A fixação dos prazos máximos de cinco e de oito dias para a detenção judicial ou policial em qualquer ponto do país de suspeitos da prática, respectivamente, de infracções puníveis com penas correccionais e de infracções puníveis com penas maiores, a possibilidade de prorrogação destes prazos apenas em Lisboa e em caso de “manifesta necessidade de se completarem no Juízo de Instrucção as diligências que ahi tenham sido começadas” (artigo 14, § 1) e a necessidade da confirmação pelo presidente do Tribunal da Relação de Lisboa do despacho de prorrogação daqueles prazos constituíam as mais importantes inovações do projecto.⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ Diário da Câmara dos Senhores Deputados, sessão n. 9 de 12.10.1906, p. 22. Como concluía Marnoco e Souza, os benefícios da reforma seriam “em grande parte inutilizados” pelo § 3 do artigo 13 do projecto (Marnoco e Souza, 1913: 140). Acresce que a proposta não previa os direitos do defensor de examinar os autos antes de algum interrogatório do arguido ou acareação e de contacto pessoal com o arguido, mesmo quando este estivesse incomunicável, como dispunha a nova lei francesa. A comissão de administração pública da Câmara dos Deputados, que apreciou, em relatório de 23.11.1906, a proposta de lei de João Franco, recomendou a aprovação da proposta governamental, sugerindo também a introdução destas disposições da lei francesa e a supressão do § 3 do artigo 13, mas a proposta de lei não vingou. Considerando que “O principio da separação dos juízos de julgamento e de investigação e instrucção constitue hoje um dos dogmas fundamentaes do direito e do processo criminal”, a Comissão ponderou mesmo que o juízo de instrucção criminal devia ser generalizado a todas as comarcas do reino, coibindo-se, no entanto, de formalizar esta sugestão somente por ela importar “um pesado encargo no orçamento do Estado, dadas as delicadas condições financeiras em que ainda se encontra o nosso país” (Parecer n. 26 da comissão de administração pública, de 23.11.1906, p. 1).

⁸⁶⁹ Esta novidade era assim justificada pelo governo: “D’este modo, a detenção não pode prolongar-se pela simples vontade de um magistrado, e muito menos pela vontade d’ aquelle a cuja negligencia ou errado criterio pode ser devida a demora da investigação. E assim, a garantia estabelecida fica assegurada com a intervenção de dois magistrados, sendo um de categoria elevadissima, completamente estranho ás averiguações e liberto, portanto, de qualquer prevenção contra os detidos” (Diário da Câmara dos Senhores Deputados, sessão n. 9 de 12.10.1906, p. 20). Findas as averiguações, o prazo do artigo 988 da Novíssima começaria a correr a partir do momento da entrega do suspeito ao juiz de julgamento pelo juiz de instrucção ou pelas autoridades policiais e administrativas. A detenção para averiguações ficaria, deste modo, limitada temporalmente fora de Lisboa e a sua prorrogação em Lisboa só poderia ter lugar sob o controlo officioso do presidente do Tribunal da Relação (“Entretanto não podiam conceder-se ás autoridades administrativas e policiaes de fora de Lisboa facultades mais amplas ou mesmo tão amplas como as que são conferidas ao Juízo de Instrucção Criminal, que é dirigido por um magistrado judicial e cujos despachos, no exercicio de uma das suas principaes attribuições, dependem ainda assim de confirmação do presidente da relação de Lisboa. Sob este criterio acaba de vez o arbitrio existente quanto aos prazos das detenções ordenadas por essas autoridades, determinando-se que em nenhum caso possam exceder os prazos de cinco e oito dias, respectivamente”, in Diário da Câmara dos Senhores Deputados, sessão n. 9 de 12.10.1906, p. 20). A comissão de administração pública, com o acordo posterior do governo, foi mesmo mais longe, propondo a limitação da facultade judicial de prorrogação da detenção

A última tentativa de reforma do juízo de instrução foi realizada por Francisco Maria Veiga, que, além da separação entre as funções instrutória e de julgamento, procurava introduzir a independência dos juízes instrutores do governo, a abertura plena da instrução ao réu e o fim da detenção para averiguações e da incomunicabilidade.⁸⁷⁰ A proposta já não mereceu a atenção do poder político. A monarquia caía um mês depois da sua apresentação ao governo.

A outra vertente da reforma do processo preparatório foi melhor sucedida. Esta visava a dispensa do sumário da culpa e a ampliação do corpo de delito à investigação dos criminosos. Esta alteração profunda da estrutura da fase de instrução do processo foi aprovada pelo Decreto n. 1, de 15.9.1892. O antigo corpo de delito indirecto, que se limitava à inquirição em vinte e quatro horas das pessoas que o juiz instrutor bem entendesse, era substituído no processo de querela pela inquirição obrigatória de um mínimo de oito testemunhas e de um máximo de vinte, não marcando a lei nova limite nas outras formas de processo. A querela dava-se após a conclusão do corpo de delito e o despacho judicial que julgava subsistente o mesmo, não mediando o antigo auto de querela nem qualquer outro acto ou fase processual entre a querela e a pronúncia⁸⁷¹ e, portanto, sendo tacitamente abolida a querela contra incertos⁸⁷² e o juramento de calúnia do queixoso.⁸⁷³

(“A proposta já consignava uma garantia importantíssima, exigindo a confirmação de um tribunal superior para o despacho que prorogue o prazo de detenção, além dos 5 ou 8 normais. Mas para que se não diga que por esta forma pode um individuo conservar-se preso sem limitação de tempo, entenderam a comissão e o Governo que o melhor seria restringir a faculdade de prorrogação a iguaes periodos de tempo”, parecer n. 26, de 23.11.1906, p. 2).

⁸⁷⁰ Francisco Veiga, 1914: 95 a 114.

⁸⁷¹ Embora a ideia da supressão do sumário já tivesse sido defendida antes (Crispiniano da Fonseca, 1886: 44), a modificação legislativa foi muito criticada por Navarro de Paiva (1895: 24 a 27), Augusto Maria de Castro e António Ferreira Augusto (1895: 159, 189 e 336) e Trindade Coelho (1908: 566). A mais significativa consequência desta modificação legislativa poderia ter sido a da abolição tácita da pronúncia provisória, mas a prática opôs-se a esta interpretação literal da lei nova. Não obstante a posição assumida por Barbosa de Magalhães, no sentido de que após a entrada em vigor do artigo 15 do Decreto n. 1, de 15.9.1892, deixou de existir a pronúncia provisória, pois a querela só podia ser dada depois de concluído o corpo de delito (“Ou o corpo de delito é julgado sufficiente e n’ esse caso a pronuncia é definitiva, pois que o processo preparatorio está findo, ou é insufficiente e em tal caso não póde haver querella e muito menos pronuncia”, Barbosa de Magalhães, 1903: 210 a 213, e 1908: 543), a subsistência da pronúncia provisória foi sustentada por Faro e Noronha (1905: 34 e 35, e 1907: 371 a 373), cuja posição era a adoptada nos tribunais. A prática judiciária da pronúncia provisória permaneceu, assim intocada, permitindo contornar o prazo máximo dos oito dias da prisão preventiva para indicição do suspeito detido.

⁸⁷² Silva, 1895: 30, Delgado de Carvalho, 1897: 50, Dias da Silva, 1903: 807, Marnoco e Souza, 1907: 147.

⁸⁷³ Em face da extinção do auto de querela, que se tomava nos autos depois da dedução da mesma pelo Ministério Público ou pela parte acusadora, discutiu-se na doutrina se também o juramento de calúnia que devia ser prestado por esta teria sido abolido. A favor da manutenção pronunciavam-se a jurisprudência e

A repetição de despachos judiciais de valoração da prova recolhida no corpo de delito tornou-se óbvia. A doutrina procurou sanar este equívoco, esvaziando de conteúdo o despacho de subsistência do corpo de delito e considerando que este tinha apenas por objecto a conclusão formal do corpo de delito.⁸⁷⁴

Além destas consequências relativas à modificação do processo preparatório, a reforma teve uma repercussão indirecta relevantíssima na própria estrutura da audiência de julgamento, pois toda a prova do processo preparatório, incluindo a correspondente ao corpo de delito indirecto, passou a ser lida no início da audiência de julgamento e antes das testemunhas serem recolhidas, com prejuízo muito grave para o princípio da imediação. Este prejuízo foi ainda aumentado pela circunstância de o corpo de delito se ter transformado em uma fase processual secreta, como o era o antigo sumário da querela, apesar de o corpo de delito não constituir um acto do processo preparatório, nos termos estritos do artigo 880, § único, da Novíssima.⁸⁷⁵

A alteração não teve apenas reflexo no processo de querela, mas também no processo de polícia. Anteriormente a ela, não havia uma acusação formal nesta forma de processo. Depois de o sumário ter sido absorvido pelo corpo de delito, a dimensão do processo preparatório cresceu também nesta forma de processo e, conseqüentemente, a prática introduziu um acto processual autónomo de promoção dos termos da acusação pelo Ministério Público, “tendo o processo de polícia perdido inteiramente o seu carácter de processo sumário”.⁸⁷⁶

J. Silva (1895: 30), Dias Ferreira (1892: 234), que, no entanto, considerava o juramento uma “formalidade inútil e impertinente”, José Manuel Alvares (1899: 9), e contra, Pedro de Sousa (1915: 80).⁸⁷⁴ José Manuel Alvares, 1899: 6, Navarro de Paiva, 1900: 275, Trindade Coelho, 1910: 68 a 70, e Emygdio da Silva, 1909: 254. O despacho de subsistência do corpo de delito era qualificado por Emygdio da Silva como um “evidente absurdo”.

⁸⁷⁵ Dias Silva, 1903: 808, Marnoco e Souza, 1907: 149, e 1913: 138, e Luís Osório, 1920: 76. Contra o segredo no corpo de delito pronunciou-se Navarro de Paiva (1895: 54 e 59), que, no entanto, recusava ao réu o direito à extracção de certidão do corpo de delito. O autor explicava-se de modo diferente em 1900, considerando que o corpo de delito era secreto, mas não era “clandestino” (Navarro de Paiva, 1900: 274). Uma terceira posição, mais radical, foi ainda defendida. Trindade Coelho insurgiu-se contra a nova disposição legal, considerando-a mesmo inconstitucional, pois ela “não podia tirar, ao corpo de delito, a qualidade, que lhe dera a Carta de ser publico”. O autor entendia que o segredo de justiça tinha sido abolido, uma vez que o corpo de delito era público, por força da Carta, e ele tinha agora a função do antigo sumário (Trindade Coelho, 1908: 566). Esta tese foi também defendida por Pinto Osório em face da Constituição de 1911 (Pinto Osório, 1917: ano 35, pp. 52 e 53).

⁸⁷⁶ Luís Osório, 1933 a: 624. O fundamento invocado pela praxe para este novo acto processual, que tinha a natureza de uma verdadeira acusação, foi o de que a referida promoção do Ministério Público se encontrava prevista no artigo 9 da Lei de 18.7.1855 e que este preceito era aplicável a todas as formas processuais (Delgado de Carvalho, 1897: 129 e 130). Também davam conta desta praxe e dos requisitos habitualmente exigidos para a promoção do Ministério Público, Emygdio da Silva, 1909: 236, Pedro de Sousa, 1915: 77, e José Dias, 1919: 383 a 385. Já em 1864, Innocencio Duarte (1864: 181) tinha

A nova providência legislativa acabou por vingar, tendo a jurisprudência dos tribunais superiores considerado desnecessário o sumário da querela também nos crimes especiais do artigo 771 e seguintes da Novíssima.⁸⁷⁷ A evolução legislativa ulterior reforçou ainda mais a tendência para a equiparação do corpo de delito ao processo preparatório. Com efeito, nos termos dos artigos 1 e 3, da Lei de 4.5.1896, o corpo de delito deixou de ter limite de testemunhas. Esta inovação era “uma consequência lógica da supressão do *summario*”,⁸⁷⁸ pois, se o corpo de delito já era a base essencial de todo o procedimento criminal, mais importante se tornou ainda com a supressão do sumário da culpa.

Contudo, o legislador admitia também que o corpo de delito se concluísse sem identificação do criminoso, reintroduzindo a querela contra incertos e o restabelecendo o sumário neste caso restrito.⁸⁷⁹ Assim, após a inquirição de, pelo menos, oito testemunhas no corpo de delito no processo ordinário, tinha lugar o despacho judicial de arquivamento, se não se provasse a existência de crime, ou o despacho julgando subsistente o corpo de delito, seguido da querela do Ministério Público, se se provasse a existência de crime e se descobrisse o autor do crime.⁸⁸⁰ No caso de se ter provado a existência de crime e não se ter descoberto o autor do crime, o Ministério Público dava uma querela contra incertos, prosseguindo a investigação criminal no sumário para identificação dos criminosos.

Deste modo, a inovação legislativa não trazia consigo uma melhoria da realização do princípio da acusação, pois a intervenção instrutória judicial era apenas antecipada para o corpo de delito, tendo a reforma, no fundo, apenas almejado e conseguido uma maior aceleração e simplificação do processo.

sugerido que o queixoso devia fazer petição ao juiz, depois do corpo de delito, declarando os factos imputados ao arguido e requerendo que lhe fosse aplicada a pena prevista em determinada lei, que devia identificar. Em 1901, Adriano de Sá (1901: 153 e 154) defendia veementemente a necessidade da promoção do Ministério Público ou do requerimento do queixoso para o réu ser julgado em processo de polícia, invocando o princípio da competência do Ministério Público para a promoção do processo crime e a incompetência do juiz para aquele efeito diante do silêncio do artigo 1251 da Novíssima.

⁸⁷⁷ António Ferreira Augusto, 1905 b: 253 e 254. Só o sumário do processo penal militar não era incluído no âmbito da reforma.

⁸⁷⁸ Diário das Sessões da Câmara dos Deputados, 1896, pp. 742 e 1022.

⁸⁷⁹ O restabelecimento do sumário no caso de não identificação dos delinquentes no corpo de delito teve a consequência de não ser ele regulado pelas disposições da Novíssima, mas pelas da Lei de 4.5.1896 (Caeiro da Matta, 1912: 86).

⁸⁸⁰ A natureza do despacho judicial de arquivamento e, designadamente, a verificação ou não de caso julgado deste despacho já então eram discutidas na doutrina (António Ferreira Augusto, 1905 a: 132 e 133).

Ao invés, a reforma do processo de polícia correccional, iniciada pelo legislador logo em 1852 e retomada, com especial vigor, nos anos de 1884 e 1886, visou e alcançou uma melhoria substantiva da posição processual do réu. A resolução do problema da inquisitorialidade intrínseca do processo de polícia, já denunciada pela doutrina, dependia primordialmente das garantias do réu de impugnação das decisões proferidas pela instância. As reformas propostas pela doutrina eram a da consagração do recurso do despacho que mandava o réu a julgamento, com efeito suspensivo, a da abolição da custódia preventiva e da alçada e a do processamento e julgamento do recurso da decisão final nos termos do agravo de petição em matéria cível até ao Supremo Tribunal de Justiça.⁸⁸¹ Todas estas alterações do sistema de recursos vieram a ser consagradas.

A liberalização do polícia correccional processou-se gradualmente, podendo distinguir-se quatro momentos distintos deste processo. Um primeiro, em que se alargaram os termos da recorribilidade da decisão final, um segundo, em que se alteraram as regras do processamento e julgamento dos recursos nesta forma de processo, um terceiro, em que se aboliu a custódia preventiva após a prolação da decisão final e, por fim, o quarto e último momento, em que se consagrou a recorribilidade da decisão que ordenava a realização de julgamento.⁸⁸²

A questão da recorribilidade da decisão final em processo de polícia correccional punha-se em termos de saber se a interposição do recurso de apelação no processo de polícia correccional se decidia em função da pena aplicável ou da pena concreta aplicada na decisão que se pretendia impugnar. O artigo 7 da Lei de 10.12.1852 admitiu como determinante a pena aplicável, mas a Lei de 14.6.1884, que introduziu a possibilidade de interposição de recurso da sentença condenatória em processo de polícia correccional com efeito suspensivo até ao Supremo Tribunal de Justiça,⁸⁸³ regressou à doutrina da Novíssima. A Portaria de 2.7.1884 esclareceu,

⁸⁸¹ Dias Ferreira, 1884: 32 e 33.

⁸⁸² A sucessão destes momentos não corresponde, como se verá, a uma evolução linear da legislação publicada até à proclamação da República, mas antes à adopção de medidas contraditórias que se sucederam até que fizesse vencimento uma das teses em presença, podendo afirmar-se, pela análise da evolução legislativa, que foi pela ordem indicada no texto que o legislador foi sucessivamente abordando e resolvendo em definitivo aquelas deficiências graves que a doutrina de há muito apontava ao sistema de recursos de polícia correccional.

⁸⁸³ Por sua vez, o Decreto n. 2, de 15.9.1892, previu a irrecorribilidade dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça proferidos em recurso, com a excepção do disposto no artigo 988 do CPC. Desta forma, os recursos admissíveis em processo de polícia correccional foram ainda alargados, incluindo também os

contudo, a vontade das Cortes, em sentido inverso ao da letra da lei, impondo de novo a doutrina da lei de 1852.⁸⁸⁴

O artigo 5 do Decreto n. 2, de 29.3.1890 voltaria à doutrina restritiva, sendo esta afastada em definitivo pelo *bill* de Agosto desse ano. O *bill* fixava a regra da inadmissibilidade da interposição de qualquer recurso das sentenças do juiz de direito por referência à punibilidade abstracta do crime com as penas de prisão ou desterro até um mês, multa até um mês ou até 60.000 réis, repreensão e censura,⁸⁸⁵ e a da admissibilidade de apelação das decisões criminais dos juízes municipais para a Relação, qualquer que fosse a pena aplicável, ao invés do decreto de Março, que tomava a pena concreta aplicada pelo juiz de direito como termo de referência.

Assim, a doutrina passou a admitir no processo de polícia correccional⁸⁸⁶ a interposição de recurso de apelação da sentença final absolutória ou condenatória, proferida em primeira instância, se a pena aplicável excedesse a alçada do juiz, e de revista para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão absolutório, com fundamento em incompetência ou excesso de jurisdição, e do acórdão condenatório da Relação, qualquer que fosse o fundamento.⁸⁸⁷

A questão da simplificação do processamento e do julgamento dos recursos das sentenças proferidas pelos juízes de direito ou dos acórdãos das Relações em

embargos de declaração do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

⁸⁸⁴ A prática admitiu esta declaração “sem hesitação” (Garcia de Lima, 1895: 140).

⁸⁸⁵ Deste modo, o legislador vedou a possibilidade de interposição do recurso de revista com fundamento em incompetência ou excesso de jurisdição, mesmo quando a pena aplicável não excedesse a alçada (Dias Ferreira, 1892: 338, e Trindade Coelho, 1897 a: 11). Este último autor criticava esta nova doutrina nestes termos: “parece absurdo, no fim de contas, que a parte, que já não pode appellar por ser dentro da alçada a pena applicavel, nem ao menos possa recorrer quando se dê o caso de incompetencia ou de excesso de jurisdição”. No entanto, a questão não era líquida, pois J. Silva (1895: 64) admitia o recurso fundado em incompetência ou excesso de jurisdição ainda que a causa coubesse na alçada do juiz.

⁸⁸⁶ Discutia-se se este regime devia ser observado no processo correccional em face do silêncio da lei. Neste sentido, Dias Ferreira, 1892: 203. Em sentido contrário, Delgado de Carvalho (1897: 156), Trindade Coelho (1897 a: 37, e 1910: 30 e 32), Adriano de Sá (1901: 102) e Eduardo Carvalho (1912: 339, e 1919: 335), que defendiam a aplicação aos recursos correccionais das regras do processo ordinário e, designadamente, a admissibilidade da apelação e da revista sem limites.

⁸⁸⁷ Nestes termos, Dias Ferreira, 1892: 10 e 336, Garcia de Lima, 1895: 141, Francisco Veiga, 1908: 325, Silva, 1895: 64 e 65, Trindade Coelho, 1897 a: 8 e 9, Navarro de Paiva, 1901: 354, Teixeira de Magalhães, 1905: 196, e Eduardo Carvalho, 1912: 340, e 1919: 327, Pedro de Sousa, 1915: 172, e José Dias, 1919: 561. Ao invés, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nos recursos interpostos em processo de polícia correccional para aquele tribunal era mais restritiva, só os admitindo nos termos do artigo 1262 da Novissima, isto é, nos casos de incompetência ou excesso de jurisdição (António Ferreira Augusto, 1905 a: 117 e 255). A doutrina e a jurisprudência maioritárias rejeitavam a interposição directa do recurso de revista no caso de incompetência ou de excesso de jurisdição da primeira instância para o Supremo Tribunal de Justiça (Silva, 1895: 66, Delgado de Carvalho, 1897: 156, mas contra, Innocencio Duarte, 1864: 134, e Navarro de Paiva, 1901: 306 e 307).

processo de polícia correcional foi resolvida pela Lei de 16.7.1884. Esta lei fixou a regra do processamento e julgamento destes recursos como agravos de petição em matéria cível, sendo a respectiva interposição regulada pelo disposto no artigo 1256 da Novíssima.⁸⁸⁸

A outra questão, mais delicada, sobre a qual o legislador se pronunciou também no ano de 1884 foi a da custódia preventiva no processo de polícia correcional. A famosa Lei de 14.6.1884 não só facultou ao condenado em processo de polícia livrar-se da prisão até à decisão do recurso mediante a prestação de fiança, revogando deste modo o princípio duro estabelecido no artigo 1257 da Novíssima, como impôs ao juiz que, na fixação da pena de prisão correcional, levasse sempre em conta todo o tempo de prisão preventiva sofrido. Diferentemente, na fixação da pena maior a prisão preventiva era considerada como simples circunstância atenuante. A prática de proibição da imputação de qualquer tempo de prisão preventiva na pena maior definitiva, instituída desde 1852, chegava finalmente ao seu termo.⁸⁸⁹

⁸⁸⁸ A distinção entre o regime da interposição e o do processamento dos recursos tinha uma enorme relevância prática, pois dela dependia a aplicação do prazo de 24 horas para a interposição do recurso da decisão final em processo de polícia. A partir da entrada em vigor do Decreto de 15.9.1892, discutiu-se se este prazo não teria sido substituído pelo prazo previsto na lei civil de cinco dias (artigo 1011, § 1, do CPC). A doutrina e a jurisprudência maioritárias defendiam a solução mais restritiva (Trindade Coelho, 1897 a: 14, e 1910: 8, e Eduardo Carvalho, 1912: 212, e 1919: 326).

⁸⁸⁹ A inovação foi apresentada em uma proposta de lei de Lopo Vaz na sessão de 10.3.1884 da Câmara dos Deputados, sendo justificada pelo autor nos seguintes termos: "A prisão preventiva e a correcional causam um soffrimento aproximadamente senão completamente igual, e por isso não há razões apreciáveis de conveniencia publica que devam obstar ao justissimo preceito que manda computar na fixação d' esta o tempo que durou aquella. Não havendo a mesma razão de egualdade entre o soffrimento da prisão preventiva e o das penas maiores, é claro que n' este caso não pode fazer-se o desconto exactamente igual; mas o criminoso não deve á sociedade para punição do crime, senão o soffrimento da pena correspondente, e portanto, cumpre que na fixação d' esta lhe seja levado em conta, como atenuante, o que lhe foi causado em nome das precauções reclamadas pela tranquillidade publica. Assim o exige a justiça !" (Diário da Câmara dos Deputados, 1884, p. 611). Para a resolução do gravíssimo problema da eternização da custódia preventiva contribuiu decisivamente o discurso de Dias Ferreira, proferido na sessão de 18.4.1884 da Câmara dos Deputados (Dias Ferreira, 1884: 38 e 39). Antes desta data, já as vozes de Levy Maria Jordão (1853: 220), Francisco da Silva Ferrão (1856 b: 156), dos membros da comissão de reforma do Código Penal, quer no projecto de 1861, quer no de 1864 (Mello e Carvalho e outros, 1861 a: 94, 1861 b: 54 e 55, e 1864 a: 98), e do crítico do primeiro projecto, Luiz Felipe de Abreu (1862: 121 a 124), e ainda de Francisco Medeiros (1882: 194) se tinham feito ouvir no sentido da ponderação da prisão preventiva sofrida no cumprimento da pena. Depois da publicação da lei de Junho de 1884, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu, no memorável acórdão de 29.10.1889 (in RT, 9 ° volume, 1889, pp. 227 e 228, e RLJ, ano 31 °, 1898-1899, p. 32), que mesmo o tempo de detenção policial para averiguações devia ser imputado na pena de prisão, tendo a doutrina manifestado a sua adesão a este entendimento (Francisco Fernandes: 1896: 16, Revista de Legislação e Jurisprudência 1897: 370 a 372, Francisco Maria Veiga, 1908: 281, e Luís Osório, 1923: 311). O legislador português andou desta feita a par da doutrina europeia mais avançada e à frente do legislador francês. A favor da imputação facultativa da detenção preventiva sofrida antes do julgamento no caso de inexistência de culpa do condenado no prolongamento da detenção e de ele não ser reincidente, Bonneville de Marsangy, 1855: 474 a 481, e, mais radicalmente, a favor da imputação de toda a detenção preventiva, Ernest

Dois anos depois, a Lei de 15.4.1886 fixou o princípio da caução em todos os crimes em que não fosse aplicável uma das penas fixas previstas nos artigos 49 e 50 da Nova Reforma Penal ou que não tivessem que ser processados correccionalmente,⁸⁹⁰ cabendo nestes crimes termo de identidade e residência e nos crimes puníveis com as penas fixas previstas nos artigos 49 e 50 do CP a prisão, com o que se revogava tacitamente a exigência da prestação de caução pelo condenado na pendência de recurso em processo de polícia consagrada pela lei de Junho de 1884.⁸⁹¹ O efeito prático perverso da interposição de recurso para o réu condenado em processo de polícia desaparecia de vez, tornando o exercício da garantia do recurso livre de quaisquer limitações decorrentes do regime das medidas de coacção.⁸⁹²

Glasson, 1883 b: 751 e 752. Só com a Lei de 15.11.1892 foi consagrada no direito francês a imputação facultativa da detenção sofrida antes da condenação e a imputação obrigatória da detenção sofrida depois da condenação e até ao seu trânsito quando o condenado se conformasse com a sentença ou quando, tendo recorrido, lhe tivesse sido reduzida a pena pelo tribunal superior. Esta lei teve por efeito o aumento dos recursos interpostos pelos condenados, com vista a expiar a totalidade da pena no regime mais confortável e produtivo de prisão preventiva (Georges Vidal, 1901: 641). Para conter este aumento a jurisprudência francesa entendia, contudo, que no caso de recurso interposto pelo arguido a expiação do tempo de detenção preventiva correspondente ao da pena aplicada em primeira instância não permitia a imediata libertação do arguido (contra Georges Vidal, 1901: 639), só tendo esta jurisprudência sido afastada pela Lei de 13.7.1909.

⁸⁹⁰ O legislador referia-se ao processo de polícia, pois o processo correccional *strictu sensu* só surgiria em 1890. A doutrina deste preceito seria, contudo, aplicada ao novo processo correccional, no sentido de que o réu tinha sempre o direito de prestar caução, que o juiz não lhe podia recusar, quer antes quer depois do julgamento, havendo recurso da sentença condenatória (Francisco Fernandes, 1896: 30 e 31, e Pedro de Sousa, 1915: 94).

⁸⁹¹ O Direito, 1889 a: 5, Dias Ferreira, 1892: 336, Silva, 1895: 65, e Pedro de Sousa, 1915: 91 e 133. Ao invés, Francisco Fernandes (1896: 33), Trindade Coelho (1897 a: 33, e 1910: 27) e Dias da Silva (1899: n. 1539, p. 258) defendiam a opinião contrária, sustentada pela primeira vez pela Revista de Legislação e Jurisprudência (1889: 328 e 329), segundo a qual se mantinha a possibilidade de, nos termos do artigo 3, § 1, da Lei de 14.6.1884, o juiz exigir ao réu apelante no processo de polícia a prestação de fiança, sem o que este ficaria detido. Só em um caso excepcional os réus julgados em processo de polícia se encontravam sujeitos a prisão obrigatória, que era o dos suspeitos da prática dos crimes de anarquismo previstos no artigo 1 da Lei de 13.2.1896, prevendo ainda a lei dois casos de prestação obrigatória de fiança, sob pena de, não a prestando, o réu ficar preso preventivamente, que eram o da falta de prova da identidade e recusa da prestação do termo de identidade e residência pelo detido em flagrante delito (Dias Ferreira, 1892: 249, e Francisco Fernandes, 1896: 33) e o da falta injustificada do réu ao dia marcado para julgamento. No processo sumaríssimo, a questão só se colocava em relação aos arguidos que não fossem vadios nem reincidentes e que não quisessem ser julgados de imediato, seguindo-se as regras do processo de polícia e, portanto, sendo o réu posto em liberdade se provasse a identidade e assinasse termo de identidade.

⁸⁹² Simultaneamente, o legislador aliviou a situação muito grave dos réus condenados em prisão maior ou degredo. Sem prejuízo da legislação especial sobre anarquismo, no processo de querela por crime punível com uma pena maior fixa da escala do CP, a prisão preventiva era obrigatória, mas cessava se fosse interposto recurso de revista da sentença absolutória, prestando o réu caução. Se a sentença fosse condenatória, a prisão mantinha-se até decisão final, fosse qual fosse a natureza da pena imposta ao réu, segundo a jurisprudência constante do Supremo Tribunal de Justiça e alguma doutrina (Francisco Fernandes, 1896: 27, e Abílio de Sá, 1901: 346 e 347, mas contra Dias Ferreira, 1892: 249). Nos restantes crimes julgados em processo de querela o réu era admitido a prestar fiança, não sendo exigível a sua manutenção se o réu tivesse sido absolvido, porque ficava em liberdade, nem permitida ao réu condenado

A última inovação na forma de processo de polícia foi também aquela que maior oposição encontrou. A questão discutida pela doutrina era a da admissibilidade da interposição do agravo pelo réu do despacho judicial que fechava a fase instrutória do processo de polícia e determinava a realização de julgamento.⁸⁹³ Só em 1886 o legislador consagrou expressamente esta faculdade.

O artigo 8 da Lei de 15.4.1886 admitiu a interposição de agravo do despacho que mandasse o réu responder em juízo no processo de polícia se o réu entendesse que o facto não era proibido nem qualificado como crime. Este preceito teve, no entanto, uma vida atribulada. Foi revogado pelo artigo 2, do Decreto n. 2, de 29.3.1890, e reposto em vigor pelo artigo 17 do Decreto de 15.9.1892, mas em termos diferentes dos da lei de 1886, admitindo-se a interposição de agravo com efeito suspensivo do despacho que ordenasse o julgamento em polícia correccional com fundamento na falta de ilicitude criminal do facto imputado,⁸⁹⁴ podendo o juiz mandar tomá-lo em separado se entendesse que o recurso era dilatário.⁸⁹⁵

em pena de prisão maior ou degredo, porque tinha de ficar preso preventivamente até ao julgamento definitivo. Aos réus que deviam ser recolhidos à cadeia depois da condenação a lei concedia o benefício de a prisão posterior à sentença ser obrigatoriamente levada em conta aos condenados pelos tribunais superiores como circunstância atenuante para a redução da pena. No entanto, a reforma geral do direito cautelar português, realizada mais de vinte anos depois da do direito francês, mostrou-se menos liberal do que a deste. Com efeito, a famosa Lei de 14.7.1865, que vigorou praticamente intocada até 1933, consagrou a regra da liberdade provisória em matéria criminal e correccional (Faustin Hélie, 1866 d: 628, 685 e 686), sendo mesmo obrigatória em matéria correccional cinco dias após o interrogatório do detido que estivesse domiciliado e fosse suspeito da prática de infracção punível com pena até dois anos de prisão (Faustin Hélie, 1866 d: 688 a 690). Em todos os outros casos, podia ser imposta a prestação de caução ou a prisão preventiva. Embora a lei francesa não previsse quaisquer prazos para a prisão preventiva e mantivesse o poder discricionário do juiz de instrução sobre a liberdade dos suspeitos pela prática dos crimes mais graves (Faustin Hélie, 1866 d: 676 a 678), ela isentava da obrigação de prestação de caução mais amplamente do que a nova lei portuguesa, admitia essa prestação em processos por quaisquer crimes puníveis com pena de prisão superior a dois anos e só impunha a detenção do suspeito que tivesse de ser julgado pela *cour d' assises* após a decisão da *chambre des mises en accusation*, imposição esta que foi, aliás, suprimida pela Lei de 25.11.1912.

⁸⁹³ Esta era uma pretensão antiga da doutrina. Já Corrêa Telles (1849: 191) admitia este recurso com fundamento na falta de ilicitude dos factos imputados pela participação.

⁸⁹⁴ A limitação expressa do fundamento do recurso à criminalidade do facto imputado levava a doutrina a não admitir a interposição do recurso do despacho judicial fundado na impugnação do carácter transgressional dos factos imputados (Trindade Coelho, 1901: 64 e 65, mas contra Eduardo Carvalho, 1912: 209). Já no final da vigência da Novíssima, os tribunais interpretavam muito amplamente a sua competência, nela incluindo mesmo o conhecimento dos indícios (José Mourisca, 1933: 226, e Luís Osório, 1933 a: 642 e 643). O fundamento invocado era o de que o Tribunal da Relação devia conhecer a matéria da defesa, sobretudo depois da introdução da instrução contraditória nesta forma de processo, para o que era necessário apreciar a prova (José Dias, 1919: 543).

⁸⁹⁵ Do acórdão proferido pela Relação neste recurso não cabia recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, conforme era entendimento da doutrina maioritária e deste tribunal superior (Augusto Maria de Castro e António Ferreira Augusto, 1895: 273, Delgado de Carvalho, 1897: 157, Trindade Coelho, 1901: 65, António Ferreira Augusto, 1905 b: 255, e Teixeira de Magalhães, 1905: 171). Admitindo o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, Pedro de Sousa (1915: 173), que citava alguma jurisprudência

Com esta inovação estavam correlacionadas não apenas a problemática da defesa do réu na fase instrutória e de acusação do processo de polícia, mas também uma profunda alteração da natureza do processo de polícia. A consagração do direito de recurso do despacho de designação do julgamento, além de pôr directamente em causa a natureza sumária deste processo, constituía uma formalização da inquisitorialidade do processo de polícia, reconhecendo-se ao réu uma garantia acrescida contra um despacho judicial que não tinha um carácter meramente ordenador, mas antes implicava o juiz de julgamento em uma valoração jurídica preliminar dos factos participados. Deste modo, o legislador reconhecia legalmente a prática dos tribunais desta valoração preliminar, mas procurava diminuir o risco da perversão do princípio da acusação com a possibilidade da intervenção do Tribunal da Relação.

A reforma do sistema de recursos no processo de polícia correcional teve uma repercussão directa no processo ordinário e no correcional.⁸⁹⁶

O Decreto n.1 de 15.9.1892 fixou os termos do novo regime geral dos recursos em processo penal, consagrando, por um lado, a admissibilidade do agravo de petição e do agravo no auto do processo nos processos crimes nos mesmos termos que em matéria cível⁸⁹⁷ e estabelecendo, por outro, que as apelações e as revistas crimes fossem processadas como os agravos de petição em matéria cível e, conseqüentemente, ambas julgadas por três votos conformes.⁸⁹⁸ Deste modo, o sistema de processamento e

recente. O balanço da polémica foi feito pela Revista de Legislação e Jurisprudência em anotação a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.11.1927, que reiterava a doutrina maioritária (Revista de Legislação e Jurisprudência, 1927: 303 e 304), concluindo também aquela Revista a favor desta doutrina.

⁸⁹⁶ A premência de uma reforma geral do sistema de recursos criminais era posta em relevo pela doutrina, que insistia nos gravíssimos atrasos verificados nas Relações e no Supremo Tribunal de Justiça. Estes atrasos tinham o efeito pernicioso de deixar os réus recorrentes presos a aguardar indefinidamente, por vezes anos, por uma decisão definitiva, a partir da qual começava a contar o cumprimento da pena (António Ferreira Augusto, 1885: 51).

⁸⁹⁷ A lei processual civil só admitia a interposição do agravo no auto de processo do despacho que recebesse a apelação e declarasse os seus efeitos. Em face da inadmissibilidade deste despacho no processo penal, a doutrina interpretava a nova disposição legal no sentido de abranger apenas o agravo do despacho que mandava tomar termo de apelação (Trindade Coelho, 1897 a: 24 a 31, e 1910: 19 a 26) ou mesmo de o agravo no auto do processo não ser exequível em qualquer das formas de processo criminal (Eduardo Carvalho, 1912: 113 e 231).

⁸⁹⁸ O âmbito das normas do processo civil aplicáveis em processo penal era discutido na jurisprudência e na doutrina, considerando-se aplicáveis os artigos 1070 e seguintes e 1133 e seguintes, por força da remissão do artigo 1172 do CPC (Eduardo Carvalho, 1919: 332). Discutia-se a faculdade de o juiz reparar as sentenças no processo criminal. Contra essa faculdade, Teixeira de Magalhães, 1905: 197, e Eduardo Carvalho, 1912: 196 e 337, Luís Osório, 1920: 122, e a favor dela, Trindade Coelho, 1897 a: 19, Francisco Veiga, 1908: 37, e José Dias, 1919: 560. O oferecimento de documentos com os recursos regulava-se pelos artigos 1115 e 1136 do CPC (Eduardo Carvalho, 1919: 324, e José Dias, 1919: 558). Discutia-se ainda sobre a aplicabilidade em processo penal do disposto no artigo 1052 do CPC, que obrigava ao conhecimento da causa em primeira instância pela Relação quando o juiz da primeira por

juízo das apelações e revistas, introduzido em 1884 no processo de polícia, foi em 1892 generalizado a todas as apelações e revistas interpostas no processo ordinário e no correcional.

O referido diploma de 1892 reduziu ainda o conhecimento das nulidades nos recursos para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões do júri às que tivessem sido objecto de protesto específico.⁸⁹⁹ O novo sistema dos recursos em processo penal devia ser conciliado com uma alteração introduzida pela Lei de 18.7.1855 ao regime das nulidades insanáveis. Este novo regime era consideravelmente mais restritivo do que o da lei de 1843.⁹⁰⁰ O objecto do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça foi deste modo limitado, primeiro restringindo-se o âmbito das nulidades e, em seguida, tornando o respectivo conhecimento dependente da arguição da parte.

O processo de reforma do sistema de recursos ficou completo com a consagração do recurso de revisão, que constituía simultaneamente uma forma de compensar a limitação dos poderes de sindicância do Supremo Tribunal de Justiça nos recursos ordinários. O Decreto de 27.2.1895, que visava a regulamentação do artigo 126, n. 3, do Código Penal, na versão da Lei de 14.7.1884, introduziu a reabilitação como modo de extinção das penas. As modificações introduzidas pelas Leis de 29.6.1867 e de 8.7.1895 no direito francês, a primeira no sentido de permitir a revisão em benefício dos condenados correcionais e dos condenados falecidos e a segunda no

qualquer motivo o não tivesse feito (contra a aplicação, Dias Ferreira, 1890: 19, e Dias da Silva, 1903: 621, e a favor, José Dias, 1919: 569). Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina entendiam que certas disposições da Novíssima ainda eram aplicáveis, tais como os artigos 1185, 1188 e 1192 da Novíssima (Dias da Silva, 1903: 817, Marnoco e Souza, 1907: 160, e Eduardo Carvalho, 1912: 181).

⁸⁹⁹ A praxe anterior a esta lei era a do protesto “por todas as nulidades em que o processo laborasse e designadamente por esta ou aquella das mencionadas no art. 13 da Lei de 18 de julho de 1855” (Trindade Coelho, 1901: 103). Navarro de Paiva (1895: 42) logo advertiu que a nova regra constituía um “grave perigo para os direitos da innocencia”, vedando o conhecimento de nulidades não deduzidas por incúria ou inadvertência do patrono. A doutrina seguiu a opinião deste autor, considerando revogado o artigo 842 da Novíssima, no que dizia respeito aos recursos interpostos para o Supremo Tribunal de Justiça. O receio do autor veio a ser confirmado por uma praxe muito restritiva do Supremo Tribunal de Justiça (Chaves e Castro, 1910: 172, Pedro de Sousa, 1915: 175, e Luís Osório, 1920: 41).

⁹⁰⁰ As nulidades previstas pela lei nova diziam respeito quer à fase preparatória do processo quer à de acusação e juízo em primeira instância, nelas se incluindo a falta ou deficiência do corpo de delito, a falta da notificação da pronúncia, do libelo, do rol de testemunhas, da pauta dos jurados e da sentença ao réu e da notificação da contestação e da sentença ao autor, a falta do juramento dos peritos, das testemunhas, dos jurados e dos intérpretes, a falta da leitura dos quesitos e da ressalva das emendas e entrelinhas nas respostas do júri, a deficiência ou contradição entre os quesitos ou destes com as respostas ou entre as respostas e a preterição de actos substanciais que pudessem influir na decisão da causa. Censurando o elenco legal e, sobretudo, esta última nulidade, Francisco de Medeiros, 1905: 38, e Luís Osório, 1920: 155. Esta causa de impugnação encontrava um forte paralelo com a prática jurisprudencial da sindicância das nulidades substanciais não escritas pela *Cour de Cassation* com base no artigo 408 do *Code d'Instruction Criminelle* (J. Augier e Gustave Le Pottevin, 1915: 61 e 62).

sentido de consagrar um quarto fundamento de revisão das sentenças condenatórias, o do conhecimento posterior à condenação de um facto novo, foram decisivas para que em 1896 o legislador sancionasse o decreto ditatorial do ano anterior, aprovando a Lei de 3.4.1896.⁹⁰¹

A novo diploma previa a possibilidade de revisão extraordinária das sentenças condenatórias transitadas quando “tiverem ocorrido circunstâncias que justifiquem a innocencia dos condemnados”, além dos casos previstos nos artigos 1263 a 1265 e 1268 da Novíssima⁹⁰² não se admitindo, no entanto, a revisão para modificar a pena.⁹⁰³

A competência para decidir da verificação de fundamento para revisão competia ao Supremo Tribunal de Justiça, com base apenas em prova documental,⁹⁰⁴ e o novo julgamento à primeira instância nos termos gerais, vigorando a proibição da *reformatio in pejus*.⁹⁰⁵ Em caso de revogação da anterior decisão, a sentença revogatória

⁹⁰¹ A primeira tentativa de regulamentação deste recursos foi a de Navarro de Paiva, no Projecto de 1874, abandonada no projecto de 1882 e retomada no de 1886. Entretanto, outros dois projectos foram apresentados, um pelo conselheiro Julio Vilhena, na sessão de 23.12.1883 da Câmara dos Deputados, e outro pelo deputado Bernardino Pinheiro, na sessão daquela Câmara de 12.1.1892. O primeiro projecto, que reproduzia com pequenas modificações a regulamentação do projecto de Navarro de Paiva, optava pela consagração de uma cláusula aberta, limitando a admissibilidade da revisão às decisões condenatórias em pena maior. A concessão da revisão dependia apenas de prova documental e, após o seu deferimento pelo Supremo Tribunal de Justiça, procedia-se a segundo julgamento pela instância, vigorando nele a proibição da *reformatio in pejus*. A reparação do réu dependia de acção de indemnização contra o Estado. O segundo projecto admitia a revisão de todas as condenações em pena correcional maior a um ano de prisão, fundada em qualquer meio de prova. O julgamento da revisão era feito directamente pelo juiz de direito da primeira instância, com recurso officioso para a Relação e para o Supremo Tribunal de Justiça, vigorando a proibição da *reformatio in pejus* também aqui. A reparação do réu era logo atribuída na sentença absolutória, se tivesse sido requerida. Se Julio Vilhena temia o abuso da nova faculdade, Bernardino Pinheiro afastava esse perigo, invocando a experiência pouco entusiasmante da anulação da sentença civil facultada pela disposição paralela do CPC. Nenhum dos projectos foi discutido pelas Câmaras. Para a crítica de ambos, João da Silva Mattos, 1885: 134 e 135, Alvaro Villela, 1897: 117, 118, 120 e 121, e Adelino da Palma Carlos, 1927: 90 e 91.

⁹⁰² A doutrina deu a máxima amplitude à previsão legal, admitindo a revisão de processos sumaríssimos e de processos de transgressões (Alvaro Villela, 1897: 289 e 372, e Adelino da Palma Carlos, 1927: 108 e 109). Este autor admitia mesmo a revisão das sentenças condenatórias com a execução suspensa ou em pena indeterminada ou em que o réu se encontrasse já em liberdade condicional. Também não obstava ao pedido da revisão a pendência de um pedido de indulto do réu (António Ferreira Augusto, 1905 a: 91).

⁹⁰³ Esta opção legislativa foi criticada por Alberto Xavier (1913: 15 a 17), Alvaro Villela (1897: 369 e 370), António Ferreira Augusto (1905 a: 90) e Marnoco e Souza (1913: 158). Alberto Xavier, Alvaro Villela e Marnoco e Souza também censuravam a inadmissibilidade da revisão *pro societate*.

⁹⁰⁴ A restrição dos meios de prova admissíveis foi criticada por Alberto Xavier (1913: 15 a 17), Alvaro Villela (1897: 376) e Adelino da Palma Carlos (1927: 107).

⁹⁰⁵ O novo direito português não previa a possibilidade de o próprio tribunal supremo proceder a revisão sem reenvio, que o código francês admitia no caso de homicídio falsamente suposto e a lei de 1867 alargou ao caso da impossibilidade de se proceder aos debates orais contraditórios entre todas as partes. A lei francesa de 1895 alargou ainda mais o âmbito desta revisão sem reenvio, consagrando esta modalidade para os casos em que o reenvio parecesse inútil, deixando o legislador de considerar a revisão sem reenvio um procedimento excepcional e anormal. Por fim, a Lei de 19.7.1917 admitiu ainda a revisão

era publicada e arbitrada uma indemnização, a requerimento do réu, pelo cumprimento da pena.⁹⁰⁶ Era admissível a interposição pelo Ministério Público de um segundo recurso de revisão.

Nem o recurso de revisão alcançou o reconhecimento que se esperava,⁹⁰⁷ nem as últimas reformas do sistema de recursos do processo penal foram plenamente satisfatórias. Se a doutrina reconheceu a necessidade de manutenção de um grau único de apelação, que considerava característico do direito português anterior e posterior ao liberalismo,⁹⁰⁸ ela não deixou de reclamar a reforma das deficiências mais graves do sistema de recursos e, designadamente, a abolição da alçada criminal em primeira e em segunda instância,⁹⁰⁹ a clarificação dos poderes do Supremo Tribunal de Justiça quer em matéria de facto, quer de direito,⁹¹⁰ e a reforma do regime das nulidades, em face do contínuo abuso da causa da preterição de formalidades ou actos necessários para a averiguação da verdade.⁹¹¹ Além destas críticas pontuais, alguns autores ensaiaram mesmo uma tentativa de reforma global do processo penal.

sem reenvio no caso de demência ou morte de um dos acusados posterior à decisão de reenvio (René Garraud e Pierre Garraud, 1928: 629 a 632).

⁹⁰⁶ A doutrina criticou o carácter facultativo da indemnização que era idêntica à prevista no artigo 446 do *Code*, na redacção que lhe foi dada pela Lei de 8.6.1895, e, mais genericamente, a imprecisão da regulamentação da indemnização (Alberto Xavier, 1913: 20, e Adelino da Palma Carlos, 1927: 117). A lei não determinou quem suportaria a indemnização, tendo a doutrina entendido que seria o participante ou, quando não houvesse participante ou este não tivesse bens, o Estado (António Ferreira Augusto, 1905 a: 92).

⁹⁰⁷ António Ferreira Augusto, 1905 a: 77. Em 1905, o autor informava que este processo só em “raríssimos casos” tinha sido aplicado, atribuindo tal facto quer à organização peculiar do processo, com muitas garantias para o réu, quer à sucessão de amnistias e indultos, que dava remédio aos poucos erros judiciais verificados.

⁹⁰⁸ Afonso Costa, 1899: 310 e 313, Alberto dos Reis, 1909: 175, Chaves e Castro, 1910: 131. Esta doutrina manteve-se durante o regime republicano (Eduardo Carvalho, 1912: 37, e Menezes e Castro, 1920: 21).

⁹⁰⁹ Além da proposta insistente de Navarro de Paiva, nos seus projectos, também se pronunciaram nesse sentido Francisco de Medeiros (1909: 51 e 61) e Chaves e Castro (1910: 138 e 173).

⁹¹⁰ Navarro de Paiva, 1886: 34 e 35, Chaves e Castro, 1910: 168 a 170, 173, Trindade Coelho, 1908: 568, e Alberto dos Reis, 1909: 187. Este autor apontava a contradição de a lei prever o funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça como um tribunal de cassação, mas ele funcionar, abusivamente, como um tribunal de terceira instância (Alberto dos Reis, 1950: 390). Esta prática abusiva estaria firmemente implantada no Supremo Tribunal de Justiça desde 1895 (Barbosa de Magalhães, 1958: 139 e 140).

⁹¹¹ A primeira tentativa legislativa neste sentido foi a de Moraes Carvalho, que no artigo 15 da sua proposta de Lei de 9.1.1862, reformava o sistema de nulidades insanáveis, revogando as previstas nos ns. 3, 10 e 14 do artigo 13 da lei 18.7.1855 (Diário da Câmara dos Deputados, 1862, p. 8). Posteriormente, outras propostas neste sentido foram feitas por Alexandre Seabra, (1886 a: 1) e Francisco de Medeiros (1905: 38).